REVISTA DE DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

Rev. Dir. Def. Pub. Rio de Janeiro Ano 21 N°. 24 p.1 a 440 2009

REVISTA DE DIREITO DA DEFENSORIA PÚBLICA

EDIÇÃO

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

CONSELHO EDITORIAL

Américo Luiz Diogo Grilo Ana Rita Vieira Albuquerque Arnaldo Goldemberg Cláudio Silva Mascarenhas Lima Cleber Francisco Alves Marcelo de Menezes Bustamante Patrícia Cardoso

COLABORAÇÃO EQUIPE CEJUR

Adrina Louzada Esteves 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
Pidese canje
Ondemande I'echange
We ask for Exchange
Si richieri lo scambio

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. - v.21, n.24 (dezembro de 2009) - Rio de Janeiro: DPGE, 2009.

Irregular

ISSN 1981-1950

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

CDD. 340.5

GOVERNADOR DO ESTADO

Sérgio Cabral

DEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

José Raimundo Batista Moreira

1º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Líbero Atheniense Teixeira Júnior

2º SUBDEFENSOR PÚBLICO GERAL DO ESTADO

Nilsomaro de Souza Rodrigues

CHEFE DE GABINETE DA DEFENSORIA PÚBLICA

Fernando Silvestre Figueiredo Felix

ASSESSOR DO GABINETE DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

José Fontenelle Teixeira da Silva

CORREGEDORA-GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Yone Cortes de Castro Manso

SUBCORREGEDOR-GERAL DA DEFESORIA PÚBLICA

Marcelo Leão Alves

SUBSECRETARIO-ADJUNTO DE APOIO LOGÍSTICO DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Marcelo Alves Martins Pinheiro

OUVIDOR GERAL DA DEFENSORIA PÚBLICA

Raul Fernando Portugal Filho

ASSESSORES DA OUVIDORIA GERAL

Dulce Marta Dias Odin Bonifácio Machado

DIRETORA-GERAL DE ADMINISTRAÇÃO E FINANÇAS DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Andréa Sena da Silveira

DIRETOR-GERAL DO CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Cláudio Silva Mascarenhas Lima

ASSESSORES CÍVEIS DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

į

Marcílio de Souza Couto Brito Ruy Walter D'Almeida Júnior Tania Silva Soares Fernandes de Lima

ASSESSOR DE ASSUNTOS INSTITUCIONAIS E AÇÃO RESCISÓRIA

Paulo Cesar Ribeiro Galliez

ASSESSOR CRIMINAL DO DEFENSOR PÚBLICO GERAL

Denis Andrade Sampaio Júnior

COORDENADORA-GERAL DO ESTÁGIO FORENSE DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Janine Denise Nogueira de Melo

COORDENADOR-GERAL DE INFORMÁTICA DA DEFENSORIA PÚBLICA GERAL DO ESTADO

Sérgio Henrique de Castro

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

Carlos Alberto Amaral Dourado

DIRETOR CIENTÍFICO E ACADÊMICO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Luiz Paulo Vieira de Carvalho

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

Lúcia Helena Silva Barros de Oliveira

DIRETOR-FINANCEIRO DA FUNDAÇÃO ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ruy Walter D'Almeida Júnior

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

APRESENTAÇÃO

Sinto-me imensamente gratificado, como Defensor Público Geral do Estado do Rio de Janeiro, em apresentar, ao mundo jurídico do nosso e de outros Estados, o número 24 (vinte e quatro) da *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*, verdadeiro instrumento de aperfeiçoamento profissional e funcional, mercê da elevada cultura jurídica, humanística e técnica dos autores dos trabalhos publicados.

Motivo de justo orgulho institucional, e já considerada indispensável nas estantes dos profissionais do Direito, a *Revista*, pautada pelo elevado descortino e indiscutível cultura jurídica dos Defensores Públicos, que compõem o seu Conselho Editorial, vem acompanhando, com as obras editadas, os rápidos avanços da modernidade, em suas múltiplas e complexas relações, contribuindo, assim, para a solução das questões jurídicas delas decorrentes.

A Revista de Direito vem, desse modo, cumprindo o objetivo que lhe foi traçado, ombreando-se com as mais conceituadas publicações do gênero, além de projetar, por esta vertente acadêmica, mais um aspecto do valor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Parabenizo todos os autores, pelos trabalhos apresentados, agradecendo-lhes as contribuições, bem assim aos membros do Conselho Editorial, ao senhor Diretor Geral e a todos os funcionários do CEJUR, pela dedicação e competência, com as quais conduzem a editoração da *Revista*, e o seu sucesso.

JOSÉ RAIMUNDO BATISTA MOREIRA Defensor Público Geral do Estado

SUMÁRIO

TRABALHOS DOUTRINÁRIOS

- Enriquecimento sem causa – ocupação exclusiva de imóvel por um dos co- proprietários – "justa causa" para eventual "empobrecimento "? – Análise de caso concreto. ANA RITA VIEIRA ALBUQUERQUE	12	
- Reenquadramento jurídico da competência para ações de reparação de danos decorrentes de acidente de trabalho, fundadas no direito comum, após a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. ARNALDO GOLDEMBERG	33,	
- Breves comentários à responsabilidade objetiva na Lei nº 10.406/02 e ao parágrafo único do art. 927. CARINA PEREIRA DA FRANÇA FERRAZ	.72 ,	/
- A Gestão da Prova no Processo Penal – Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08. DENIS SAMPAIO	99	/
- "Claúsula de fidelização – um mal desnecessário." FÁBIO SCHWATZ	125	/
- Progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados: A (ir)retroatividade da Lei 11.464/07 e a moderna jurisprudência do STF FELIPE LIMA DE ALMEIDA	134	
- A jurisprudência na atualidade do Direito Processual Civil. FELIPPE BORRING ROCHA	156	
- Aspectos pontuais da guarda compartilhada FRANCISCO MESSIAS NETO	172	
- A alteração dos artigos 112 e 114 do CPC pela Lei nº 11.280/2006 e a possibilidade de declaração de ofício da incompetência relativa: o caso dos contratos de adesão. GABRIELA BAHRI DE ALMEIDA SAMIA	195	/
- Direito à informação e meio ambiente: uma abordagem da efetividade da preservação ambiental na experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)		
	225	/

.

- Prescrição e ato infracional. Um pano de fundo para a discussão sobre o curto e o longo prazo do discurso infracional.	
PAULO CÉSAR BUSATO e SILVIA DE FREITAS MENDES	254
- Crítica às diretrizes de Miguel Reale e a nova perspectiva para a interpretação	*
jurídica. PAULO CESAR RIBEIRO GALLIEZ	278
- Interceptação telefônica: considerações sobre a ótica defensiva RAFAEL COELHO BERBA	288
- O compromisso da testemunha no processo penal. SÉRGIO DEMORO HAMILTON	302
- O movimento da lei e da ordem, a lei de drogas e as funções da prisão: Um estudo de caso com a necessária reflexão sobre o papel atual da Defensoria Pública TIAGO ABUD DA FONSECA	316
PEÇAS PROCESSUAIS	
- Habeas Corpus BRUNO VINICUS SETTA LAGARES	354
- Contestação em Ação de Imissão de Posse. JOÃO HELVÉCIO DE CARVALHO e LETÍCIA DE CAMARGO MILLEN PORTUGAL COMPASSO	.366
- Embargos à Execução – Fiador – Bem de Família. NILSON BRUNO FILHO	. 382

TRABALHOS DOUTRINÁRIOS

Enriquecimento sem causa - ocupação exclusiva de imóvel por um dos coproprietários - "justa causa" para eventual "empobrecimento"? - Análise de caso concreto.

Ana Rita Vieira Albuquerque Defensora Pública /RJ.

Resumo: O princípio do enriquecimento sem causa tinha um importante papel antes do advento do CC/2002 como mecanismo de equilíbrio das contratações. Hoje, ao lado do princípio do abuso do direito e da boa-fé objetiva, continua a exercer um papel determinante de princípio orientador de todo o ordenamento jurídico. Além, constitui norma jurídica disciplinadora de situações que contrariem a causa econômico-social do contrato e das leis, desde que tais situações não estejam juridicamente protegidas por ações próprias. Sistematizado nos arts. 884 a 886 do CC/02, forma, ao lado da - gestão de negócios e do pagamento indevido -, a estrutura tripartite do direito restituitório, merecendo uma aplicação sistematizada onde caso a caso sejam analisados os seus pressupostos de aplicação.

Sumary: The principle of enrichment without cause, (also known as duress or mistake) had a relevant role, before the advent of the 2002 civil code, as a mechanism to guarantee contractual balance. Nowadays, next to the principle of law abuse and objective good faith, it continues to exert a determinant role as an orienting principle of the whole system of law. Moreover, it constitutes a disciplinarian rule of situations that contradict the social-economic cause of the laws and contracts, as long as those situations don't be judicially protected by proper actions. Established in the articles 884 to 886 of the 2002 civil code, it forms, next to the -business administration and improper payment-, the tripartite structure of the restorative justice, deserving a systematical application where in each case is analyzed its presuppositions of application.

Palavras-chave:: enriquecimento sem causa; co-proprietários; comunheiros; condôminos; obrigação restituitória; alugueis; pagamento..

I. Introdução.

Não obstante o fato de que o princípio do enriquecimento sem causa ter alcançado normatividade expressa apenas com o código civil de 2002, contudo, há muito

vem sendo aplicado pela doutrina e jurisprudência como um princípio geral de direito, implícito ao sistema normativo. Fundamentava-se a aplicação do princípio na equidade, pois o escopo de restituição para o equilíbrio patrimonial perdido merecia um critério daquilo que seria a expressão do justo, já que "se deve restituir aquilo com que alguém se enriqueceu sem uma razão justa, sendo considerada irrelevante a procedência legal ou contratual desta razão".

Muito mais do que um princípio que detinha a função de diretriz do ordenamento jurídico, o princípio do enriquecimento sem causa assumiu entre nós o papel de verdadeira norma implícita ao ordenamento. O advento do CC/02 acabou por conferir ao principio normatividade expressa através dos artigos 884 a 886 do CC, e, ao lado da gestão de negócios e do pagamento indevido, o princípio do enriquecimento sem causa forma hoje a estrutura tripartite do direito restituitório.

O princípio teve e tem larga aplicação nos tribunais sendo operacionalizado em diversos sentidos, ora como fonte de obrigação, ora como critério de interpretação das normas. Uma das ementas de nossa jurisprudência constante da obra de Teresa Negreiros foi objeto do Recurso extraordinário nº. 80.172, RJ, julgada pelo Plenário do STF em 08.09.1976, tendo como relator o Min. Moreira Alves, de onde se extrai a aplicação do enriquecimento sem causa em duas direções antagônicas. Por um lado, houve decisão por maioria de que a nulidade do mútuo pactuado em moeda estrangeira seria parcial, pois incidiria apenas sobre o objeto do pagamento, subsistindo integra a dívida, pois, ao contrário, exonerando-se o mutuário, este se enriqueceria sem causa. Por outro, o valor do pagamento, a ser efetuado em moeda nacional, deveria corresponder ao valor obtido da conversão dos dólares pela moeda nacional à data em que foi contraída a obrigação, obstaculizando-se o enriquecimento do devedor às custas do credor.

Outra aplicação do princípio em sede jurisprudencial consta de outra ementa também relacionada na obra de Teresa Negreiros, e que constata a possibilidade de incidência da correção monetária em mútuo rural fundamentado no princípio do enriquecimento sem causa, contrariando os termos da Lei. 4.829/65, o Dec-Lei 167/67 e o art. 145, II do CC/16. (Resp nº. 2.122 MS, 4ª T do STJ de 14/05/90).

¹ NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa... Aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito, p. 841.

O instituto do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações e não apenas como critério de interpretação das normas foi largamente utilizado na jurisprudência brasileira. Como critério de interpretação foi ainda utilizado pelo STJ para aplicar a correção monetária sobre as parcelas condominiais pagas em atraso, ainda que a convenção de condomínio não estipulasse acerca da correção monetária. ²

O princípio do enriquecimento sem causa tinha, portanto, um importante papel antes do advento do CC/2002 como mecanismo de equilíbrio das contratações. Hoje, ao lado do princípio do abuso do direito e da boa-fé objetiva, continua a exercer um papel determinante de princípio orientador de todo o ordenamento jurídico. Além, constitui norma jurídica disciplinadora de situações que contrariem a causa econômico-social do contrato e das leis, desde que tais situações não estejam juridicamente protegidas por ações próprias.

Distingue-se na doutrina, portanto, duas importantes funções da cláusula geral de enriquecimento sem causa, apontadas na obra de Cláudio Michelon Jr: uma, a de irradiar efeitos sobre os demais institutos jurídicos, completando algumas lacunas em sua regulamentação específica e orientando a sua interpretação; outra, como fonte residual de obrigações no direito brasileiro.³

Mesmo antes da entrada em vigor do novo CC a jurisprudência inclinou-se pelo entendimento de que o co-proprietário que utiliza com exclusividade a coisa deve restituir aos demais co-proprietários o valor correspondente à utilização de sua parcela ideal. ⁴ Contudo, ainda que se conclua, como Michelon Jr, que o fundamento último do instituto seja

DES. FERNANDO CABRAL - Julgamento: 26/06/2007 - QUARTA CAMARA CIVEL

Ação de **fixação** de aluguéis c/c enriquecimento sem causa. Recurso tempestivo, uma vez que, ausente a parte e seu patrono da audiência, o prazo para sua interposição iniciou-se com a publicação da sentença no Diário Oficial. O prazo para a interposição do recurso de apelação se conta de sua intimação, na forma do disposto no art. 242, do CPC, pois é quando tem ciência inequívoca da decisão, que não se presume, sob pena de afrontar-se o preceito do art. 5 , inciso LV da CF, que garante às partes o amplo exercício do direito de defesa com todos os recursos a ela inerentes. Meação reconhecida por partilha acostada aos autos e pelo próprio autor, em sua inicial. Imóvel comum. Sendo o bem utilizado por apenas um dos proprietários, cabe ao outro a percepção de aluguéis, os quais foram estipulados em valor condizente com a meação, além de não terem sido impugnados pela recorrente. O fato de ter a apelante adquirido a sua parte não a exime do pagamento referente ao período entre a citação e a formalização da avença. Recurso a que se di parcial provimento.

² 3^a T. REsp 160794/SP, rel. Min Menezes Direito, j, 01.06.2000, DJ 28.08.2000.

³ Jr. Cláudio Michelon. Direito Restituitório, p. 180.

⁴ Jr. Cláudio Michelon. *Direito Restituitório*, p. 36.

o principio da conservação estática dos patrimônios, como corolário da justiça corretiva aristotélica,⁵ parece-nos que a solução adotada em sede jurisprudencial não esgotou a análise dos pressupostos para a ação restituitória por enriquecimento sem causa.

Através do presente trabalho pretende-se demonstrar que, no caso de ocupação com exclusividade por parte de co-proprietário de imóvel comum, especialmente para fim de moradia, há um ato voluntário por parte do que se diz titular ao direito à restituição, ainda que este ato se configure em mera tolerância. Além, por se tratar de propriedade comum, presume-se que o referido ato resulte em benefício dos condôminos ou co-proprietários, e por isto não se teriam por configurados os pressupostos à ação de enriquecimento sem causa, especialmente no que diz respeito mais diretamente à ausência de "causa" como abordaremos mais detalhadamente a seguir.

II. Origem.

O direito romano, embora não nos tenha legado a sistematização do princípio, regulou hipóteses especificas – condictiones – em que a obrigação de restituir se sobrepunha ao formalismo do direito primitivo, temperando a rigidez do período pré-clássico sob o imperativo da justiça. Com o surgimento da República e com a expansão romana, novos acordos tornaram-se necessários, mas, como não correspondiam a qualquer fórmula, não podiam ser fundamento de uma actio. As condictiones funcionavam, então, como formas de reconhecer acordos atípicos.⁶

Com a ascensão, no direito moderno, do princípio da atipicidade dos pactos (art. 425) tornou-se desnecessária a utilização da categoria "quase-contrato" para o reconhecimento dos acordos atípicos.

¥.

O princípio da conservação estática dos patrimônios, como todo princípio, tem duas características: (a) não exclui a possibilidade de exceções em casos fundados em outros princípios que só podem ser identificados no caso concreto e (b)é formulado em linguagem que possui uma "textura aberta", necessitando de trabalho adicional, seja do legislador, seja do aplicador, para que possa alcançar casos concretos. Michelon Jr., ob. cit., p.29: "De fato, somente se há uma proteção estática de uma determinada distribuição de bens é possível falar, por exemplo, em uma obrigação de indenizar, ou em uma obrigação de adimplir.

⁶ MICHELON, Jr. Cláudio.. Ob. Cit., p. 19.

Afora a utilização das *condictiones* para reconhecer os acordos atípicos, também passou a ser instrumento para restabelecer a situação patrimonial naqueles casos nos quais esta atribuição patrimonial era indevida.

Na doutrina francesa permanece ambíguo o conceito de quase-contrato como atos representativos da vontade, não sendo plenamente adequado o conceito para designar uma fonte de enriquecimento sem causa que não é reconduzida diretamente a atos voluntários. Ora se o sistema francês baseia-se no paradigma voluntarista, é compreensível a dificuldade de assimilar o instituto do enriquecimento sem causa como uma fonte de obrigações, a não ser em casos específicos.

Foi esta também a situação de nosso CC-16 que regulava o instituto apenas em alguns artigos (v.art. 513 e 613 do CC).

A teoria se filia aos princípios do direito natural que consiste em não fazer aos outros o que não queremos que façam a nós, com os corolários do respeito à pessoa e ao patrimônio do próximo daí emergentes. Pode-se dizer que existe desde que o homem adquiriu a consciência da sua racionalidade. Entre os velhos princípios que fundamentam a teoria jurídica do enriquecimento sem causa estão o neminem laedere e suum cuique tribuere, que é o mesmo de dizer: Dar a cada um o seu e não lesar ninguém.

Com o direito justinianeu surgiram as condictiones ou ações pessoais (a condictio causa data non secuta; a ob turpem vel injustam, a sine causa, a de pecúlio et de in rem verso....) sendo que as duas que oferecem mais correspondência com a atual ação por enriquecimento sem causa são: a sine causa e a in factum e praescriptis verbis. (Ex: a lavadeira pagou a roupa que perdeu; tornou a roupa ao poder do dono, pode demanda-lo pelo preço que por ela deu; o devedor pagou a dívida, mas o credor ficou com o escrito da obrigação, pode pedir-lhe por esta ação; o possuidor de má-fé restituiu a coisa alheia, mas não os rendimentos, pode ser demandado por eles).

Para uma série de casos regulados nas condictiones surgiu a expressão quase ex contractu, e esta categoria dos quase-contratos passou a ser no direito romano uma categoria residual de fontes de obrigações que não tinham origem nem em um contrato típico, nem em um ato ilícito.

III. O enriquecimento sem causa na relação jurídica e como fonte de obrigações: evolução no direito brasileiro.

O CC brasileiro de 1916 a exemplo do CC francês não regulou expressamente o princípio do enriquecimento sem causa, o que não significou que o princípio não era reconhecido, tanto que era regulado através de vários artigos de forma esparsa e fracionária.

O CC alemão colocou o enriquecimento sem causa como regra fundamental do indébito.

Teresa Negreiros em trabalho sobre o tema conclui que o enriquecimento sem causa antes do advento do CC- 2002 vinha sendo concebido pela doutrina e jurisprudência como um princípio implícito no sistema normativo, indispensável à unidade axiológica do ordenamento. No entanto, explica a autora que o referido princípio não se constituía apenas como uma diretriz do ordenamento, mas adquiriu a função de verdadeira norma. ⁷

O novo CC inova frente à regulamentação anterior, pois o legislador optou pela positivação de uma cláusula geral que veda o enriquecimento sem causa no art. 884, ao contrário do CC anterior onde apenas casos específicos foram regulados. Também o novo CC regulou diversos casos específicos como a gestão de negócios, dentre outros. 8

A regulação do direito restituitório no CC-02 se dá de forma análoga àquela utilizada para a regulação da responsabilidade civil. Em primeiro lugar, há uma cláusula geral que estabelece os termos em que casos não regulados especificamente poderão gerar direito á restituição (art.884, com o complemento do art. 885 e a restrição estabelecida pelo art. 886). Em segundo lugar, há regras especificas para situações que necessitem, por suas peculiaridades, de regulamentação diferente daquela estabelecida na regra geral (como no caso do pagamento indevido e da gestão de negócios, no direito das obrigações, e do direito á restituição do valor da matéria prima empregada na especificação, no direito das coisas).

Sobre a recente previsão legal em nosso ordenamento do princípio do enriquecimento sem causa no CC brasileiro, leciona Michelon Jr.:

⁷ NEGREIROS, Teresa. Ob. Cit., p. 842.

⁸ MICHELON Jr. Cláudio. Ob. Cit., p. 35.

É bem verdade que a expressão "enriquecimento sem causa" é utilizada de modo impreciso pela jurisprudência. Ora é apontado como critério limitador do valor da indenização devida pela causação do dano moral, ora é utilizada como fundamento para justificar certas limitações à autonomia privada. Ambos os usos parecem ser incompatíveis com a regra da subsidiariedade contida no art. 886 do CC-02. assim a doutrina e a jurisprudência procederam a uma equivocada evolução deixando ainda muitas perguntas em aberto como qual a relação entre o enriquecimento sem causa e os dispositivos legais que regulam casos específicos do direito restituitório ou qual a sua relação com outras fontes obrigacionais, ou o problema de como quantificar o valor devido em função da ocorrência do enriquecimento sem causa.

[...] Os arts. 884 a 886 não oferecem respostas prontas ainda que ofereçam um certo grau de sistematização e algumas respostas preliminares, e assim não apresentam uma resposta acabada mas sim uma contribuição para a evolução da compreensão das fontes restituitórias no direito brasileiro e por meio dessa compreensão, uma mais abrangente aplicação do instituto por nossos tribunais.

Cláudio Michelon Jr. aponta como institutos básicos do direito restituitório o enriquecimento sem causa, a gestão de negócios e o pagamento indevido. 9 Considera, ainda, para além do direito das obrigações, que podem ser considerados institutos do direito restituitório as regras sobre os frutos, benfeitorias, acessão e sobre a aquisição da propriedade por especificação, tipicamente tratadas como aspectos dos direitos reais.

A diretriz da codificação anterior foi, portanto, modificada, pois deixou de incluir a gestão de negócios entre os contratos nominados, até porque tal instituto não depende de nenhum acordo de vontade para gerar obrigações ao gestor, não se

⁹ MICHELON Jr. Cláudio. Ob. Cit., p. 21.

caracterizando como um contrato, e o pagamento indevido era regulado entre os efeitos das obrigações e formas de extinção destas, quando o instituto do pagamento indevido não extingue qualquer dívida pré-existente, mas é fonte de nova relação obrigacional em que aquele que recebeu deve restituir aquilo que recebeu indevidamente. 10

Michelon Jr. aduz que tais impropriedades na ordenação das matérias do CC anterior "não permitia o reconhecimento de uma fonte não voluntária de obrigação": "os critérios utilizados para inserir esses institutos foram a homonímia (no caso do pagamento indevido) e a mera possibilidade de bilateralidade (em caso de aceitação do beneficiado pela gestão) na gestão de negócios, que a aproximaria de um contrato". Em função da fidelidade ao dogma da vontade, Beviláqua não viu necessidade de instituir uma disposição vedando o enriquecimento sem causa. 11

Recentemente, tanto nos países de tradição romano-germânica como naqueles do common-law os remédios restituitórios passaram a emergir como categoria unitária.

Se o princípio da autonomia da vontade orientou a legislação comparada do séc XIX, segundo o qual a fonte essencial da obrigação é um fato humano voluntário, o princípio que orienta o codificador de 2002 não é mais estruturado segundo o numero de declarações de vontade necessárias ao surgimento de uma obrigação. Hoje, instituiu-se uma nova fórmula de regulamentação no direito brasileiro, pressupondo que outro princípio fundamente os institutos da gestão de negócios, do pagamento indevido e do enriquecimento sem causa. Para Michelon este seria o principio da conservação estática dos patrimônios. 12

IV. Significado e Conteúdo: requisitos.

O enriquecimento sem causa é um evento, um fato, que se verifica quando o patrimônio de alguém é aumentado, sem causa, pelo correlativo empobrecimento do patrimônio de outrem, muito embora não deixe de ser um conceito jurídico.

Na teoria da relação jurídica ele é um fato jurídico constitutivo, porque dele deriva o direito de restituição para o dono do patrimônio empobrecido, com a correlativa obrigação de restituir por parte do dono do patrimônio enriquecido.

É sempre um ato voluntário por parte do empobrecido, mas em relação ao dono do patrimônio enriquecido, tanto pode ser um fato voluntário como um fato involuntário, embora, em regra, seja um fato involuntário.

A função do adquirente-enriquecido é puramente passiva, podendo tanto ser proveniente de um ato ilícito se houver má-fé do adquirente, como de um ato lícito. Em relação ao empobrecido, porém, o ato de que deriva o locupletamento de outrem tem que ser sempre um ato lícito para dele poder advir o direito de restituição.

É fonte de obrigações para a maioria da doutrina porque dele emerge, para o enriquecido, a obrigação de restituir, ao dono do patrimônio empobrecido, o montante do enriquecimento deste, limitado pelo do seu próprio enriquecimento, havendo, assim, um solvens (empobrecido) e um accipiens (enriquecido). 13

É fonte de obrigações porque é um quase-contrato, expressão que abrange todos os fatos jurídicos que, não possuindo natureza de contrato nem de delito, não se traduzem num acordo de vontades nem num fato ilícito.

As condições para a ação segundo Moitinho de Almeida são de ordem econômica: a) o enriquecimento do réu e b) o empobrecimento do autor. As condições de ordem jurídica são: a) o nexo de causalidade entre o enriquecimento e o empobrecimento; b) ausência de causa; c) ausência de ação apropriada. 14

A maioria dos autores, não obstante, refere-se a três requisitos de forma geral:

- a) o enriquecimento por parte do obrigado à restituição;
- b) ser este enriquecimento obtido às custas do autor da pretensão;
- c) inexistência de causa que o justifique. 15

MICHELON Jr. Cláudio. Ob. Cit., p. 35.
 MICHELON Jr. Cláudio. Ob. Cit., p. 51.
 NEGREIROS. Teresa. Ob. Cit., p. 793.

Cumpre observar que ao referir-se ao empobrecimento, na realidade, quer-se dizer que o enriquecimento ocorre à custa de outrem, pois pode ocorrer uma perda efetiva ou um ganho evitado. A expressão "à custa de outrem" foi consagrada no CC alemão, no art. 812 do BGB, ao contrario da solução adotada na legislação italiana, que concede o direito à restituição apenas a quem tenha efetivamente sofrido um dano (a danno di un'altra persona), como se depreende do art. 2041. 16

V. Empobrecimento consentido e útil para si. Ausência de justa causa?

O ato de que resultou empobrecimento deve, portanto, ter sido praticado em proveito de outrem, esclarece o escritor português Moitinho de Almeida. Mas quando do empobrecimento resulta não só o próprio interesse do empobrecido, mas, também, o proveito alheio, se os resultados obtidos no empreendimento não cobrem as despesas realizadas, poderá o empobrecido propor ação de locupletamento contra aquele ou aqueles que ficaram enriquecidos. Reflita-se sobre o seguinte exemplo: "A" construiu um dique para defender a sua propriedade das águas, defendendo, ao mesmo tempo, a propriedade dos vizinhos. Os tribunais franceses já decidiram (Sirey, 1927, II, p. 338) que o empobrecido não poderá reclamar dos vizinhos a maior valia que obteve para a propriedade deles. ¹⁷

Neste caso duas situações merecem ser analisadas:

- <u>a)</u> <u>O empobrecimento decorreu de um ato voluntário do solvens</u>. (havendo intenção liberal do solvens há causa justificativa para o locupletamento do accippiens)
- <u>b)</u> <u>O solvens geriu seus próprios interesses e resultou daí o seu empobrecimento com o enriquecimento do accipiens.</u> (daí também o princípio de que aquele que trabalha utilmente para si, mas enriquece ao mesmo tempo outrem, não tem um crédito de enriquecimento sem causa)

O empobrecimento também não pode resultar de culpa ou fato ilícito imputável ao solvens, embora dele resulte proveito econômico para outrem, tanto mais que tal

¹⁶ MICHELON JR, Cláudio. Ob. Cit., p. 197-198.

¹⁷ ALMEIDA. L.P. Motinho de. Enriquecimento sem Causa, 3ª ed.., p. 65.

empobrecimento é a justa consequência do procedimento do empobrecido e a própria cominação desse procedimento.

A questão de se decidir se houve ou não o empobrecimento do autor, dependerá das questões de fato do caso concreto. No entanto, quando o empobrecimento resulta de um ato útil ao empobrecido como acima exemplificado, entendemos que não há, a princípio, qualquer crédito decorrente do enriquecimento sem causa.

Analise-se as seguintes decisões proferidas pelo TJ-RJ:

2007.001.08370 - APELACAO CIVEL

DES. FERNANDO CABRAL - Julgamento: 26/06/2007 - QUARTA CAMARA CIVEL

Ação de **fixação** de aluguéis c/c enriquecimento sem causa. Recurso tempestivo, uma vez que, ausente a parte e seu patrono da audiência, o prazo para sua interposição iniciouse com a publicação da sentença no Diário Oficial. O prazo para a interposição do recurso de apelação se conta de sua intimação, na forma do disposto no art. 242, do CPC, pois é quando tem ciência inequívoca da decisão, que não se presume, sob pena de afrontar-se o preceito do art. 5, inciso LV da CF, que garante às:partes o amplo exercício do direito de defesa com todos os recursos a ela inerentes. Meação reconhecida por partilha acostada aos autos e pelo próprio autor, em sua inicial. Imóvel comum. Sendo o bem utilizado por apenas um dos proprietários, cabe ao outro a percepção de aluguéis, os quais foram estipulados em valor condizente com a meação, além de não terem sido impugnados pela recorrente. O fato de ter a apelante adquirido a sua parte não a exime do pagamento referente ao período entre a citação e a formalização da avença. Recurso a que se dá parcial provimento.

Voto Vencido - DES. JAIR PONTES DE ALMEIDA

2008.001.23403 - APELACAO

DES. ELTON LEME - Julgamento: 30/07/2008 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL APELAÇÃO CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. COBRANÇA DE ALUGUEL DE BEM IMÓVEL COMUM DECORRENTE DA SEPARAÇÃO DAS PARTES. PARTILHA NÃO EFETUADA. OBRIGATORIEDADE DE REMUNERAÇÃO PELO USO EXCLUSIVO DE IMÓVEL COMUM POR UM DOS CÔNJUGES. REDUÇÃO DA REMUNERAÇÃO FIXADA. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. 1. Preliminar de incompetência do juízo cível rejeitada, à medida que a questão em análise não procede ou decorre do direito de família, implicando em matéria disposta no artigo 1.314 do Código Civil, sendo competente o juízo cível e não o de família, nos termos do art. 84 do CODJERJ. 2. É entendimento predominante na jurisprudência que, quando ainda não efetuada a partilha dos bens após a separação, a parte que

não utiliza o imóvel comum do ex-casal pode exigir do outro ex-cônjuge, que utiliza com exclusividade do bem, a parcela a que faz jus por tal uso. 3. Para estabelecer o valor da indenização se deve levar em consideração as peculiaridades de cada caso, não devendo ser considerado exclusivamente o valor locatício do bem, à medida que não se trata de relação locatícia. 4. Valor estimativo com base tão-somente nos aluguéis da região que merece redução, diante da hipótese em exame, notadamente a destinação do uso voltado à moradia dos filhos do ex-casal. 5. Provimento parcial do recurso.

As hipóteses em tela narram a ocupação de imóvel por apenas um dos comunheiros ou co-proprietários.. A decisão de primeiro grau, confirmada em grau de recurso, condenou o ocupante (co-proprietário) a pagar ao outro (co-proprietário autor da ação ressarcitória) os aluguéis a partir da citação. 18

No entanto, parece-nos que não se analisou detidamente os pressupostos do enriquecimento sem causa. De fato, o "empobrecimento" decorreu de um ato voluntário do solvens ao permitir e tolerar durante algum tempo a ocupação. Por outro lado, presume-se a utilidade da ocupação, haja vista a necessidade de conservação do bem e mesmo de sua proteção através da ocupação efetiva.

Não se quer aqui adentrar na hipótese de um comodato tácito e que muitas vezes tem lugar em se tratando de herdeiros ou comunheiros sobre um mesmo bem imóvel. No entanto, cremos que a mera tolerância na ocupação por determinado período de tempo e por parte de um dos comunheiros, determina a "justa causa" do alegado "empobrecimento", ainda que se possa vislumbrar um efetivo "empobrecimento", pois, como explanado acima, presume-se a utilidade da ocupação.

Nesta linha do pensamento, em caso de ação de enriquecimento sem causa por parte do co-proprietário contra o outro que permanece ocupando imóvel comum com exclusividade, parece-nos que, ao contrario do entendimento contido nas ementas em exame, que não há indenização a título de aluguéis a ser paga... Isto, porque, entendemos haver justa causa para o "empobrecimento": no caso se presume não só a tolerância por parte do empobrecido em ver ocupado o imóvel, presunção que não se exaure pela simples propositura da ação, mas, também, a presunção da necessidade de conservação do imóvel,

¹⁸ No mesmo sentido, ver Rec. Ecp. 622.472/RJ, DJU de 20/09/2004.

resultando a ocupação tanto em benefício do comunheiro que cedeu o bem como daquele que efetivamente o ocupa. Vejamos:

Da mesma forma, a hipótese do co-proprietário ou o condomino que ocupa o bem com exclusividade e pretende ressarcir-se das benfeitorias úteis ou necessárias realizadas no bem, através de ação ressarcitória proposta contra os demais co-proprietários, muitas vezes herdeiros de um mesmo bem. Ainda que o ocupante (co-proprietário) arque com exclusividade com as benfeitorias necessárias ou úteis, não pode pretender indenização, por tratar-se de enriquecimento ao invés. Nesse caso também faz as despesas em proveito próprio ainda que aproveite também aos demais. Trabalhou utilmente para si na conservação de bem comum que ocupa com exclusividade.

Esta solução proposta também se adequa à hipótese de condomínio de fato, ou seja, daquele que, sem contrato prévio, realiza benfeitorias comuns em área comum, a princípio, úteis a si mesmo.

No entanto, a questão demandará uma solução ponderada entre os diversos interesses em litígio, principalmente quando a despesa feita foi muito superior ao proveito obtido, e as circunstâncias do caso concreto autorizem a concluir que o sacrifício próprio foi muito além do normal. Nesse caso, não só se apresentará um grande desequilíbrio entre o lucro e o sacrifício empenhado, como este foi muito além do previsto e era do conhecimento do "enriquecido" (accipiens). Poder-se-ia dizer que não haveria "justa causa" quando se tratar de enriquecimento imposto, evidenciada a boa-fé por parte do "empobrecido" e a má-fé subjetiva por parte do "enriquecido" que deseja se aproveitar da utilidade gerada pelo trabalho de outrem. Poderíamos exemplificar a hipótese de determinado co-proprietário que, ocupando com exclusividade o bem e pretendendo arcar com benfeitorias úteis ou necessárias é surpreendido pelas condições do imóvel empregando gastos muito superiores ao previsto, ao tempo em que, informando a situação aos demais co-proprietários, estes permanecem omissos.

A nosso ver, em caso contrário, ou seja, não ocorrendo desproporção entre o lucro e o sacrifício próprio além da previsão normal para a tarefa proposta, a qual tinha conhecimento o *accipiens*, **não** há crédito decorrente de ação restituitória por enriquecimento sem causa a ser cobrado a título de aluguéis.

Daí porque entendemos no caso de ocupação exclusiva por um dos comunheiros, há, em regra, "justa causa" para eventual "empobrecimento", qual seja, a intenção liberal do solvens de trabalhar, ao menos a princípio, utilmente para si próprio.

VI. Do Direito de Restituição: Quantificação.

Parte-se do princípio que a restituição do valor devido deve ser feito, regra geral, in natura, ou seja, sendo a obrigação infungível a obrigação é de dar coisa certa e, em sendo fungível, restituir-se-á seu valor.

Hipóteses como a de quem utiliza no mês de férias casa de outrem, ou quem bebe o uísque ou fuma os charutos alheios, enriquecer-se-á, segundo a teoria objetiva, na medida do valor locativo da casa ou do valor da bebida ou dos charutos, No entanto esclarece Jakobs, que o emprego, uso ou consumo só releva e tem sentido, no direito do enriquecimento sem causa, como "fenômeno de substituição", enquanto através dele se adquirem ou poupam outros valores: "sendo irrelevante, segundo o entendimento mais generalizado, a vantagem não patrimonial resultante do uso ou consumo, estes só assumirão significado para efeitos de enriquecimento sem causa pela influência que tenham sobre o patrimônio do enriquecido, ou seja, pela utilidades econômicas que ele extraia do bem utilizado, pelas despesas que o consumo que fez lhe tenha poupado, etc. ¹⁹

A doutrina de Jakobs traz a preocupação com a ilegitimidade da ação praticada pelo interventor ou enriquecido e, por isso, aborda a questão de impor ao interventor uma sanção pela sua ação ilícita e, assim, o *quantum* a restituir não seria apenas o valor objetivo do uso ou consumo dos bens, mas um valor patrimonial, pela diferença ou saldo em seu patrimônio.

Já para Von Caemmerer, defensor da teoria "objetiva" ou "real" da quantificação do valor devido, far-se-ia uma simples avaliação econômica do bem consumido ou, se, não tiver sido consumido, o valor de desfrute daquele bem pelo valor de mercado. No entanto, a noção de destinação econômica neste autor é "abstratamente" considerada, com foco único

*

¹⁹ COELHO, Francisco Manuel Pereira. Ob. Cit., p. 61.

no patrimônio do credor, e não "na interação do patrimônio do credor e com o patrimônio do devedor, que è o modo correto de entender as relações de direito restituitório." ²⁰

Quando não houver perda ou dano sofrido pelo credor (não houve diminuição patrimonial) e nem gerou riqueza adicional e houver impossibilidade de restituição *in natura* como no consumo de uísque ou da utilização do terreno para depósito de materiais, o conteúdo da destinação econômica não se mostra útil, devendo o valor ser limitado ao efetivo proveito do devedor, ou seja, se acreditava estar consumindo bebida de valor inferior do que o valor real, a restituição deve se dar pela despesa efetivamente poupada. ²¹

Outra indagação a respeito é se teria o enriquecido de restituir também o valor dos proveitos que obteve a partir do valor pecuniário do bem ou da intervenção no direito de outrem. Ou seja, deve-se adotar uma noção objetiva de enriquecimento que incluiria apenas a restituição daquilo que migrou entre patrimônios, seja isso um valor pecuniário, um bem ou a remuneração do que custaria a intervenção no patrimônio de outrem, ou deve-se adotar uma concepção patrimonial de enriquecimento, segundo a qual todo o proveito obtido pelo enriquecido deve ser restituído ao credor da obrigação restituitória?

A chave, no direito positivo, que determina que sejam tomados em conta tanto o patrimônio do enriquecido quanto o do empobrecido é a expressão "à custa de", segundo a qual o lucro obtido pelo enriquecido em seu patrimônio só deve ser restituído se ele puder ser imputado ao patrimônio do credor. Por isso, de acordo com a chamada teoria "patrimonial", para a determinação de qual parcela do lucro obtido deve ser restituída é necessário avaliar qual teria sido a contribuição relativa dos diversos fatores que contribuíram para a geração do enriquecimento.

Dessa forma, mesmo se comprovado que o co-proprietário não tinha interesse em explorar comercialmente ou alugar a sua cota-parte no imóvel, tem-se entendido que o valor do enriquecimento é o valor "real" ou "objetivo" do desfrute, partindo-se do princípio de que houve uma consumação ou "desfrute" de bem alheio ou mesmo por "intervenção" no direito de outrem.

²¹ Jr. Michelon. Ob. Cit., p. 249.

²⁰ MICHELON Jr, Cláudio. Direito Restituitório, ob. Cit., p. 238.

No tocante à ementa objeto de discussão neste trabalho, quer-se suscitar que, ainda que se compreenda satisfeitos os pressupostos para a ação restituitória daquele coproprietário que não tem a posse exclusiva do bem, não se pode simplesmente considerar o enriquecimento pelo seu valor "real" ou "objetivo", pois eventual "enriquecimento" não pode ser abstratamente considerado. Muitas vezes quem ocupa um bem nestas circunstâncias está de boa-fé, não tem outro imóvel para habitar e não o ocuparia se soubesse o valor de mercado de locação do mesmo. Perder a demanda, como já salientado, pode significar não só a perda do direito de meação sobre o bem ou de co-proprietário, mas a perda da própria moradia, o que nos conduz também à necessidade de analisar o caso concreto de acordo com os princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana.

É claro que não se obsta, qualquer que seja a interpretação acerca da quantificação do dano, a aplicação do parágrafo único do art. 944, reduzindo o juiz, equitativamente, o valor da indenização apurada.. Além, não obstante o enfoque que damos à solução do problema, não é demais que a impugnação do valor do aluguel pretendido bem como o valor das despesas com conservação sejam deduzidas em contestação.

VII. Conclusões.

Embora a ação de enriquecimento sem causa pressuponha um enriquecimento injusto por parte do réu, fora dos casos de responsabilidade civil ou de outras fontes restituitórias previstas no CC, a previsão expressa do princípio em nosso ordenamento pode evitar decisões através das quais, se viria a fazer uma verdadeira injustiça a propósito de se evitar uma "possível injustiça".

A fixação de aluguéis pelo seu valor real ou objetivo na quantificação do valor a restituir nos exemplos citados de utilização exclusiva de cota-parte de bem imóvel por apenas um dos co-proprietários, tem por base a teoria de Von Caemmerer já exposta, e se trata de uma simples avaliação econômica do bem consumido, tornando bem rápida e pratica a operação. No entanto, pode levar uma das partes à verdadeira insolvência civil, comprometendo o seu direito à meação na hipótese de separação (ou o seu quinhão hereditário na hipótese de bem objeto de herança) e até mesmo o seu direito à moradia, pois,

muitas vezes se trata de bem único, não dispondo a parte que sofrerá os custos de uma indenização de outro local para viver.

Dessa forma, o *quantum* a ser restituído com base no valor objetivo do uso dos bens consumidos vem sendo a orientação mais aceita em doutrina e jurisprudência. De fato, é a solução mais razoável, inclusive, quando há lucro resultante da intervenção em bens alheios, compondo os vários interesses em jogo, ainda que uma das partes fique em situação melhor ou pior que estaria se não houvesse o consumo. ²²

Com isto, conclui-se como já assentado na doutrina, que o conceito de dano em matéria de enriquecimento sem causa não é o conceito "patrimonial", mas o "real". ²³

Contudo, se a intervenção, como no exemplo em exame, foi de boa-fé, e, tratando-se de utilização de bem comum e indivisível cuja divisão tem lugar por meio da ação própria de extinção de condomínio ou de partilha, não há que se aplicar pura e simplesmente as regras da intervenção como se houvesse utilização de bem alheio. É que, no caso, há uma singela diferença entre os demais exemplos que fundamentam a ação restituitória, pois estar-se-ia consumindo bem próprio, em estado de indivisão, que gera também um proveito e uma utilidade para o próprio "empobrecido"- autor da ação -, na medida em que se presume a sua conservação e proteção pela posse direta do bem por parte do eventual "enriquecido".

Dessa forma, tratando-se de posse exclusiva de bem comum, não há o direito de restituição por enriquecimento sem causa sem a análise coerente dos pressupostos dessa ação. Caso o comunheiro (enriquecido) permaneça habitando o imóvel por acordo tácito e sem qualquer oposição anterior por parte dos demais, há "justa causa" para eventual "empobrecimento" do autor. Este "empobrecimento justificado" se resume, frisamos, pela administração, proteção e a conservação de bem comum pelo possuidor direto, fato que, por si só, não traz, além, qualquer prejuízo ou "empobrecimento" ao co-proprietário afastado da posse direta do bem.

²² COELHO, Franciso Manuel Pereira. Ob. Cit., p. 75.

²³ COELHO, Franciso Manuel Pereira. Ob. Cit., p. 74: "Na verdade vimos já que a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa não visa remover o dano do patrimônio do credor, mas o enriquecimento do patrimônio do devedor, e que o conceito de dano relevante em matéria de enriquecimento sem causa não é o conceito "patrimonial", mas o"real."

-

Ainda que se queira ultrapassar o pressuposto da "ausência de justa causa" para fundamentar, no caso em exame, a ação restituitória, duas outras circunstâncias concorrem especialmente para a quantificação do valor a restituir. Aquela de ser o bem comum e indivisível, o que suscita de imediato àquele que se entenda lesado por sua utilização recorrer à ação de extinção de condomínio, não se podendo beneficiar a omissão do comunheiro que se diz "empobrecido", e o fato de que aquele que se utiliza com exclusividade de bem comum não ter a exata medida do proveito obtido, senão diante de sua própria situação econômica. Exemplificando, se A e B possuem imóvel comum e A, pessoa hipossuficiente financeiramente, reside no bem de boa-fé e por tolerância do outro co-proprietário, não há, a princípio, qualquer direito restituitório por parte de B, pois não foram satisfeitos os pressupostos em relação à ausência de causa. Ainda que assim não se compreenda, é preciso detida análise das circunstâncias concretas, pois a perda e o enriquecimento, no caso, não podem ultrapassar o valor correspondente ao imóvel que A efetivamente teria condições de ocupar através de suas condições econômicas.

Em conclusão, defende-se no presente trabalho o fato de que, se houve acordo prévio quanto à ocupação direta do bem ou mesmo tolerância por parte do co-proprietário que se estendeu por algum período de tempo, não há o que restituir a titulo de enriquecimento sem causa. Da mesma forma, nos termos do art. 1.219 do CC, não haveria que se considerar o ocupante a título de mera tolerância como possuidor de boa-fé indenizando-lhe as benfeitorias úteis ou necessárias feitas no imóvel, representando, tal medida, também um enriquecimento sem causa. Defende-se que em ambas as hipóteses o dito "empobrecimento" resultou útil para si mesmo

Não há, tanto na hipótese de uso quanto na de cessão gratuita de bem comum, em princípio, a configuração dos pressupostos necessários ao enriquecimento sem causa, presumindo-se que houve "causa" para a ocupação. Em regra a ocupação visa a necessária proteção e conservação do bem imóvel comum, resultando no benefício próprio do solvens.

Evidente que a solução da ação reclamará uma análise ponderada pelos diversos interesses apresentados, principalmente se as circunstâncias do caso concreto autorizem concluir que o sacrifício próprio foi muito além do normal.

Ť

Poder-se-ia dizer que não haveria "justa causa", e, portanto, poderia dar-se ensejo à ação restituitória, quando, no exemplo em questão, restasse evidenciada a boa-fé por parte do "empobrecido" (solvens) e a má-fé subjetiva por parte do "enriquecido" (accipiens) que deseja se aproveitar da utilidade gerada pela ocupação do bem em detrimento dos demais proprietários.

Dessa forma, em se tratando de cobrança de aluguéis pelo co-proprietário contra o outro que ocupa com exclusividade o bem, a existência ou não de "justa causa" para eventual "empobrecimento" do autor (solvens) deveria ser a base argumentativa inicial. Se o autor tolerou a ocupação e esta resulta útil também para si próprio, o que se presume, não há, a princípio, que falar-se em direito à restituição.

A direção tomada por reiterada jurisprudência do TJ-RJ e dos Tribunais Superiores é a de que, ao contrário da solução aqui proposta, haveria, a princípio, um crédito de enriquecimento tão só pelo fato de estar o condômino (co-proprietário) afastado da posse direta do bem imóvel, sem qualquer análise do pressuposto relativo à "justa causa" para o eventual "empobrecimento" do autor. De resto, quanto à quantificação do valor a restituir, em geral também não é feita uma análise da situação concreta, mas apenas do valor de mercado da locação, abstratamente considerado. A falta de análise da correlatividade entre os patrimônios visando apenas integralizar o patrimônio do credor também vulnera o modo mais justo de entender as relações de direito restituitório em geral. Note-se que a ultima decisão trazida à lume neste trabalho em tópico anterior, adentrou mais detidamente no problema relativo à quantificação dos aluguéis.

Talvez o caminho mais apropriado a ser adotado nas relações pessoais seja o de considerar o aumento patrimonial do "enriquecido" (empregado num processo que visasse gerar riqueza) em relação à perda patrimonial do "empobrecido" e desconsiderar qualquer migração de valor entre patrimônios pelo seu valor objetivo em que as partes estejam de boa-fé. Contudo, tal solução talvez vulnere a solução adotada pelo legislador em casos de acessão e especificação, nos quais o valor real e não o patrimonial do bem há de ser restituído, ainda que a posse do mesmo fique com aquele que interveio de boa-fé na propriedade alheia. Outra forma de se conceber o instituto é aquela adotada pelo direito inglês através do mistake e a duress, construídos em torno da ausência de ato voluntário por parte do titular do direito à restituição.

Concluímos que a análise da questão de fato merece ser aprofundada em cada caso, sob pena de proliferarem ações e decisões com base no princípio do enriquecimento sem causa sem a devida análise de seus pressupostos, destituindo-o, aos poucos, da importância e cientificidade na normativa civilista.

Afinal, em uma sociedade baseada nos valores constitucionais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade é importante atentar que o instituto do enriquecimento sem causa impõe uma linha muito tênue entre os limites do ato voluntário e solidário praticado pelo "empobrecido" e o ato também voluntário e solidário do eventual "enriquecido", daí porque não devem as decisões judiciais seguir um caminho que desprezem o equilíbrio entre ambos.

VIII. Referências.

ALVIM, Agostinho de Arruda. "Do Enriquecimento sem Causa", in Revista dos Tribunais, n.259, 1957, pp. 1-22.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. O Enriquecimento e o Dano. Coimbra: Almedina, 1999.

COSTA, Mário Júlio de Almeida Costa. *Direito das Obrigações*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1994.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo Curso de Direito Civil*. Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.

KONDER. Carlos Nelson. "Enriquecimento sem causa e pagamento indevido", in Gustavo 「epedino (coord.), Obrigações: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 369-398.

OPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*, Vol. II. 7ª ed. Rio de Janeiro: Freitas astos, 2000.

.-IICHELON Jr. Cláudio. Direito Restituitório. São Paulo: Ed. Rev. Dos Tribunais, 2006.

MOITINHO DE ALMEIDA. L. P. Enriquecimento sem causa. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

.NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa... Aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito, Separata da Rev. Da Ordem dos Advogados-Lisboa,vol. IV, n. 3,: Dezembro 1995. pp. 757-845.

NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 1994.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* vol. 2, 19ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

TEPEDINO. Maria Celina B.M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional, in. Rev. De Direito Civil, 65.

TEPEDINO Gustavo e outros. Código Civil Interpretado. Vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

REENQUADRAMENTO JURÍDICO DA COMPETÊNCIA PARA AÇÕES DE REPA-RAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, FUNDA-DAS NO DIREITO COMUM, APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 45 DE 2004

ARNALDO GOLDEMBERG¹

Não cometereis injustiças nos julgamentos: não tomarás o partido do pobre que não tiver razão e não serás complacente com o poderoso; mas julgarás teu compatriota com justiça.

(Levítico, 19:15)

RESUMO

O presente artigo trata da competência da Justiça do Trabalho para julgar as ações de reparação de danos em face de empregador, em decorrência de acidente do trabalho, dando destaque ao reposicionamento jurídico decorrente das inovações advindas com a Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004. O estudo também aborda os aspectos da responsabilidade civil imputável ao empregador.

Palavras-Chave: Acidente de trabalho. Responsabilidade civil. Direito processual competência jurisdicional.

ABSTRACT

This article deals with the jurisdiction of the Labor Court for judging the actions against the employer for damages, due to accidents at work, focusing on new juridical positioning, result of legal innovations, with the Constitutional Amendment no. 45, December 8th 2004. The study also addresses the issues of liability attributed to the employer.

Keywords: Accident at work. Liability. Procedural law. Jurisdiction.

1- Defensor Público, Mestre em Direito Econômico e Pofessor Univesitário.

1. Introdução

Esta pesquisa pretende contribuir em termos teóricos e práticos para compreensão dos aspectos jurídicos Competência da Justiça do Trabalho para julgar ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho e a Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004 com abordagem sobre os aspectos da responsabilidade civil imputável ao empregador.

A relevância do tema tratado nesta monografia reside na contribuição que o estudo e a pesquisa acadêmica proporcionam para solução da intrincada controvérsia acerca da competência para apreciação da demanda proposta em face do empregador, objetivando a reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho, sobretudo após a vigência da Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004.

A responsabilidade civil do empregador é o tema tratado inicialmente, como forma de estabelecer as hipóteses de reparação de danos que são objeto do estudo da competência versada nesta monografia.

Assim, o estudo introdutório da responsabilidade civil do empregador, traçada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nas modalidades de culpa, ainda que leve ou levíssima, prossegue no campo das abordagens prévias, para tratar da possibilidade de percepção do benefício decorrente do seguro de acidente do trabalho conjuntamente com a indenização do direito comum, em caso de culpa do empregador no evento danoso.

A monografia fará o prévio delineamento da responsabilidade civil do empregador, para distinguir das prestações acidentárias advindas da aplicação da Lei nº. 8.213/91 que regula os benefícios devidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) ao empregado.

A transposição das questões descritas é necessária para demarcação das competências para o processo e julgamento das ações que versem sobre os pedidos de reparação de danos morais e materiais fundados em fatos ocorridos ao longo da relação de trabalho estabelecida entre empregado e empregador.

O estudo procederá a análise da competência à luz das normas constitucionais vigentes antes e depois da Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004.

O tema é tratado desde os aspectos da evolução histórica até sua delimitação no ordenamento jurídico atual. São feitas consideração teóricas conciliadas com a abordagem prática, inclusive com a análise de recentes julgamentos sobre a competência da Justiça do Trabalho.

Este trabalho rebuscará a evolução da jurisprudência, com a transcrição de importantes decisões sobre o tema, objetivando assim demonstrar os aspectos que envolveram a transposição da competência antes atribuída à Justiça comum, para a Justiça do Trabalho, ora consagrada para apreciar a ação de reparação de danos materiais e morais, decorrentes de acidentes do trabalho e fundadas no direito comum.

Portanto, o tema é de inconteste importância para os profissionais do direito de todas as áreas, além de refletir no incremento e aperfeiçoamento das relações trabalhistas entre empregados e empregadores.

2. Responsabilidade civil do empregador no acidente de trabalho

2.1 Considerações históricas

A idéia da plena responsabilização do empregador nos eventos decorrentes do acidente do trabalho foi sendo mitigada em razão da constatação da necessidade de mecanismos de proteção aos fatos da infortunística por meio de um seguro social.

No período de vigência do Decreto-lei nº. 7.036/44, o empregador que mantivesse Seguro de Acidentes do Trabalho estaria exonerado do dever de pagar qualquer outra indenização em virtude do acidente do trabalho que acometesse seu empregado.

Anterior Lei de Acidentes do Trabalho (Decreto-lei nº. 7.036/44) assim tratava a matéria:

Art. 31. O pagamento de indenização estabelecida pela presente lei exonera o empregador de qualquer outra indenização de direito comum, relativa ao mesmo acidente, a menos que este resulte de dolo seu ou de seus prepostos. O Supremo Tribunal Federal, interpretando o art. 31 do Decreto-lei nº. 7.036/44, entendeu que a isenção de responsabilidade do empregador, evidentemente, só tinha lugar quando não tivesse incorrido em dolo ou culpa grave, resultando tal interpretação na edição da Súmula 229 com o verbete: *A indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador.*

Assim, tomadas nos seus conceitos próprios, a culpa leve e a levíssima não estão na órbita das cautelas necessárias quanto à distribuição dos serviços e segurança na execução destes.

A responsabilidade subjetiva, fundada na culpa aquiliana é, também, chamada de teoria extracontratual ou de culpa delitual. Provém do Direito Romano, da chamada *Lex Aquilea*, que se refere à reparação de danos causados às coisas alheias. Os fundamentos da responsabilidade civil do empregador vigoram até os dias de hoje, em que há o sistema de tutela legal à infortunística, sem prejuízo da responsabilidade civil do empregador fundada na culpa aquiliana.

Foi o Direito Romano, com a *Lex Aquilia de damno*, no século III antes da era comum, que introduziu a idéia da culpa na noção de indenização, embora em termos bastante restritos, construindo os alicerces da reparação civil em bases mais lógicas e racionais.

Portanto, a responsabilidade subjetiva diz respeito à reparação decorrente da culpa do empregador, cabendo o ônus da prova ao empregado. A respeito da teoria, Miguel Horvath Júnior ¹ assim expressa:

O desacerto desta teoria reside no fato de que o empregado como hipossuficiente, dificilmente tem condições de provar a culpa do empregador que detém os meios de produção e toda documentação referente ao contrato de trabalho e seus desdobramentos. Um dos primeiros a introduzir esta teoria foi André Roaust (1897) dando origem à teoria da responsabilidade subjetiva em relação ao empregador com base na responsabilidade civil. Tentou-se salvar esta teoria com a introdução da inversão probatória; porém tal mudança não funcionou, pois se é muito difícil ao empregado provar a culpa do empregador,

¹ HORVATH Júnior, Miguel, **Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 288.

para este é muito fácil provar que trabalhava com diligência e cuidado necessário (mediano) imposto a todos.

Assim, a responsabilidade subjetiva observa a teoria da culpa aquiliana, cuja remonta à Lei Aquília – *LEX AQUILEA DE DAMNO* – do Direito Romano, no século III antes da era comum.

Estando presente a culpa, em qualquer modalidade, no agir do empregador, omissivo ou comissivo, será este responsabilizado civilmente pelos danos causados ao empregado.

A partir da Constituição Federal de 1988, que prevê em seu art. 7º, inciso XXVIII, ser devida reparação pelo empregador, quando incorrer em culpa, sem especificar qualquer modalidade, afastou-se a necessidade da verificação da existência de dolo ou culpa "grave" do empregador, para reconhecer que haverá o dever de indenizar, quando houver dolo ou culpa, e não apenas na sua modalidade grave.

Examinada pelo ângulo da gravidade, a culpa será grave se o agente atuar com grosseira falta de cautela, com descuido injustificável ao homem normal, impróprio ao comum dos homens. É a culpa com previsão do resultado, também chamada de culpa consciente, que se avizinha do dolo eventual do Direito Penal. Em ambos há previsão ou representação do resultado, só que no dolo eventual o agente assume o risco de produzi-lo, enquanto na culpa consciente ele acredita sinceramente que o evento não ocorrerá.

Haverá culpa leve se a falta puder ser evitada com atenção ordinária, com o cuidado próprio do homem comum. Já a culpa levíssima² caracteriza-se pela falta de atenção extraordinária, pela ausência de habilidade especial ou conhecimento singuar.

Todavia, a partir da edição da Lei nº. 6.367/76 passou a não mais prevalecer o enunciado nº. 229 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. Assim, possível ao empregado lesado, comprovando dolo ou culpa – ainda que leve – do empregador, exigir-lhe indenização de direito comum.

Com a integração do seguro de acidentes do trabalho ao sistema da Previdência Social, resulta revogada a norma constante do Decreto-lei nº. 7.036/44, sen-

Ulpiano, que o Imperador Justiniano, no Século VI registrou, numa compilação dos jurisconsultos romanos (DIGESTO – Livro Nono, Dig. 9.2.44 pr.; Ulpianus 42 ad sab.), concluiu: In lege aquilia et levissima culpa venit.

do consagrada a responsabilidade do empregador, com base no direito comum, desde que tenha concorrido com culpa, ainda que leve, para o acidente.

2.2. A responsabilidade civil do empregador no ordenamento jurídico em vigor

Vigora atualmente a cobertura aos eventos de acidente de trabalho, pelo Regime Geral da Previdência Social, nos termos dos artigos 19 a 23 da Lei nº. 8.213/91 sem prejuízo do dever do empregador de suportar a reparações do direito comum, pelos danos causados por acidente do trabalho, com base nas normas jurídicas do direito civil referente à indenização civil, quando o empregador incorrer em culpa no evento danoso.

A Constituição Federal de 1988, assim prevê:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

§ 10. Lei disciplinará a cobertura do risco de acidente do trabalho, a ser atendida concorrentemente pelo regime geral de previdência social e pelo setor privado.

Prevendo o art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal de 1988 que o empregador estará obrigado à indenização quando incorrer em dolo ou culpa, conduziu em nível constitucional, a adoção da teoria da responsabilidade subjetiva, que exige a verificação da culpa do empregador, para a indenização do direito comum em decorrência de acidente de trabalho que tiver acometido o empregado.

Ademais, a adoção da teoria da responsabilidade objetiva dependeria de expressa previsão legal. O novo Código Civil assim exige ao prever, no parágrafo úni-

co do art. 927, que a obrigação de reparar o dano, independentemente da existência de culpa, só será cabível nos casos especificados em lei.

Art. 927. [...]

Parágrafo único. 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.

Assim, a reparação acidentária está sob o alcance da cobertura dos riscos de acidente do trabalho a cargo do Regime Geral da Previdência Social, sem excluir o direito do empregado à busca pela reparação fundada na teoria da responsabilidade subjetiva, em face do empregador, quando este incorrer em culpa ou dolo.

Contudo, embora a corrente principal sustente que a previsão do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal determina a aplicação da responsabilidade subjetiva, não se pode deixar de mencionar outra vertente que entende que o parágrafo único do art. 927 do Código Civil consagrou a responsabilidade objetiva nos danos causados ao empregado, apoiado no fundamento de que sua aplicação à relação de trabalho decorre da ampliação do rol dos direitos e garantias previstos art. 7º da Constituição.

Todavia, não se questiona quanto à natureza exemplificativa do rol do art. 7º da Constituição Federal, até porque, a possibilidade de ampliação pelo legislador ordinário, decorre do próprio texto constitucional que prevê a possibilidade de direitos "outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador".

A interpretação sistemática exige que as normas constitucionais, entre si, sejam vistas no plano horizontal.

A Constituição Federal não tem normas conflitantes. O papel do intérprete deve ser o de harmonizar as normas constitucionais. Assim, mesmo tendo em conta que o elenco de direitos previstos no art. 7º. da Constituição Federal é de natureza exemplificativa, não se pode admitir a aplicação da responsabilidade objetiva prevista no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, por força da ressalva contida no art. 7º XVIII da Constituição Federal, que exige a verificação da culpa, ou seja, adota a responsabilidade subjetiva nas reparações de danos decorrentes de acidentes do trabalho.

ŧ

Deve-se ainda considerar que a aplicação do parágrafo único do art. 927 do Código Civil nas reparações de danos decorrentes de acidentes do trabalho importaria em violação ao art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, até porque as normas infraconstitucionais, no plano vertical, devem obedecer à hierarquia das leis, estando a Constituição Federal no nível superior.

Daí porque, a controvérsia não se sustenta, devendo prevalecer a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nas reparações de danos decorrentes de acidentes do trabalho, quando a pretensão for voltada para o empregador.

O recebimento de prestações da Previdência Social não exime, não atenua nem pode ser objeto de compensação ou dedução, quanto à indenização a que estiver obrigado o empregador, em razão de sua responsabilidade civil decorrente de culpa. O art. 121 da Lei nº. 8.213/91 assim prevê:

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem.

A reparação decorrente da culpa tem como fundamento a não adoção por parte do empregador de todas as cautelas e diligências necessárias e devidas no sentido de evitar o infortúnio laboral que viesse a ocorrer. Nem todos os acidentes do trabalho decorrem de culpa do empregador.

Há hipóteses fruto do mero casuísmo ou infortúnio, cuja cobertura deve se dar pelo sistema do Seguro de Acidentes do Trabalho, do Regime Geral da Previdência Social.

A responsabilidade civil do empregador somente se verificará quando houver incorrido em dolo ou culpa, sendo esta fundada na imperícia, imprudência ou negligência, em qualquer modalidade, grave, leve ou levíssima. Por se tratar de responsabilidade civil subjetiva, cabe ao acidentado comprová-la.

Cabe ressaltar que se o legislador constituinte pretendesse distinguir o grau de culpa, teria feito a expressa menção à culpa grave na redação do inciso XXVIII do art. 7º da Constituição Federal.

Lícita é a conclusão de que, onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete distinguir, de modo que resultam abrangidas todas as modalidades de culpa, quanto ao grau grave, leve e levíssimo.

O dever de indenizar quando a culpa for considerada leve ou levíssima deve ser sopesado com a devida cautela, para que não resulte na realização de injustiça.

A responsabilidade fundada na culpa leve ou levíssima deve ser distinguida em princípio, de quem procede com normal diligência. Ninguém é obrigado a pautar a sua conduta comum de acordo com excepcionais padrões de diligência que só pessoa excepcionalmente cuidadosa teria.

Não se justifica atribuir relevância a negligências mínimas, insignificantes, que escapariam a um homem normal, bom cidadão. Somente pessoas colocadas em especiais situações devem ser obrigadas a um grau de diligência diverso do exigível do homem comum.

É que a atenção ordinária ou extraordinária na execução dos serviços não está na órbita de controle do patrão, senão na conduta do próprio, operário notadamente quando o empregado é um profissional do ramo em que atua.

De ordinário, não se pode pretender que o patrão ou seu preposto substituam a pessoa de cada um dos operários, o que redundaria em ampliação demasiada da culpa.

Assim, o empregador só não responderá se tiver buscado todos os meios possíveis para eliminar ou reduzir o risco normal da atividade econômica. Nesta hipótese, não haverá culpa do empregador e o acidente de trabalho será coberto pela Previdência Social.

Aliás, para os riscos invencíveis o empregador não pode ser civilmente responsabilizado, uma vez que para tanto, já figura como partícipe do custeio da Previdência Social, estando sujeito ao encargo de contribuir com o seguro obrigatório em caso de acidente do trabalho.

Deste modo, o fortuito puro, encontra-se incluído risco genérico, invencível, e por isto mesmo, em caso de acidente, fica coberto pela indenização acidentária, isto porque não existe nível de segurança absoluta no trabalho. Há sempre uma margem mínima de insegurança na execução dos serviços, que não pode ser evitada pela adoção de equipamentos de proteção individual ou coletivo.

Também é relevante não se afastar da idéia que não haverá direito indenizatório, quando demonstrada a presença de uma ou mais das excludentes de responsabilidade civil, tais como o motivo de força maior, o caso fortuito, o acidente de trabalho ocorrido por culpa de terceiro ou culpa do próprio empregado vitimado. No conceito tradicional de culpabilidade, o acidente decorrente do risco normal da atividade é irrelevante do ponto de vista do Direito Penal. Só existirá relevância criminal quando o acidente decorrer de manifesta negligência do empregador ou tomador de serviços, em observar as normas mínimas de segurança no trabalho, notadamente quando empregador exige serviços claramente perigosos e sem as mínimas condições de segurança.

A simples exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo direto ou iminente tipifica o crime do art. 132 do Código Penal, o que abrange a hipótese de submissão do trabalhador ao perigo para a vida ou saúde. A previsão do tipo é da pena de detenção, o que autoriza sua conversão em multa, que pode ser aumentada a critério do juiz (artigos 49 e 60, § 12, do Código Penal) até o triplo de seu valor.

Contudo, o entendimento acerca do conceito de *perigo* deve passar pela análise da probabilidade da ocorrência de um evento danoso. O perigo decorre do *risco* de dano e sua possibilidade de concretização. A sociedade contemporânea caracteriza-se pela sociedade do risco em que se deve dosar o incremento do risco e pautar pela diminuição do perigo.

Para redução do perigo contribuem o desenvolvimento tecnológico e científico. A imprevisibilidade e a invencibilidade estão redimensionadas, tendo seu alcance reduzido, em razão da tecnologia que permite o estudo da probabilidade de ocorrência de danos e adoção de medidas para que sejam evitados ou controlados.

A noção trazida por Claus Roxin considera o prévio exame da produção do perigo para análise secundária de suas conseqüências. O autor sustenta que para julgar "la cuestión de si ha realizado un peligro creado por el autor, en el caso concreto puede ser necesario efectuar sutiles investigaciones" 3, de modo que o contexto da causalidade exige, além da verificação da causalidade física, seja investigado se o agente criou um perigo relevante fora do âmbito do risco permitido, para que se possa atribuir o resultado como obra do causador.

Na sociedade contemporânea do risco, passa-se a rever o conceito de economicidade. O processo de contenção de despesas para obtenção dos maiores re-

³ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 apud NOGUEIRA, Luciana do Carmo. O Engasgo Fatal: Homicídio Culposo ou Mero Fator Externo? São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: < http://www.damasio.com.br>. Acesso em 10.2.2006.

sultados sofreu uma reinterpretação, ao menos no que diz respeito aos riscos ambientais do trabalho.

3. Competência para ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho e a Emenda Constitucional nº. 45 de 08 de dezembro de 2004.

A partir da Emenda Constitucional nº. 45, de 2004, a competência da Justiça do Trabalho foi ampliada, albergando inclusive as ações de reparação de danos decorrentes da relação de emprego, entre estas a ação de acidentes de trabalho do direito comum. A nova redação do art. 114, da Constituição Federal, assim estabelece:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I - as ações oriundas da relação de trabalho;

[...]

VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

3.1. Retrospectiva histórica acerca da competência para apreciação da ação responsabilidade civil do empregador fundada no direito comum

Para que se compreendam as razões pelas quais somente em 2004 a competência para julgar ações de reparação de danos decorrentes da relação de emprego passou a ser da Justiça do Trabalho, necessário se faz proceder ao estudo evolutivo das regras de competência para apreciação da ação de responsabilidade civil do empregador fundada no direito comum.

A análise da competência para as ações de indenização decorrente do acidente trabalho, exige um retrospecto da evolução legislativa e jurisprudencial sobre as regras de competência.

O Decreto nº. 24.637/34, segunda lei acidentária, excluía, no art. 12, a competência para a ação de reparação do direito comum, em face do empregador.

ŧ

O art. 643, § 2º, da CLT prevê que as questões referentes a acidentes do trabalho continuam sujeitas à justiça ordinária, na forma do Decreto 24.637/34, e legislação subsequente.

O Decreto nº. 7.036/44, terceira lei acidentária, admitia a responsabilidade civil quando o acidente resultasse de dolo do empregador ou de seus prepostos.

A Constituição de 1946 previa no art. 123, § 1º que os dissídios relativos a acidentes do trabalho são de competência da justiça ordinária.

A Constituição de 1967 com sua Emenda de 1969 estabeleceu no art. 142, § 2º que os litígios relativos a acidentes do trabalho são de competência da justiça ordinária dos Estados.

A Súmula 229/STF, de 1963, consolidou o entendimento de que a indenização acidentária não exclui a do direito comum, em caso de dolo ou culpa grave do empregador, que vigorou até a edição da Lei nº. 6.367/76, sendo rechaçado de vez pela Constituição de 1988 ao estabelecer que ser devida a indenização em caso de dolo ou culpa, não especificando qualquer modalidade desta.

A Constituição de 1988, na redação original do art. 114, determinou a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios entre trabalhadores e empregadores, sem ter repetido o § 2º da Constituição de 1967.

Por sua vez, ao tratar da competência dos Juízes Federais, o art. 109 da Constituição Federal de 1988, expressamente prevê exceções às causas as de acidentes de trabalho.

A Lei nº. 8.213/91 no art. 129 prevê que os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo.

A Súmula 736 do STF – Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. (D.J.U. 09.12.2003).

A Emenda Constitucional nº. 45/04, alterou a redação do art. 114 atribuindo competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, e as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho.

A nova redação advinda com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004, igualmente não repetiu a ressalva da Constituição Federal de 1967 que previa expressa-

mente que os litígios relativos a acidentes do trabalho eram da competência da justiça ordinária dos Estados.

Mesmo antes a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, a doutrina já indicava a Justiça do Trabalho como competente para as ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho fundadas no direito comum.

O Ministro Arnaldo Sussekind, referindo-se ao art. 114 da Constituição Federal assim expôs:

Não exige que o direito questionado ou a norma legal a ser aplicada pertençam ao campo de Direito do Trabalho. O fundamental é que o litígio derive da relação de emprego (dissídio entre trabalhador e respectivo empregador) ou de relação de trabalho (envolve tanto a e emprego, como a da prestação de serviços do trabalhador avulso e do autônomo), mas nessa segunda hipótese, quando a competência da Justiça do Trabalho for prevista em lei. ⁴

O legislador constitucional de 1988 adotou como critério determinante da competência da Justiça do Trabalho quando o fato da controvérsia decorrer da relação de emprego, ao estabelecer, de forma genérica, que à mesma compete "conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores".

O art. 114 da Constituição Federal de 1988, antes mesmo da nova redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004, não delimitou a competência pela natureza do dissídio. Logo, seja de ordem patrimonial ou moral, desde que configurem conflito entre empregado e empregador, já se vislumbrava a competência da Justiça do Trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, ao resolver Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6, deu a entender que o desate da controvérsia concluiria pela competência da Justiça do Trabalho, na medida em que decidiu pela competência desta para apreciar demanda de obrigação de fazer ligada a promessa de venda de apartamento a empregado:

ŧ

⁴ SUSSEKIND, Arnaldo. Tutela da personalidade do trabalhador. **Revista LTR** nº. 59, São Paulo: LTR, 1995, p. 597-598.

- 1. Compete à Justiça do Trabalho julgar demanda de servidores do Banco do Brasil para compelir a empresa ao cumprimento da promessa de vender-lhes em dadas condições de preço e modo de pagamento, apartamentos que, ante o assentimento em transferir-se para Brasília, aqui viessem a ocupar, por mais de cinco anos, permanecendo a seu serviço exclusivo e direto.
- 2. A determinação da competência da Justiça do Trabalho não importa que dependa a solução da lide de questões de direito civil, mas sim, no caso, que a promessa de contratar, cujo alegado conteúdo é o fundamento do pedido, tenha sido feita em razão da relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho. ⁵

Quando vigorava a Constituição de 1967, todo litígio em que se discutisse matéria decorrente de acidente de trabalho era da competência da Justiça Comum Estadual, considerando a redação do art. 142 § 2º, que expressamente estabelecia que os litígios relativos a acidentes de trabalho eram da competência ordinária dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, salvo exceções estabelecidas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

Observe-se que o caput do então vigente art. 142, estabelecia a competência da Justiça do Trabalho, enquanto seu § 2º excepcionava a regra, e remetia à Justiça Estadual os litígios entre empregadores e empregados, quando decorrentes de acidente de trabalho.

A Constituição de 1988, em seu art. 114, mesmo na redação originária, não apresentava qualquer exceção, como o art. 142 da Constituição anterior.

Na esteira do entendimento de que à Justiça do Trabalho, não compete apenas decidir as matérias previstas na legislação do trabalho, temos o art. 7º da Constituição Federal, uma norma eminentemente de direito do trabalho, que em seu inciso XXVIII prevê a indenização a que o empregador está obrigado quando, no acidente de trabalho, incorrer em dolo ou culpa.

Em se tratando da competência da Justiça Comum Estadual, eminentemente residual, há que delimitar em primeiro plano, a competência das Justiças Especiais,

⁵ Brasil: Supremo Tribunal Federal. Conflito de Jurisdição nº. 6.959-6 Ac. Pleno de 25/5/90, DJ 22/2/91. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em 19 jul. 2007.

adotando-se os critérios estabelecidos pela Constituição e demais leis, não se podendo admitir que a competência residual seja adotada, sem considerar a expressamente prevista.

A competência da Justiça do Trabalho não se limita apenas às questões relativas às indenizações tarifadas. Tenha-se em conta que a Justiça do Trabalho julga as demandas relativas ao Seguro Desemprego, cadastramento no PIS, Vale-Transporte etc.; que têm fundamento na responsabilidade civil, sob o argumento da omissão do empregador, dando ensejo à reparação do valor equivalente, fundada nas regras de indenização do Direito Civil.

Não se olvide que o Direito Civil é fonte supletiva para o Direito do Trabalho, nos termos do art. 9° da CLT. Ainda que se entenda que a ocorrência de danos praticados pelo empregado ao empregador (ou vice-versa), no curso da relação de emprego, seria matéria exclusivamente do Direito Civil, não se poderia afastar a competência da Justiça do Trabalho, que, nos termos do art. 114 da Constituição Federal aprecia toda e qualquer demanda que decorra da relação de emprego, seja ela fundada nas normas da Consolidação das Leis do Trabalho e demais legislações trabalhistas, seja ela fundada no direito comum.

Na hipótese da ação de indenização fundada no Direito Comum, não se aplica a Súmula nº. 15 do STJ, uma vez que versa sobre litígio decorrente de acidente de trabalho, de natureza previdenciária, este sim, pleiteado em face do INSS, cuja competência é realmente da Justiça Estadual, por força do art. 129 da Lei nº. 8.213/91.

Contudo, no que diz respeito à ação que tivesse por objeto o dano patrimonial decorrente de acidente de trabalho fundado no direito comum, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior à Emenda Constitucional nº. 45/2004, assim não acolheu.

Houve uma distinção pouco justificada, que conduzia a demanda por danos morais para a Justiça do Trabalho, permanecendo na Justiça Comum a ação que tivesse por objeto o dano patrimonial decorrente de acidente de trabalho fundado no direito comum.

Houve verdadeira resistência histórica. Até a Constituição Federal de 1988, a Justiça do Trabalho tinha sido encarregada das demandas que envolvessem verbas tarifadas e típicas da legislação trabalhista, tais como salário, horas extraordinárias, aviso prévio etc.

A resistência para migração da competência para a Justiça do Trabalho teve sua origem desde a Constituição de 1946, cujo projeto original previa a competência da ação de acidente do trabalho para a Justiça do Trabalho. Entretanto, acolheu-se a Emenda nº. 2.662 para excluir da Justiça do Trabalho a competência para julgamento das questões acidentárias com o propósito de atender "aos interesses das companhias seguradoras privadas que temiam a benevolência dos órgãos da Justica trabalhista em favor dos acidentados". ⁶

Também o Projeto original da Constituição de 1967 previa o deslocamento da competência da ação acidentária para a Justiça do Trabalho.

Todavia a Emenda nº. 820-2, de autoria do Senador Gilberto Marinho, apoiada pela de nº. 849-5, do Senador Eurico Resende indicou a inclusão de um parágrafo ao art. 142, para excluir tal competência, sob a alegação singela de que:

Guanabara, São Paulo, Minas, Rio Grande, Pernambuco, Bahia e outros Estados, com suas varas especializadas, perfeitamente aparelhadas, processam e julgam no momento mais de cem mil causas relativas a acidentes do trabalho, o que torna facílimo prever as conseqüências de um hiato no sistema atual. ⁷

ţ

3.2. Reenquadramento jurídico da competência para ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho fundadas no direito comum, após a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004.

O art. 10 da Emenda Constitucional nº. 45 de 08.12.2004, determinou sua vigência imediata, a partir da data de sua publicação, o que ocorreu em 31.12.2004.

Trata-se de competência ABSOLUTA, em razão da modificação de competência determinada pela EC n° 45/2004, o que, portanto, não admite prorrogação e

⁶ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 526.

⁷ SARASATE, Paulo. A Constituição do Brasil ao alcance de todos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967, p. 463.

não se submete ao princípio da *perpetuatio jurisdictionis*, em razão da exceção prevista na parte final do art. 87 do CPC.

Não obstante a resistência histórica contra a competência da Justiça do Trabalho nas ações de reparação de danos decorrentes de acidente do trabalho fundadas no direito comum, os Tribunais já vêm admitindo tal competência, fundamentando inclusive que a Justiça do Trabalho já teria tal atribuição, antes mesmo da nova redação do art. 114 da Constituição Federal, advinda com a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004.

A este respeito, transcreve-se a ementa de Acórdão do Segundo Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

Acidente do trabalho. Ação de indenização movida em face da empregadora. Competência da Justiça do Trabalho. Inteligência do art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004. A Competência para processar e julgar as ações de indenização por acidente do trabalho movidas em face da empregadora é da Justiça do Trabalho, de acordo com o art. 114 da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº. 45/2004.

Convém salientar que o tema não foi especificamente tratado, no também recente julgamento da liminar da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3395-6 DF, proposta pela Associação dos Juízes Federais (AJUFE).

O julgamento de tal liminar restringiu ao afastamento de qualquer interpretação tendente a incluir na competência da Justiça do Trabalho a apreciação da causa fundada na relação estatutária entre o Servidor Público e o Poder Público.

A decisão liminar assim foi proferida pelo então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Nelson Jobim:

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3395 Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Reqte.(s): Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE Adv.(a/s): Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e outro(a/s). Reqte.(s): Associação Nacional dos Ma-

赘

⁸ ESTADO DE SÃO PAULO: Al nº. 875135-0/6, Rel. Des. Gilberto dos Santos, 2º TACiv., 2ª Câm., julgado em 31.1.2005. Disponível em http://www.stac.sp.gov.br/acordao.php. Acesso em 19 jul. 2007.

gistrados Estaduais – ANAMAGES. Adv. (a/s): Gustavo Alexandre Magalhães. Reqdo.(a/s): Congresso Nacional DECISÃO LIMINAR:

A ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL - AJUFE - propõe a presente ação contra o inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC nº 45/2004. Sustenta que no processo legislativo, quando da promulgação da emenda constitucional, houve supressão de parte do texto aprovado pelo Senado. 1. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Informa que a Câmara dos Deputados, na PEC nº 96/92, ao apreciar o art. 115, "aprovou em dois turnos, uma redação ... que ... ganhou um inciso I..." (fls. 4 e 86). Teve tal dispositivo a seguinte redação: "Art. 115. Compete à Justica do Trabalho processar e julgar: I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios." 2. SENADO FEDERAL. A PEC, no Senado Federal, tomou número 29/200. Naquela Casa, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania manifestou-se pela divisão da "... proposta originária entre (a) texto destinado à promulgação e (b) texto destinado ao retorno para a Câmara dos Deputados" (Parecer 451/04, fls. 4, 177 e 243). O SF aprovou tal inciso com acréscimo. O novo texto ficou assim redigido: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I - as ações - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Muni-CÍPIOS, EXCETO OS SERVIDORES OCUPANTES DE CARGOS CRIADOS POR LEI, DE PROVIMENTO EFETIVO OU EM CO-MISSÃO, INCLUÍDAS AS AUTARQUIAS E FUNDAÇÕES PÚ-BLICAS DOS REFERIDOS ENTES DA FEDERAÇÃO". (fls. 4 e 280). Informa, ainda, que, na redação final do texto para promulgação, nos termos do parecer nº 1.747 (fl. 495), a parte final acima destacada foi suprimida. Por isso, remanesceu, na promulgação, a redação oriunda da CÂMARA DOS DEPUTADOS, sem o acréscimo. No texto que voltou à CÂMARA DE DEPUTADOS (PEC. 358/2005), o SF fez constar a redação por ele aprovada,

com o referido acréscimo (Parecer 1748/04, fls. 502). Diz, mais, que a redação da EC nº45/2004, nesse inciso, trouxe dificuldades de interpretação ante a indefinição do que seja "relação de trabalho". Alega que há divergência de entendimento entre os juízes trabalhistas e os federais, "... ausente a precisão ou certeza, sobre a quem coube a competência para processar as ações decorrentes das relações de trabalho que envolvam a União, quando versem sobre servidores ocupantes de cargos criados por lei, de provimento efetivo ou em comissão, incluídas as autarquias e fundações públicas." (fl. 7). Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia 'Em face da alegada violação ao processo legislativo constitucional, requer liminar para sustar os efeitos do inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004, com eficácia 'ex tunc', ou que se proceda a essa sustação, com interpretação conforme. (fl. 48). 3. DECISÃO. A CF, em sua redação dispunha: "Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas." O SUPREMO, quando dessa redação, declarou a inconstitucionalidade de dispositivo da L. 8.112/90, pois entendeu que a expressão "relação de trabalho" não autorizava a inclusão, na competência da Justiça trabalhista, dos litígios relativos aos servidores públicos. Para estes o regime é o "estatutário e não o contratual trabalhista" (CELSO DE MELLO, ADI 492). Naquela ADI, disse mais CARLOS VELLOSO (Relator): "... Não com referência aos servidores de vínculo estatutário regular ou administrativo especial, porque o art. 114, ora comentado, apenas diz respeito aos dissídios pertinentes a trabalhadores, isto é, ao pessoal regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, hipótese que, certamente, não é a presente [...]" O SF, quando apôs o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já se continha na expressão O SF, quando apôs o acréscimo referido acima e não objeto de inclusão no texto promulgado, meramente explicitou, na linha do decidido na ADI 492, o que já se continha na expressão "relação de trabalho", constante da parte inicial do texto promulgado. A Requerente, porque o texto promulgado não contém o acréscimo do SF, sustenta a inconstitucionalidade formal. Entendo não ser o caso. A não inclusão do enunciado acrescido pelo SF em nada altera a proposição jurídica contida na regra. Mesmo que se entendesse a ocorrência de inconstitucionalidade formal, remanesceria vigente a redação do caput do art. 114, na parte que atribui à Justiça trabalhista a competência para as "relações de trabalho" não incluídas as relações de direito administrativo. Sem entrar na questão da duplicidade de entendimentos levantada, insisto no fato de que o acréscimo não implica alteração de sentido da regra. A este respeito o SU-PREMO tem precedente. Destaco do voto por mim profendo no julgamento da ADC 4, da qual fui relator: "O retorno do projeto emendado à Casa iniciadora não decorre do fato de ter sido simplesmente emendado. Só retornará se, e somente se, a emenda tenha produzido modificação de sentido na proposição jurídica. Ou seja, se a emenda produzir proposição jurídica diversa da proposição emendada. Tal ocorrerá quando a modificação produzir alterações em qualquer dos âmbitos de aplicação do texto emendado: material, pessoal, temporal ou espacial. Não basta a simples modificação do enunciado pela qual se expressa a proposição jurídica. O comando jurídico - a proposição - tem que ter sofrido alteração. [...]" Não há que se entender que justiça traba-Ihista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Não há que se entender que justiça trabalhista, a partir do texto promulgado, possa analisar questões relativas aos servidores públicos. Essas demandas vinculadas a questões funcionais a eles pertinentes, regidos que são pela Lei 8.112/90 e pelo direito administrativo, são diversas dos contratos de trabalho regidos pela CLT. Leio GILMAR MENDES, há "Opor-

tunidade para interpretação conforme à Constituição ... sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição. ... Um importante argumento que confere validade à interpretação conforme à Constituição é o princípio da unidade da ordem jurídica ..." (Jurisdição Constitucional, São Paulo, Saraiva, 1998, págs. 222/223). É o caso. A alegação é fortemente plausível. Há risco. Poderá, como afirma a inicial, estabelecerem-se conflitos entre a Justiça Federal e a Justiça Trabalhista, quanto à competência desta ou daquela. Em face dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ausência de prejuízo, concedo a liminar, com efeito 'ex tunc'. Dou interpretação conforme ao inciso I do art. 114 da CF, na redação da EC nº 45/2004. Suspendo, ad referendum, toda e qualquer interpretação dada ao inciso I do art. 114 da CF, na redação dada pela EC 45/2004, que inclua, na competência da Justiça do Trabalho, a "... apreciação ... de causas que ... sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo". Publiquese.

Brasília, 27 de janeiro de 2005. Ministro NELSON JOBIM Presidente

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, reapreciando a questão liminar, a referendou, por maioria, em 04 de abril de 2006, com os seguintes termos:

Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3395 Distrito Federal. Relator: min. Cezar Peluso. Reqte.(s): Associação dos Juízes Federais do Brasil - AJUFE Adv.(a/s): Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite e outro(a/s) Reqte.(s): Associação Nacional dos Magistrados Estaduais - ANAMAGES Adv.(a/s): Gustavo Alexandre Magalhães Reqdo.(a/s): Congresso Nacional. Decisão: O Tribunal, por maioria, rejeitou a questão preliminar de legitimidade das requerentes suscitada pelo Senhor Ministro Marco Aurélio. Prosseguindo, o Tribunal, também por maioria, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, referendou a liminar concedida, nos termos

do voto do Relator. Votou a Presidente, Ministra Ellen Gracie (Vice-Presidente no exercício da Presidência). Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Gilmar Mendes e Eros Grau. Falou pelo *amicus curiae*, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho — ANAMATRA, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro. Plenário, 05.04.2006.

Como se pode observar, a apreciação do tema chegou ao Supremo Tribunal Federal apenas no que diz respeito à competência para apreciação das ações dos estatutários. Tal limitação constou expressamente da decisão liminar, cujo dispositivo literalmente afasta a competência da Justiça do Trabalho para apreciação de causas que "sejam instauradas entre o Poder Público e seus servidores, a ele vinculados por típica relação de ordem estatutária ou de caráter jurídico-administrativo" 9, tendo sido publicada a ementa em 10-11-2006, com o seguinte teor:

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Competência. Justiça do Trabalho. Incompetência reconhecida. Causas entre o Poder Público e seus servidores estatutários. Ações que não se reputam oriundas de relação de trabalho. Conceito estrito desta relação. Feitos da competência da Justiça Comum. Interpretação do art. 114, inc. I, da CF, introduzido pela EC 45/2004. Precedentes. Liminar deferida para excluir outra interpretação. O disposto no art. 114, I, da Constituição da República, não abrange as causas instauradas entre o Poder Público e servidor que lhe seja vinculado por relação jurídico-estatutária. 10

A questão da competência para julgamento da ação de reparação de danos decorrentes de acidentes do trabalho, quando movida pelo empregado em face do empregador fundada no Direito Comum, passa a ter um novo enquadramento, diante da adequação à extensão advinda com a nova redação do art. 114 da Constituição Federal, proveniente da Emenda Constitucional nº. 45/2004.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Parte dispositiva da decisão liminar proferida pelo Ministro Nelson Jobim na Ação Direta de Inconstitucionalidade n°. 3395. Disponível em http://www.stf.gov.br Accesso em 19 jul. 2007.

cesso em 19 jul. 2007.

10 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI-MC 3395 / Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, publicação DJ 10-11-2006 p. 49 Ementário vol. 2255-02 p. 274 Disponível em: < http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em 19 jul. 2007.

Ora, se o art. 114 incisos I e VI da Constituição Federal confere à Justiça do Trabalho a competência para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, nestas incluídas as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, não parece que possa haver qualquer dúvida quanto ao reenquadramento jurídico de tal espécie de competência.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

II -[...]

III -[...]

IV -[...]

V -[...]

 VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

VII -[...]

VIII -[...]

IX -[...]

A regra de competência do art. 114 não está em conflito com o art. 109, I, da Constituição Federal, já que este, claramente se volta para a competência das ações de acidente de trabalho, promovidas em face do INSS e, portanto, fundadas na legislação previdenciária que ampara a infortunística. O art. 109, I, da Constituição Federal, tem a seguinte redação:

Art.109- Aos juizes federais compete processar e julgar:

I- as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeita À Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. [...]

A exceção feita na parte final do dispositivo acima diz respeito à exclusão da competência da Justiça Federal para as ações de acidente de trabalho, ainda que seja parte a União, entidade autárquica ou empresa pública federal. Assim, a ação

de acidente do trabalho excepcionada neste dispositivo só pode ser aquela intentada em face do INSS, entidade autárquica.

A legislação previdenciária infraconstitucional prevê com asserção induvidosa a competência da Justiça Estadual, para as ações acidentárias promovidas em face da autarquia da Previdência Social.

Lei nº 8.213/91, Art. 129. Os litígios e medidas cautelares relativos a acidentes do trabalho serão apreciados:

I - na esfera administrativa, pelos órgãos da Previdência Social, segundo as regras e prazos aplicáveis às demais prestações, com prioridade para conclusão; e

II - na via judicial, pela Justiça dos Estados e do Distrito Federal, segundo o rito sumaríssimo, inclusive durante as férias forenses, mediante petição instruída pela prova de efetiva notificação do evento à Previdência Social, através de Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT.

Portanto, confirmada que está a competência da Justiça Estadual para as ações de acidente de trabalho apenas quando se tratar da pretensão à prestação previdenciária movida em face do INSS, não resta qualquer dúvida que a regra de competência para a ação de reparação de danos fundada no direito comum, movida em face do empregador, será a do art. 114 e não a do art. 109 da Constituição Federal.

Nem mesmo se pode admitir, diante da referida literalidade dos incisos I e VI do art. 114 da Constituição Federal, que se invoque, perante o Supremo Tribunal Federal, a conhecida *interpretação conforme* a Constituição para que se tente estabelecer que permanência da competência da justiça estadual.

Na esfera do pedido de danos morais, decorrentes de fatos havidos na relação trabalhista de emprego, a competência da Justiça do Trabalho já estava consagrada pelo verbete sumular de n°. 392 do Tribunal Superior do Trabalho:

TST SÚMULA Nº. 392 DANO MORAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Nos termos do art. 114 da CF/1988, a Justiça do Trabalho é competente para dirimir controvérsias

referentes à indenização por dano moral, quando decorrente da relação de trabalho.¹¹

A extensão da competência para julgar a causa com pedido de dano material não dependia propriamente da emenda à Constituição Federal ou de qualquer outra alteração infraconstitucional.

É a causa de pedir decorrente da relação de emprego havida entre as partes que atrai a competência da Justiça do Trabalho para apreciar o pedido de reparação de danos, sejam de natureza moral ou material, não sendo relevante para fixação da competência da Justiça do Trabalho que a solução da lide remeta a normas de direito civil, mas que o fundamento do pedido se assente na relação de emprego, inserindo-se no contrato de trabalho.

O Tribunal Superior do Trabalho, antes mesmo do advento da Emenda Constitucional nº. 45/2004, já interpretava o art. 114 da Constituição Federal, com alcance para atribuir a competência da Justiça do Trabalho inclusive sobre as causas fundadas na responsabilidade civil do empregador pelos danos morais e materiais em decorrência de acidente do trabalho.

A decisão adiante transcrita retrata tal pensamento:

Conforme decidido por esta Turma, tomou-se "pacífica a jurisprudência desta Corte sobre a competência do Judiciário Trabalhista para conhecer e julgar ações em que se discute a reparação de dano moral praticado pelo empregador em razão do contrato de trabalho. Como o dano moral não se distingue ontologicamente do dano patrimonial, pois em ambos se verifica o mesmo pressuposto de ato patronal infringente de disposição legal, é forçosa a ilação de caber também a esta Justiça dirimir controvérsias oriundas de dano material proveniente da execução do contrato de emprego" (RR 61817/99.7, Rel. Min. Antônio José de Barros Levenhagen, DJU de 23-8-2002). E o preceito do art. 109, I, da Carta Constitucional de 1988 não constitui obstáculo a este entendimento, desde que não seja interpretado isoladamente, senão em harmonia com os arts. 7º, XXVIII e 114 do mesmo Diploma Fundamental. Em primeiro lugar, o Constituinte de 1988, quando definiu a competên-

BRASIL, Tribunal Superior do Trabálho. Súmula nº 392 - Conversão da Orientação Jurisprudencial
 327 da SBDI-1 - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005 ex-OJ nº 327 da SBDI-1 - DJ 09.12.2003.

cia trabalhista no art. 114, não repetiu a ressalva do art. 142, § 2º, da Carta de 1967. Em segundo plano, o inc. XXVIII do art. 7º arrola, como um dos direitos de índole trabalhista, "o seguro contra acidente de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa". Daí porque o tema da competência em matéria de acidente de trabalho comporta duas hipóteses: uma relativa à responsabilidade objetiva do INSS, nas causas que envolvem acidente do trabalho ou enfermidade ocupacional. Neste caso, a teor do referido art. 109, I, a competência foi atribuída à Justiça Comum Estadual. A segunda hipótese diz respeito à responsabilidade subjetiva do empregador pelos danos materiais e/ou morais, infligidos ao empregado, dolosa ou culposamente, que contribua para a ocorrência do acidente ou enfermidade do trabalho. Aqui é o campo da competência da Justiça Especializada do Trabalho, segundo a dicção do art. 114. Tanto assim que, em nível infraconstitucional, o art. 129 da Lei nº. 8213/91 fixa a competência do Judiciário dos Estados para os litígios decorrentes de acidentes do trabalho, apenas no que diz respeito aos direitos nitidamente previdenciários, como benefícios e outras prestações devidas pela Previdência Social. 12

A ação que objetive a reparação do dano moral não pode ter competência distinta da que busque a recomposição do dano patrimonial, quando fruto de um mesmo fato, até porque, uma ação ou omissão de que resulte lesão, pode simultaneamente provocar danos de natureza moral e material. Neste aspecto, não se podia mais admitir o fracionamento da competência, distribuindo atribuições às corpos distintos do Poder Judiciário, para julgar as seqüelas de um mesmo fato, sob pena de comprometer a segurança jurídica.

A nova redação do art. 114 da Constituição Federal, proveniente da Emenda Constitucional n°. 45/2004, que criou o elenco de incisos I a IX conferiu competência à Justiça do Trabalho para processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, nestas incluídas as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decor-

¹² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 728454 - 4ª Turma. DJ 11-10-02. Relator Juiz Convocado Horário de Senna Pires. Disponível em http://www.tst.gov.br Acesso em 19 jul. 2007

rentes da relação de trabalho, provocando verdadeiro reenquadramento jurídico de tal espécie de competência.

O Tribunal Superior do Trabalho em decisões prolatadas após a Emenda Constitucional nº 45/2004, assim decidiu:

Discute-se a competência da Justiça do Trabalho para apreciar demanda em que se postula indenização por dano moral, decorrente de acidente de trabalho, na forma prevista no artigo 7º, XXVI-II, da Lei Maior. Este Relator (TST-RR-788/2002-032-03-00.2, 4ª Turma, DJU de 19/11/2004; TST-E-RR-450.085/98.5, SBDI-I, DJU de 6.4.2001), na esteiro do entendimento consagrado tanto pelo excelso STF (RE 345.486-SP, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 7.10.2003, DJU 10.03.2003) quanto pelo c. STJ (A-GRCC-29413/MG - DJ de 2/10/2000, Min. Nancy Andrighi - 2ª Seção, CC-2709/SP, DJ de 9/12/98, Min. Ruy Rosado de Aguiar, 2ª Seção; CC-19963/MG, DJ de 9/6/99, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 2ª Seção; CC-20814/RS, DJ de 26/5/99, Min. Ari Pargendler, 2ª Seção), vinha entendendo ser a Justiça do Trabalho incompetente para conhecer de ações versando sobre pedidos de indenização por danos morais decorrentes de acidentes do trabalho. Ocorre, porém, que a nova redação do artigo 114, VI, da Constituição Federal de 1988, determinada pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 31.12.2004, estabelece que "compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho". Nesse contexto, como o reclamante postula da reclamada indenização por dano moral, o fato é que a causa de pedir e o pedido estão íntima e diretamente vinculados ao acidente de trabalho, razão pela qual, à luz da nova redação do artigo 114, VI, da Constituição Federal de 1988, inequívoca a conclusão de ser desta Justiça especializada a competência. Com estes fundamentos, conheço do recurso de revista por divergência jurisprudencial, com fulcro no artigo 557, caput, do CPC, e, no mérito, dou-lhe provimento para, declarando a competência da Justiça do Trabalho para conhecer da presente ação, determinar o retorno dos autos ao e. TRT da 12ª Região para que, superada essa preliminar, prossiga no julgamento do recurso ordinário da reclamada, como entender de direito. ¹³

RECURSO DE REVISTA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO DANOS MORAIS ACIDENTE DE TRABALHO. Tratando-se a demanda de indenização reparatória do dano material dirigido contra o empregador à luz da sua responsabilidade subjetiva, insculpida no artigo 159 do Código Civil de 1916, incontestável a competência desta Justiça Especializada a teor do artigo 114, VI, da Carta Magna. 14

A competência da Justiça do Trabalho para as indenizações de danos materiais decorrentes da relação de emprego, nestes incluídos os que têm causa acidentária, apenas encontravam amparo nas decisões dos próprios tribunais trabalhistas, sobretudo no Tribunal Superior do Trabalho, fato que poderia soar como partidarismo ou corporativismo jurídico.

Porém, o reenquadramento jurídico demonstrado ao longo deste estudo, já se faz presente em recente decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, que ao julgar o Conflito de Competência nº. 7.204-MG, decidiu pela competência da Justiça do Trabalho para apreciar a demanda de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, proposta pelo empregado em face de seu empregador:

CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX) EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTA-

 ¹³ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 714/2002-021-12-00, Relator Ministro Milton de Moura França, DJ – 21-02-2005. Disponível em http://www.tst.gov.br Acesso em 19 jul. 2007.
 14 BRASIL Tribunal Superior de Trabalho. Embaraca en De La Carlo

¹⁴ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Embargos em Recurso de Revista nº E-RR - 32957/2002-900-03-00, Relator Ministro Renato de Lacerda Paiva, DJ – 22-09-2006. Disponível em http://www.tst.gov.br Acesso em 19 jul. 2007.

DOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária - haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa -, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex ratione materiae. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho.

A decisão cuja ementa foi acima transcrita, merece ser reproduzida em sua maior parte, pois bem situa a evolução do pensamento jurídico que traça os contornos do tema abordado ao longo deste trabalho:

[...] Outra, porém, é a hipótese das ações reparadoras de danos oriundos de acidente do trabalho, quando ajuizadas pelo empregado contra o seu empregador. Não contra o INSS. É que, agora, não há interesse da União, nem de entidade autárquica ou de empresa pública federal, a menos, claro, que uma delas esteja na condição de empregadora. O interesse, reitere-se, apenas diz respeito ao empregado e seu empregador. Sendo desses dois únicos protagonistas a legitimidade processual para figurar nos pólos ativo e passivo da ação, respectivamente. Razão bastante para se perceber que a regra geral veiculada pela primeira parte do inciso I do art. 109 da Lei Maior - definidora de competência em razão da pessoa que integre a lide - não tem como ser erigida a norma de incidência, visto que ela não trata de relação jurídica entre empregados e empregadores. Já a parte final do inciso I do art. 109 da Magna Carta, segundo demonstrado, cuida é de outra coisa: excepcionar as hipóteses em que a competência seria da própria Justiça Federal. 13. Deveras, se a vontade objetiva do Magno Texto fosse excluir da competência da Justiça do Trabalho matéria ontologicamente afeita a ela, Justiça Obreira, certamente que o faria no próprio âmbito do art. 114. Jamais no contexto do art. 109, versante, este último, sobre competência de uma outra categoria de juízes. 14. Noutro modo de dizer as coisas, não se encaixando em nenhuma das duas partes do inciso I do art. 109 as ações reparadoras de danos resultantes de acidente do trabalho, em que locus da Constituição elas encontrariam sua específica norma de regência? Justamente no art. 114, que proclama a competência da Jus-

tiça especial aqui tantas vezes encarecida. Competência que de pronto se define pelo exclusivo fato de o litígio eclodir entre trabalhadores e empregadores, como figura logo no início do texto normativo em foco. E já me antecipando, ajuízo que a nova redação que a EC n.º 45/04 conferiu a esse dispositivo, para abrir significativamente o leque das competências da Justiça Laboral em razão da matéria, só veio robustecer o entendimento aqui esposado. 15. Com efeito, estabelecia o caput do art. 114, em sua redação anterior, que era da Justiça do Trabalho a competência para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho. Ora, um acidente de trabalho é fato ínsito à interação trabalhador/empregador. A causa e seu efeito. Porque sem o vínculo trabalhista o infortúnio não se configuraria; ou seja, o acidente só é acidente de trabalho se ocorre no próprio âmago da relação laboral. A possibilitar a deflagração de efeitos morais e patrimoniais imputáveis à responsabilidade do empregador, em regra, ora por conduta comissiva, ora por comportamento omissivo, 16. Como de fácil percepção, para se aferir os próprios elementos do ilícito, sobretudo a culpa e o nexo causal, é imprescindível que se esteja mais próximo do dia-a-dia da complexa realidade laboral. Aspecto em que avulta a especialização mesma de que se revestem os órgãos judicantes de índole trabalhista. É como dizer: órgãos que se debruçam cotidianamente sobre os fatos atinentes à relação de emprego (muitas vezes quanto à própria existência dela) e que por isso mesmo detêm melhores condições para apreciar toda a trama dos delicados aspectos objetivos e subjetivos que permeiam a relação de emprego. Daí o conteúdo semântico da Súmula 736, deste Excelso Pretório, assim didaticamente legendada: Compete à Justiça do Trabalho julgar as ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores. 17. Em resumo, a relação de trabalho é a invariável matriz das controvérsias que se instauram entre trabalhadores e empregadores. Já a matéria genuinamente acidentária, voltada para o benefício previdenciário correspondente, é de ser discutida com o INSS, perante a Justiça co-

1

mum dos Estados, por aplicação da norma residual que se extrai do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro. 18. Nesse rumo de idéias, renove-se a proposição de que a nova redação do art. 114 🐔 da Lex Maxima só veio aclarar, expletivamente, a interpretação aqui perfilhada. Pois a Justiça do Trabalho, que já era competente para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, além de outras controvérsias decorrentes da relação trabalhista, agora é confirmativamente competente para processar e julgar as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho (inciso VI do art. 114). 19. Acresce que a norma fundamental do inciso IV do art. 1º da Constituição Republicana ganha especificação trabalhista em vários dispositivos do art. 7°, como o que prevê a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança (inciso XXII), e o que impõe a obrigação do seguro contra acidente do trabalho, sem prejuízo, note-se, da indenização por motivo de conduta dolosa ou culposa do empregador (inciso XXVIII). Vale dizer, o direito à indenização em caso de acidente de trabalho, quando o empregador incorrer em dolo ou culpa, vem enumerado no art. 7°. da Lei Maior como autêntico direito trabalhista. E como todo direito trabalhista, é de ser tutelado pela Justiça especial, até porque desfrutável às custas do empregador (nos expressos dizeres da Constituição). 20. Tudo comprova, portanto, que a longa enunciação dos direitos trabalhistas veiculados pelo art. 7° da Constituição parte de um pressuposto lógico: a hipossuficiência do trabalhador perante seu empregador. A exigir, assim, interpretação extensiva ou ampliativa, de sorte a autorizar o juízo de que, ante duas defensáveis exegeses do texto constitucional (art. 114, como penso, ou art. 109, I, como tem entendido esta Casa), deve-se optar pela que prestigia a competência especializada da Justiça do Trabalho. 21. Por todo o exposto, e forte no art. 114 da Lei Maior (redações anterior e posterior à EC 45/04), concluo que não se pode excluir da competência da Justiça Laboral as ações de reparação de danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho, propostas pelo empregado contra o empregador. Menos ainda para incluí-las na competência da Justi-

1

ça comum estadual, com base no art. 109, inciso I, da Carta de Outubro. 22. No caso, pois, julgo improcedente este conflito de competência e determino o retorno dos autos ao egrégio Tribunal Superior do Trabalho, para que proceda ao julgamento do recurso de revista manejado pelo empregador. O Tribunal, por unanimidade, conheceu do conflito e definiu a competência da justiça trabalhista a partir da Emenda Constitucional n.º 45/2004, para julgamento das ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, vencido, no caso, o Senhor Ministro Marco Aurélio, na medida em que não estabelecia a edição da emenda constitucional como marco temporal para competência da justiça trabalhista. 15

A decisão do Supremo Tribunal Federal abriu caminho para outras, tais como as proferidas nos RE-AgR 491889/SP, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE julgado em 26-04-2007 e no RE-AgR 465808, Relator Ministro Eros Grau, consolidando assim, pelas decisões reiteradas, a competência da Justiça do Trabalho para a ação de indenização por danos resultantes de acidente do trabalho, proposta contra o empregador, afastando a histórica competência da Justiça Estadual para este tipo de ação.

Importante destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Conflito de Competência nº 7.204, 29.06.2005, em reinterpretando a questão da competência para ação de indenização fundada no direito comum, decidiu que, em prol da integridade da segurança jurídica, o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Esta nova orientação do Supremo Tribunal Federal determina que seu alcance recaia sobre os processos em trâmite pela justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito, ou seja, devem permanecer na Justiça comum dos Estados, as ações que tenham recebido sentença de mérito anterior à promulgação da Emenda Constitucional n°. 45/2004, até seu trânsito em julgado e correspondente execução.

Quanto às ações de indenização por danos, morais ou materiais, decorrentes de acidente de trabalho movidas em face do empregador, que, na data da Emenda

¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência.n°. 7204-STF, Relator Ministro Carlos Brito, DJ 09-12.2005. Disponível em http://www.stf.gov.br Acesso em 19 jul. 2007.

Constitucional nº. 45/2004, não tenham tido mérito apreciado, devem ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então.

A competência da Justiça do Trabalho para ação indenizatória ou mesmo de cobrança de serviços prestados, não está adstrita às causas que tenham origem apenas na relação de emprego.

A Abrangência do texto constitucional, sobretudo no alcance que lhe deu a nova redação advinda com a Emenda Constitucional nº. 45/2004, refere-se a toda e qualquer relação de trabalho, o que engloba as relações entre empregadores e empregados e entre tomadores e prestadores autônomos de serviços.

A Emenda Constitucional nº. 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no DOU em 31.12.2004, alterou a redação do art. 114 da Constituição Federal, dandolhe extensão maior, para que a competência da Justiça do Trabalho passe a ser referente a toda e qualquer relação de trabalho.

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; [...]

A Justiça do Trabalho deixou de ser um ramo especializado do Poder Judiciário para dirimir apenas as relações de emprego informadas precipuamente pelo elemento da subordinação, nos litígios oriundos dos contratos de trabalho, onde figura em um dos pólos da relação jurídica um empregador e no pólo oposto um empregado.

A Justiça do Trabalho, além dos conflitos que têm origem na relação de emprego, passa agora a ter competência igualmente para dirimir toda e qualquer ação oriunda da relação de trabalho, bastando que uma pessoa física preste para outra pessoa, seja física, jurídica, ou de direito público externo ou interno, determinados serviços típicos de um contrato de atividade. A este respeito, ausculte-se o Desembargador Júlio Bernardo do Carmo, do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais):

Neste contexto, além dos trabalhadores subordinados, a Justiça do Trabalho passa a ostentar competência para julgar as ações

*

movidas por trabalhadores autônomos, eventuais, avulsos, parassubordinados e afins, sendo que no que pertine aos profissionais liberais só não ostenta competência para julgar os litígios oriundos de uma relação de consumo, desde que a lide envolva relação jurídica que ostente em um de seus pólos o fabricante de determinados produtos ou o fornecedor de determinados serviços à comunidade em geral e no outro pólo o destinatário direto da relação consumerista. Na dicção da Lei nº. 8.078/90, para ser mais explícito, "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". (art. 2º). Por outro lado, em uma relação de consumo, fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (art. 3º).[...] Quando, todavia, o profissional liberal atua como pessoa física, obrigando-se a prestar serviços a determinada pessoa física ou jurídica, em típico contrato de atividade, o litígio daí oriundo é da Justica Laboral, eis que estamos diante de uma relação de trabalho, onde figura como prestador de serviços o profissional liberal, pessoa física, e como tomador de serviços, uma outra pessoa física ou jurídica. Os litígios daí oriundos serão da competência da Justiça do Trabalho, ou seja, tanto a ação de cobrança dos honorários contratados e não honrados pelo tomador de serviço como a ação de ressarcimento de dano que o tomador de serviço tenha contra o prestador de serviços, que fugiu das especificações técnicas ajustadas. 16

Com a Emenda Constitucional n°. 45/2004, a Justiça do Trabalho assumiu a competência para toda e qualquer demanda decorrente da relação trabalho, desde que o prestador de serviços seja pessoa física. A relação passa a ser a de trabalho

¹6 CARMO, Júlio Bernardo do. Da ampliação da competência da Justiça do Trabalho e da adequação de ritos procedimentais. Exegese tópica e simplista da Emenda Constitucional nº 45/2004, que cuida da reforma do Poder Judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 552, 10 jan. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6159>. Acesso em: 20 set. 2005.

em seu gênero, ampliando a anterior limitação às ações referentes à espécie denominada relação de emprego.

Assim, a Justiça do Trabalho passou a apreciar e julgar tanto a ação cobrança pelos serviços prestados, quanto a ação de reparação de danos e/ou de obrigação de fazer, movida pelo destinatário do serviço prestado, quando se alegue, p. ex., vício do serviço ou danos causados pelo fato do serviço.

O fundamento passa inclusive pelas regras protecionistas do Código de Defesa do Consumidor.

O pressuposto para a competência da Justiça do Trabalho é a existência a relação de trabalho, ainda que de natureza autônoma, desde que o prestador de serviços seja pessoa física, excluída a relação estatutária.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS (CONCLUSÕES)

A dimensão da responsabilização civil do empregador, pela reparação de danos decorrentes do acidente de trabalho, foi ampliada com a evolução legislativa. No sistema do Decreto-lei nº. 7.036/44, a responsabilidade do empregador só tinha lugar quando não tivesse incorrido em dolo ou culpa grave, mas com as reformas na legislação previdenciária e previsão na Constituição, o empregador passou a ser civilmente responsável em caso de dolo ou culpa, em qualquer modalidade.

Na medida em que foram reduzidas as coberturas securitárias do Regime Geral da Previdência Social, ampliou-se a responsabilização civil do empregador, para obrigá-lo à reparação de danos em todas as modalidades de culpa.

Neste contexto, a competência para apreciação da ação de reparação por acidente de trabalho de danos fundada no direito comum, sofreu transformações que culminaram com seu deslocamento para a Justiça do Trabalho.

Se a matéria for a de acidente do trabalho fundada na legislação previdenciária e a demanda for intentada em face do INSS, a competência permanece da Justiça Estadual, por força do art. 109 da Constituição Federal e do art. 129 da Lei nº. 8.213/91.

Contudo, não se pode desprezar que ainda relutam os Juízes Estaduais em declinar a competência em prol da Justiça do Trabalho, para apreciação da ação de reparação de danos por acidente de trabalho, fundada no direito comum, restando

tal fato como um evidente resquício decorrente da histórica atribuição das Justiças dos Estados, transparecendo uma competição de poder entre os órgãos do Judiciário, o que deve ser evitado, sob pena de comprometimento da segurança jurídica e da sensação de confiança geral que deve recair sobre o Judiciário.

A dúvida sobre a competência não mais subsiste em razão da regra constitucional, sobretudo pela redação do art. 114 e incisos, advinda com a Emenda Constitucional n°. 45/2004, ou ainda pela contundente decisão preferida no Conflito de Competência n°. 7.204 perante o Supremo Tribunal Federal.

Além da competência para a ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trabalho, fundada no direito comum, quando movida pelo empregado em face do empregador, a Justiça do Trabalho passa também a ter competência para dirimir toda e qualquer ação, seja de cunho indenizatório ou não.

Assim, a mera ação cobrança pelos serviços prestados, a ação de reparação de danos ou a ação de obrigação de fazer movida pelo destinatário dos serviços prestados quando alegue vício do serviço ou danos causados pelo fato do serviço, inclusive com fundamento nas regras protecionistas do Código de Defesa do Consumidor, passam a ser da competência da Justiça do Trabalho. O pressuposto para a competência da Justiça Trabalhista é a existência da relação de trabalho, ainda que de cunho autônomo, desde que o prestador de serviços seja pessoa física, excluída a relação estatutária.

Por fim, não é ocioso acrescentar que, no teor das decisões transcritas neste estudo, inclusive nas que foram proferidas perante o Supremo Tribunal Federal, ficou evidente que as discussões dogmáticas do tema contribuíram para o aprofundamento da questão e não se cingiram a meras manifestações teórico-acadêmicas, mas constituíram ações efetivas, praticadas em prol da promoção da segurança jurídica e da melhoria na sociedade.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião Luiz e OLIVEIRA, José de. Responsabilidade Civil: acidente do trabalho. São Paulo: Saraiva, 1999.

囊

CARMO, Júlio Bernardo do. **Da ampliação da competência da Justiça do Trabalho e da adequação de ritos procedimentais**. Exegese tópica e simplista da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que cuida da reforma do Poder Judiciário. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 552, 10 jan. 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6159>. Acesso em: 20 set. 2005

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. São Paulo: Saraiva, 2001.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

FORTES, Simone Barbisan. **Previdência Social no Estado Democrático de Direito:** uma visão à luz da teoria da justiça. São Paulo: LTr, 2005.

GONÇALVES, Odonel Urbano. Manual de Direito Previdenciário: acidentes de trabalho. São Paulo: Atlas, 1998.

HORVATH Júnior, Miguel. Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

JORGE NETO, Francisco Ferreira. Cavalcante, Jouberto de Quadros Pessoa. **Responsabilidade e as Relações de Trabalho.** São Paulo: LTr., 1998.

KERTZMAN, Ivan. Curso prático de Direito Previdenciário. Salvador: JusPodivm, 2006.

MAGANO, Octávio Bueno. Lineamentos de infortunística. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

MONTEIRO, Antonio Lopes; BERTAGNI, Roberto Fleury de Souza. **Acidentes do Trabalho e Doenças Ocupacionais**. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, José de. **Acidente do Trabalho**: Teoria Prática e Jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** São Paulo: LTr., 1997.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tradução de: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 apud NOGUEIRA, Luciana do Carmo. O Engasgo Fatal: Homicídio Culposo ou Mero Fator Externo? São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Disponível em: http://www.damasio.com.br. Acesso em 10 fev. 2006

SARASATE, Paulo. **A constituição do Brasil ao alcance de todos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1967.

SUSSEKIND, Arnaldo. Tutela da Personalidade do Trabalhador. **Revista LTR** nº. 59, São Paulo: LTR, 1995, p. 595-598.

TAVARES, André Ramos (coordenador). **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

VENOSA, Sílvio de Sávio. A responsabilidade objetiva no novo Código Civil. Disponível em: http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html. Acesso em: 29 maio 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadora). **Reforma do Judiciário:** primeiros ensaios críticos sobre a Emenda Constitucional nº. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

*

BREVES COMENTÁRIOS À RESPONSABILIDADE OBJETIVA NA L. 10.406/02 E AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 927.

Carina P. F. Ferraz¹

SUMÁRIO: I Breve introdução; II Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil; III Evolução da Responsabilidade Objetiva; IV Fundamento da Responsabilidade Objetiva; IV.a Abuso do direito; IV.b Exercício de atividade de risco ou perigosa; IV.c danos causados por produtos postos em circulação; IV.e Responsabilidade por fato de outrem, pelo fato da coisa e do animal; V Pressupostos da Responsabilidade Civil; VI Responsabilidade Objetiva no CC/02; VII Prescrição; VIII Conclusão.

Palavras-chave: Direito. Civil. Responsabilidade Civil. Responsabilidade Objetiva. Art. 927, parágrafo único.

I – BREVE INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil é, sem dúvida, inesgotável, tendo alcançado imensa importância prática e teórica em nosso ordenamento jurídico, em especial com a promulgação da Constituição de 1988, que elenca alguns princípios da responsabilidade civil, garantindo, por exemplo, a indenização por dano moral.

Além da sua importância, a responsabilidade civil é um tema fascinante, que, consequentemente, aguça a criatividade dos juristas, culminando em uma vasta literatura a respeito do tema, bem como abundante jurisprudência, que resulta em nada mais, nada menos que inúmeras teorias, correntes doutrinárias e jurisprudenciais e, por via de conseqüência, muitas controvérsias.

Regis Fichtner, com muita propriedade, afirmou, em palestra proferida no Seminário Internacional de Direito Civil, que "o tema escolhido para esta sessão, que é a Responsabilidade Civil, é um dos mais interessantes e mais discutidos hoje no nosso sistema jurídico".2

Nem por isso imagine-se que, com o advento do Código Civil de 2002, as idéias foram sedimentadas e as controvérsias pacificadas.

Infelizmente (ou talvez, felizmente) o Código Civil de 2002 não resolveu os problemas existentes em nosso ordenamento com relação ao tema da

Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, pós-graduanda em Direito Civil Constitucional pela UERJ.
 FICHTNER, Regis. Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil no Novo Código Civil in Seminário Internacional de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. Editora Justiça & Cidadania.

responsabilidade civil. Ao contrário, aumentaram ainda mais as possibilidades de discussão, surgimento de teorias e controvérsias, em especial, no campo da responsabilidade objetiva.

Tal conclusão decorre fundamentalmente da técnica legislativa utilizada para elaboração da L. 10.406/02. Adota o CC/02 a técnica das cláusulas gerais, à semelhança do Código Alemão (BGB de 1896) e do código Italiano de 1942, o que revela uma atualização em termos de técnica legislativa, mas exige cuidado especial do intérprete, em especial dos julgadores.

Como bem salienta o Prof. Gustavo Tepedino:

As cláusulas gerais em codificações anteriores suscitaram compreensível desconfiança em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao interprete: ou se tornaram letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo.³

Assim aconteceu na Alemanha, onde foi preciso mais de 40 anos para se determinar o significado real de boa-fé (enunciada no § 242 do BGB).

Atualmente, para evitar tais dificuldades, o legislador contemporâneo procura associar aos enunciados genéricos, prescrições que simplesmente definam valores e parâmetros hermenêuticos, salientando que o intérprete deve sempre buscar conexão com os princípios e valores insertos na Constituição da República.

Exemplos desta ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associada a normas descritivas de valores, encontramos no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Cidade, todas as legislações posteriores aos anos 90.

Desta forma, bem salienta Tepedino sobre o novo Código Civil.

Introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da República, que define os valores e os princípios fundantes da ordem publica.

Dito diversamente, as clausulas gerais do Novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do

É

³ TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002 in A parte geral do Novo Código Civil. 2º Edição. Rio de Janeiro. Renovar. 2003.

direito privado brasileiro desde que lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica intepretativa contemporânea.⁴

Dentro desta nova sistemática do Código Civil, faremos breve análise da responsabilidade civil objetiva e da regra geral insculpida no parágrafo único do art. 927, tentando delimitar o alcance das expressões ali contidas.

II - ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Segundo o ilustre San Tiago Dantas, "a ordem jurídica tem um sentido duplo: proteger o lícito e reprimir o ilícito".⁵

Daí, o ordenamento estabelecer deveres jurídicos para harmonizar a vida em sociedade.

A violação do dever jurídico configura o ilícito, que quase sempre acarreta dano para outrem, gerando, portanto, o dever jurídico sucessivo de reparar o dano, ou seja, a responsabilidade civil.

Quando o dever jurídico violado decorre de obrigação anteriormente assumida por vontade das partes há responsabilidade contratual. Já a responsabilidade extra contratual, também chamada de responsabilidade aquiliana, decorre da violação de um dever jurídico imposto pela lei.

Cumpre, então, distinguir a responsabilidade subjetiva da responsabilidade objetiva.

A responsabilidade civil subjetiva tem como principal pressuposto a culpa (*lato sensu*), de forma que ninguém pode merecer censura, sem haver comprovação de que agiu com falta do dever de cautela.

O novo Código Civil, em seu art. 186, manteve a responsabilidade subjetiva como regra geral, que significa só ser possível a reparação do dano se comprovada a culpa do agente. No entanto, atualmente, a responsabilidade objetiva tem um vasto campo de incidência, em especial com as cláusulas gerais trazidas pelo novo Código Civil (art. 927, parágrafo único e art. 931)

III – EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Ibidem, p.XX.

⁵ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil.** 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001. p. 289.

Na sociedade moderna, em inúmeros casos a prova da culpa nem sempre é possível. Com o desenvolvimento industrial, os avanços tecnológicos e o crescimento populacional, surgiram novas situações que não mais conseguiam ser amparadas pelo conceito tradicional de culpa.

Vale mencionar as lições do Desembargador Sergio Cavalieri sobre as fases da evolução.

Não foi rápida e nem fácil, entretanto, essa passagem da responsabilidade subjetiva para a objetiva. Primeiramente, os tribunais começaram a admitir uma maior facilidade na prova da culpa, extraindo-a, por vezes, das próprias circunstâncias em que se dava o acidente e dos antecedentes pessoais dos participantes. Evoluiu-se, depois, para a admissão da culpa presumida, na qual, como já visto, há a inversão do ônus da prova. Sem se abandonar a teoria da culpa, consegue-se, por via de uma presunção, um efeito próximo ao da teoria objetiva. O causador do dano, até prova em contrário, presume-se culpado, cabendo-lhe elidir essa presunção, isto é, provar que não teve culpa, o que, sem dúvida, favorece sobremaneira a posição da vítima. Passou-se, ainda, pela fase em que se ampliou o número de casos de responsabilidade contratual, até que, finalmente, chegou-se à admissão da responsabilidade sem culpa em determinados casos. 6

A responsabilidade objetiva deve ter sempre previsão legal; em não havendo para determinada hipótese, caímos na vala comum da responsabilidade subjetiva.

A noção de culpa começou a parecer insuficiente no campo dos acidentes de trabalho e, posteriormente, com os transportes coletivos, na medida em que foram surgindo.

A dificuldade na comprovação da culpa do empregador e do transportador nestas hipóteses levaria a vitima ao desamparo, o que ocasionaria outros problemas sociais.

Até se admitir a responsabilidade sem culpa, os tribunais inicialmente admitiram maior facilidade na prova da culpa, após, admitiram a culpa presumida (inversão do ônus da prova) e enfim, chegou-se à responsabilidade sem culpa.

⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 5^a edição. Rio de Janeiro. Ed. Malheiros. 2003. p. 114/145.

Surgiu, então, a idéia de responsabilidade sem culpa, fundada na teoria do risco, chamada de responsabilidade objetiva, adotada em certos casos pela lei brasileira e, agora, amplamente no Código Civil de 2002 (art. 927, PU e 931 do 🛊 CC/02).

Carlos Alberto Menezes Direito e Cavalieri Filho ao comentarem o parágrafo único do art. 927 do CC, afirmam com excelência que "Este parágrafo e o art. 931 evidenciam que o novo Código é objetivista uma vez que as cláusulas gerais de responsabilidade objetiva neles estabelecidas são tão abrangentes que pouco espaço restou para a responsabilidade subjetiva disciplinada no caput do art. 927 c.c. 186".7

IV – FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Fundamenta-se a responsabilidade objetiva na teoria do risco. Risco é perigo, probabilidade de dano.

Assim, aquele que exerce uma atividade perigosa deve assumir os seus riscos e reparar os danos dela decorrentes.

Em torno da idéia central do risco, surgiram várias concepções (risco proveito, risco criado, risco profissional, risco excepcional, risco integral, etc.).

Importante ressaltar que, para surgir a responsabilidade objetiva, não basta o risco, sendo imprescindível o dano causado pela atividade perigosa. Daí Sérgio Cavalieri dizer que no campo da responsabilidade objetiva também há violação de um dever jurídico, que é o dever de segurança.

> A responsabilidade surge quando a atividade perigosa causa dano a outrem, o que evidencia que também em sede de responsabilidade objetiva o dever de indenizar tem por fundamento a violação de um dever jurídico, qual seja, o dever de segurança, que se contrapõe ao risco.

> Com efeito, quem se dispõe a exercer alguma atividade perigosa, tem que fazê-lo com segurança, de modo a não causar dano a ninguém, sob pena de ter que por ele responder independentemente de culpa.8

⁷ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. XIII. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2004. ⁸ Ibidem, p. 148.

Não se pode deixar de destacar que o enfoque central da responsabilidade civil modernamente é a vítima do dano, o seu direito de ter reparadas as suas perdas, e não mais o autor do ato ilícito.

V - Pressupostos da Responsabilidade Civil

Antes de ingressarmos no exame da responsabilidade objetiva no Código Civil de 2002, cabe uma breve análise dos pressupostos desta Responsabilidade Civil, ou seja, dos requisitos necessários ao dever de indenizar.

O art. 186 dispõe: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Temos então, como primeiro elemento, a conduta humana, que é o comportamento humano voluntário que pode ser comissivo ou omissivo, ou seja, manifestar-se através de uma ação ou uma omissão. A ação é a forma comumente praticada, enquanto que para a omissão gerar o dever de indenizar é necessário que o agente que se omitiu tenha o dever jurídico de agir, de impedir o resultado.

A culpa aparece como elemento da responsabilidade subjetiva, que não é objeto de nosso estudo neste momento, devendo-se ressaltar que, com as inovações legislativas ampliando as hipóteses de responsabilidade objetiva, que passa a ser o fundamento de maior parte das demandas judiciais, há quem entenda que a culpa é apenas um elemento acidental da responsabilidade civil.

Neste sentido os professores Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho afirmam que "A culpa, portanto, não é um elemento essencial, mas sim acidental, pelo que reiteramos nosso entendimento de que os elementos básicos ou pressupostos gerais da responsabilidade civil são apenas três: a conduta humana (positiva ou negativa), o dano ou prejuízo, e o nexo de causalidade".

Não se pode, entretanto, esquecer que apenas haverá responsabilidade objetiva quando a lei expressamente a tiver previsto, senão, teremos a responsabilidade subjetiva com culpa, pois continua sendo a regra geral.

No estudo da Responsabilidade Objetiva é essencial a análise do nexo de causalidade, que significa a relação entre a conduta praticada e o dano ocasionado.

Ė

⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil. São paulo. Saraiva. 2003 apud BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo código civil. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159. Acesso em 02/02/2007.

Inúmeras são as teorias acerca do nexo de causalidade, sendo adotada a Teoria da Causalidade Adequada, que significa a análise, no caso concreto e no momento da conduta, acerca da idoneidade e adequação da causa para eclosão do resultado danoso.

Em verdade, no dia-a-dia forense, a aplicação da teoria não é tão fácil quanto parece, o que gera inúmeros julgados diferentes, sendo uma tarefa difícil ao aplicador do direito.

Importância maior existe nos casos de ausência desta relação de causalidade, que ocorre nas seguintes hipóteses: 1º) fato exclusivo da vítima em basta que o comportamento da vítima represente o fato decisivo para o evento; 2º) de fato de terceiro em que o ato de terceiro é a causa exclusiva do evento e; 3º) nos casos fortuitos e de força maior.

Além do nexo causal, é indispensável o dano e sua prova. Dano é a lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial como moral.

O dano patrimonial é susceptível de avaliação pecuniária, levando à reconstituição específica da situação anterior à lesão. Subdivide-se em dano emergente, que significa a efetiva e imediata diminuição do patrimônio da vítima e lucro cessante, que pode ser definido como a perda do ganho esperável.

O art. 402 do Código Civil, apesar de topograficamente localizado no livro das obrigações e, portanto, da responsabilidade contratual, tem aplicação na responsabilidade extracontratual, estatuindo que "Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar."

Já o dano moral, que tem previsão constitucional (art. 1º, III da CRFB/88) e agora também previsão expressa no Código Civil, no art. 186, significa, em apertada síntese, violação ao direito da personalidade, à dignidade.

Atualmente, o dano moral assume uma nova feição com o seu caráter punitivo, que vem se tornando cada dia mais presente nas decisões judiciais. A idéia é punir o ofensor por ter agido de má-fé, com uma conduta fora dos padrões exigíveis ao homem médio.

Neste sentido, com muita propriedade, afirma Cavalieri.

Como se vê, hoje o dano moral não mais se restringe à dor, tristeza e sofrimento, estendendo a sua tutela a todos os bens

personalíssimos - os complexos de orem ética -, razão pela qual revela-se mais apropriado chamá-lo de dano imaterial ou não patrimonial, como ocorre no Direito Português.10

Nem todas as legislações trazem previsão expressa do dano moral. O Código Italiano fala em dano não patrimonial que, segundo a doutrina, seria mais amplo que o dano moral, permitindo o ressarcimento de todo e qualquer dano que não pode ser mensurado em dinheiro, enquanto o dano moral seria apenas o dano do indivíduo em sua esfera psíquica.

No direito italiano, o art. 2059 trata expressamente do dano não patrimonial, dispondo: "Art. 2059. Il danno non patrimoniale deve essere risarcito solo nei casi determinati dalla legge." 11

Alguns precedentes da Suprema Corte Italiana e da Corte Constitucional servem de paradigma para a interpretação do art. 2059 do Código Civil italiano, no sentido de ali estarem contidas todas as espécies de danos extrapatrimoniais, como o dano moral, biológico, existencial, interpretando este artigo à luz da Constituição. 12

Assim, exclui a sujeição do dano não patrimonial ao limite imposto pelo artigo, qual seja, o da determinação legal (que era o art. 185 do Código Penal italiano), para concluir que sempre que houver violação a um direito garantido constitucionalmente, um direito fundamental inerente ao Homem, surge o dever de indenizar pelos danos não patrimoniais. 13

Neste sentido menciona Alessia Mazoni em seu artigo "La Corte di Cassazione riconosce il danno esistenziale":

> Torniamo, infine, alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2050 del 25 novembre 2003-22 gennaio 2004, dove per la prima volta la Suprema Corte affronta in maniera decisa la questione del danno esistenziale e, di conseguenza, del suo risarcimento. Riprendendo, infatti, il criterio utilizzato dalla Corte d'Appello la cui ordinanza è oggetto d'esame, la Suprema Corte ha trattato prima le questioni riguardanti il danno patrimoniale e poi quelle riguardanti il danno

ŧ

¹⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit. Nota 6. p. 95.

¹¹ Tradução livre: "O dano não patrimonial apenas deve ser ressarcido nos casos determinados pela lei". < http://www.massatani.com/codice%20civile/Codice%20civile%20B.htm>

^{12 &}lt; http://www.studiolegaleangbos.com/html/93.htm>

¹³ CHINDEMI, Domenico. < http://www.jus.unitn.it/dsg/seminari/2004/docs/chindemi.ppt#266,1,Il nuovo art. 2059 c.c., le categorie e la prova del danno non patrimoniale>

non patrimoniale. Per quanto concerne queste ultime, la Corte ha brevemente, da un lato rimarcato "l'evidente iniquità della limitazione della risarcibilità del danno non patrimoniale alle ipotesi di reato", e dall'altro ha evidenziato che, come conseguenza, si è avuta la costruzione da parte di certa dottrina e giurisprudenza di "ipotesi di danni risarcibili come danni patrimoniali anche nei casi nei quali la lesione patrimoniale" non era così evidente o poteva addirittura mancare. Inoltre, la Corte ricorda come si sia affermata l'opinione secondo la quale il danno non patrimoniale non coincide con il danno morale soggettivo, ma riguarda "tutte le conseguenze dell'illecito che non sono suscettibili di una valutazione pecuniaria", sostanzialmente, quindi, concordando con le ricordate pronunce del

Cabe, por fim, mencionar que a sentença n. 233 de 30/06/2003, proférida pela Corte Constitucional da Itália, conclui pela possibilidade de indenização por dano não patrimonial até mesmo em casos de responsabilidade objetiva (sem culpa), questão de controvérsia anteriormente naquele ordenamento jurídico.

Assim pronunciou-se: "Conclusivamente, l'art. 2059 cod. civ. deve essere interpretato nel senso che il danno non patrimoniale, in quanto riferito alla astratta fattispecie di reato, è risarcibile anche nell'ipotesi in cui, in sede civile, la colpa dell'autore del fatto risulti da una presunzione di legge." ¹⁵

Não se pode deixar de mencionar, no que tange à reparação do dano, o novel art. 944 e seu parágrafo único do Código Civil de 2002, que trata da reparação integral do dano e da possibilidade de redução eqüitativa deste em razão da gravidade da culpa.

¹⁴ chttp://www.infoleges.it/NewsLetter/Articoli/Scheda.aspx?IDArticolo=18> Tradução livre nossa: "Voltamos, finalmente, à sentença n. 2050 de 25/11/2003 – 23/01/2004 da Corte de Cassação, onde pela primeira vez a Suprema Corte enfrenta de maneira decidida a questão do dano existencial e, consequentemente, do seu ressarcimento. Retomando, de fato, o critério utilizado pela Corte de Apelo, cuja ordem é objeto de exame, a Corte Suprema tratou primeiramente das questões relacionadas aos danos patrimoniais: Por quanto, no que concerne a estas últimas, a Corte, breventemente, de um lado observada 'a evidente iniquidade na limitação do ressarcimento por dano não patrimonial às hipóteses de crime', e de outro lado evidenciou que, como conseqüência, se teve a construção por parte da doutrina e jurisprudência de 'hipóteses de danos ressarcíveis como danos patrimoniais, também nos casos nos quais a lesão patrimonial' não era tão evidente ou poderia até mesmo inexistir. Além disso, a Corte relembra como era firmada a opinião segundo a qual o dano não patrimonial não coincide com o dano moral subjetivo, mas diz respeito a todas as conseqüências do ilícito que não são suscetíveis de uma avaliação pecuniária', substancialmente, portanto, concordando com os pronunciamentos de 2003."

REPUBBLICA ITALIANA CORTE COSTITUZIONALE - SENTENZA N. 233 DEL 30/06/2003.
http://www.infoleges.it/Service5/Scheda.aspx?Service=5&id=183718>.

O caput do art. 944, ao estatuir que a indenização mede-se pela extensão do dano traduz o principio da equivalência, da restituição integral. No entanto, no parágrafo único, mitiga este princípio ao possibilitar a redução equitativa do valor. Ou seja, o juiz pode reconhecer que a culpa do agente foi leve e por isto reduzir o valor que representaria a reparação integral.

No entanto, por falar em culpa, tal disposição não deve ser aplicada à responsabilidade objetiva, onde não se discute culpa.

O Professor Régis Fichtner, em breve análise sobre o dispositivo, reflete que a lei previu apenas a possibilidade do juiz reduzir o valor da indenização e que, portanto, em casos de conduta grosseira ou de má-fé, com culpa grave, o juiz também poderia aumentar o valor da indenização através da figura do dano punitivo.

Destarte, conclui com grande categoria que a Responsabilidade objetiva é um favor para a vítima que pode dela abdicar a fim de perseguir um valor mais justo para indenizar o seu prejuízo de ordem não-patrimonial. Ou seja, a vítima, mesmo diante de um ato ilícito em que a lei autorize a indenização independente de culpa, pode optar por propor a demanda visando à demonstração da culpa e da gravidade desta culpa ou até mesmo do dolo do agente para perseguir indenização por dano moral, incluindo, aqui, o seu caráter punitivo. ¹⁶

Neste sentido denota o Enunciado nº 379 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "O art. 944, caput, do código civil não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil".

É claro que tal avaliação deve ser cuidadosamente feita pelo profissional do direito, analisando todas as conseqüências de buscar provar em Juízo a culpa grave ou o dolo do agente, que, por vezes, é de difícil comprovação. Só se deve, portanto, abdicar da benesse da responsabilidade objetiva quando for ampla a possibilidade de êxito na comprovação da culpa grave ou dolo do causador do dano.

VI -- Responsabilidade Objetiva no Código Civil de 2002

O Código Civil de 2002 trouxe profundas modificações para se adaptar às atuais necessidades sociais, ajustando-se à evolução ocorrida no campo da responsabilidade civil ao longo do século XX.

1

¹⁶ FICHTNER, Regis. Op. Cit. Nota 2.

O Código Civil de 1916 era eminentemente subjetivista e fundava a responsabilidade civil na cláusula geral do seu art. 159. De fato, a Lei 10.406/02 manteve a responsabilidade subjetiva; contudo, exprimiu-se clara a opção do legislador pela responsabilidade objetiva, por serem extensas e profundas as cláusulas gerais que a consagram. ¹⁷

A cláusula geral da responsabilidade objetiva revela, para os juristas, um amplo campo de incidência, permitindo que demandas judiciais, com anterior dificuldade na comprovação da culpa, tenham maior possibilidade de êxito.

Cabe-nos, portanto, analisar alguns casos previstos na legislação.

a) Abuso do direito

O Código Civil de 1916 não tratava expressamente da responsabilidade civil por abuso de direito. No entanto, interpretava-se *a contrario sensu* o seu art. 160, I, que estatuía não ser ato ilícito o praticado em exercício regular de um direito, para concluir que o ato praticado em exercício irregular seria, portanto, indenizável.

Assim o notável San Tiago Dantas: "O exercício irregular é o abuso do direito e o que nós consideramos por exercício irregular é, justamente, o exercício anti-social, quer dizer, o exercício que contraria as finalidades em vista das quais o direito foi instituído". 18

Já no Código Civil de 2002, conforme se depreende da leitura do art. 187, o legislador tratou expressamente do instituto do Abuso de Direito, adotando a teoria objetiva, segundo a qual basta o uso anormal do direito pelo agente, sem necessidade de se perquirir a consciência em exceder os limites, para o surgimento do dever de indenizar.

Assim, o Enunciado 37 da I Jornada de Direito Civil: "art. 187: a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico".

Gustavo Tepedino e outros respeitáveis doutrinadores salientam em comentários a este artigo que a opção do legislador em definir abuso de direito como ato ilícito não foi feliz, em virtude da busca da doutrina por um papel autônomo para

¹⁷ Ibidem, p. 158.

¹⁸ DANTAS, San Tiago. Op. Cit. Nota 5. p. 320

o instituto, bem como o fato da concepção ultrapassada do abuso do direito associálo à culpa. Assim, ressaltou:

No direito civil contemporâneo, ao contrário, a aferição de abusividade no exercício de um direito deve ser exclusivamente objetiva, ou seja, deve depender tão-somente da verificação de desconformidade concreta entre o exercício da situação jurídica e os valores tutelados pelo ordenamento civil-constitucional.¹⁹

Em sentido contrário, Humberto Theodoro Júnior sustenta que o nosso ordenamento jurídico adotou a teoria subjetivista do abuso de direito, pois ao definilo como ato ilícito, remeteria ao conceito de ato ilícito explícito no art. 186 do CC/02 que traz, em sua definição, o elemento culpa. Conclui, ainda, que no exercício abusivo de direito o sujeito sempre vai ter a intenção de causar o dano ou, ao menos, de praticar o fato abusivo, entendendo não haver grande relevância na distinção entre as correntes subjetivistas ou objetivistas.²⁰

Parece-nos, no entanto, melhor o entendimento de que houve adoção pelo nosso ordenamento jurídico, da teoria objetiva do abuso de direito, sendo desnecessário perquirir se o sujeito agiu com dolo ou culpa.

Já a análise da abusividade da conduta praticada deve ocorrer diante do caso concreto. Procura o legislador abarcar aquelas condutas que a princípio seriam lícitas, porém afrontam de alguma forma o ordenamento jurídico civil-constitucional e suas finalidades.

A prática do abuso de direito é comumente encontrada em matérias publicadas pelos veículos de comunicação, que, muitas vezes, buscando uma conotação sensacionalista da matéria, terminam por exceder os limites do razoável, incidindo em ilícito, passível de indenização.

Interessante acórdão do STJ de 2005 reconhece o dever da imprensa de indenizar em virtude de fazer alusão ao cognome do lesado, entendendo tal fato como abuso de direito na publicação de matéria jornalística. Desta forma, a conduta inicialmente lícita, qual seja, a veiculação do teor de uma denúncia-crime, amparada pelo dever de informação, tornou-se ilícita, ao exceder a finalidade de informação,

*

 ¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. vol. I. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife. Renovar. 2004. p. 341-342.
 ²⁰ JUNIOR, Humberto Theodoro. Comentários ao Novo Código Civil. Vol. III. Tomo II. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2003. p 117-120/ 125-127.

demonstrando interesse eminentemente comercial ao mencionar o apelido do denunciado, expondo sua vida privada. Vejamos:

Direito civil. Indenização por danos morais. Publicação em jornal. Reprodução de cognome relatado em boletim de ocorrências. Liberdade de imprensa. Violação do direito ao segredo da vida privada. Abuso de direito. - A simples reprodução, por empresa jornalística, de informações constantes na denúncia feita pelo Ministério Público ou no boletim policial de ocorrência consiste em exercício do direito de informar. - Na espécie, contudo, a empresa jornalística, ao reproduzir na manchete do jornal o cognome — "apelido" — do autor, com manifesto proveito econômico, feriu o direito dele ao segredo da vida privada, e atuou com abuso de direito, motivo pelo qual deve reparar os conseqüentes danos morais. Recurso especial provido.²¹

Não se pode esquecer, quando da análise da abusividade ou não da conduta praticada, de atentar para os princípios constitucionais, buscando aplicabilidade às normas da constituição, de forma a manter a supremacia da Lei Maior, situada no ápice do ordenamento jurídico e que serve de parâmetro e limite para todas as normas infraconstitucionais.

Dispõe o art. 187: "Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Fala a lei em exceder os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. Todos são conceitos indeterminados que devem ser analisados no caso concreto, na situação de fato. Os costumes, por exemplo, variam em cada núcleo social, em cada momento vivenciado, possuindo valores diversos nos variados grupos da sociedade.

Assim, salientou Humberto Theodoro Junior:

É no consenso social, no modo de convivência aprovado pelo meio social em que o titular do direito atua, que se devem buscar os contornos do comportamento ético e do não-ético, para chegar-se, em cada caso, à constatação da boa ou má-fé.²²

²¹ STJ, Resp 613374/MG; Min. Nancy Andrighi; 3* Turma; Julg. 17/05/2005; DJ 12/09/2005, p. 321

A teoria acerca do abuso de direito que parece mais se aproximar ao nosso direito positivo é a desenvolvida por Salleiles, para quem o direito tem sempre uma finalidade, em razão da qual a norma jurídica o protege, e este seria o ponto inicial para se entender o abuso de direito. Logo, todas as vezes em que o direito é exercido dentro destas finalidades (econômicas e sociais), está em conformidade com a ordem jurídica. Porém, quando o titular do direito o exerce com finalidades opostas, contrariando a finalidade para a qual o direito foi instituído, tem-se o exercício anti-social do direito, que é o abuso do direito.²³

Não se pode olvidar que existe uma íntima ligação entre o abuso de direito e o princípio da boa-fé objetiva (arts. 113 e 421 do CC), pois, como bem salienta Cristiano Chaves de Farias, "uma das funções da boa-fé objetiva é, exatamente, limitar o exercício de direitos subjetivos (e de quaisquer manifestações jurídicas) contratualmente estabelecidos em favor das partes, obstando um desequilibrio negocial". ²⁴

Deste modo, a boa-fé a ser utilizada como critério para aferir a abusividade da conduta é a objetiva, ou seja, o agir de forma correta, honesta e leal, segundo o esperado do homem médio.

Salienta Cavalieri que "a boa-fé representa o padrão ético de confiança e lealdade indispensável para a convivência social", e cita excelente exemplo de conduta abusiva praticada por seguradora de saúde.

A 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Ap. cível 13.839/2002, considerou abusiva, por violação do princípio da boa-fé, a denúncia unilateral de um contrato de seguro de saúde, após cinco anos de vigência, feita em momento em que um dos seus beneficiários se encontrava em tratamento de doença grave. Enquanto o contrato foi economicamente interessante à empresa prestadora dos serviços médico-hospitalares não se valeu da cláusula contratual que permitia a denúncia unilateral. Bastou surgirem as despesas para que dela lançasse mão, justamente no momento em que o beneficiário dos serviços mais deles

²³ DANTAS, San Tiago. Op. Cit. Nota 5. p. 319.

²⁴ FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito Civil – Teoria Geral**. 2ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Júris. 2005. p. 520-521.

necessitava. Não é isso que se espera de uma conduta leal e de confiança..25

Observa, ainda, Sérgio Cavalieri que outra novidade é que o abuso de direito "foi agora erigido a princípio geral, podendo ocorrer em todas as áreas do Direito (obrigações, contratos, propriedade, família), pois a expressão 'o titular de um direito' abrange todo e qualquer direito cujos limites foram excedidos."26

Cumpre, por fim, constatar que, embora a lei fale em 'exercício do direito', o abuso de direito pode decorrer também de condutas omissivas.

O primeiro efeito decorrente do abuso de direito é o dever de indenizar. No entanto, ainda que não haja dano indenizável, o ato abusivo possui um outro efeito, com grande importância jurídica, que é gerar a nulidade do ato praticado, de acordo com o art. 166, VI do Código Civil.

Outros efeitos podem decorrer do ato abusivo que não previstas em lei, como por exemplo, a inversão da guarda do filho em favor de um genitor, em virtude da proibição do direito de visitas pelo guardião, que, portanto, age com abuso do poder familiar.

b) Exercício de atividade de risco ou perigosa.

O parágrafo único do art. 927 trata da responsabilidade objetiva em decorrência do exercício de atividade de risco ou perigosa, sendo esta a grande novidade do Código Civil de 2002 no campo da responsabilidade civil.

Temos aqui uma cláusula geral da responsabilidade objetiva, encontrando, mais uma vez, a técnica legislativa das cláusulas gerais e conceitos indeterminados.

Apesar do emprego da palavra 'atividade', deve-se entender que a atividade pode ser exercida tanto por pessoa física ou por pessoa jurídica.

Uma interpretação literal e apressada do dispositivo nos levaria à conclusão de que toda atividade de risco geraria responsabilidade objetiva, pois é certo que na sociedade moderna quase todas as atividades implicam algum risco, de forma que chegaríamos ao cúmulo de responder objetivamente até quando estivéssemos dirigindo nosso veículo particular (atividade potencialmente perigosa) e fossemos envolvidos em um acidente.27

²⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit. Nota 6. p. 169.

 ²⁶ Ibidem. p. 161.
 ²⁷ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit. Nota 6. p. 170.

Daí a necessidade de se perquirir o real alcance da norma em questão.

O que se deve entender por "atividade normalmente desenvolvida", "implicar, por sua natureza, risco"?

Somente com o trabalho da doutrina e da jurisprudência é que se chegará a uma conclusão que se coadune com a realidade social.

Na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Centro de Estudos da Justiça Federal (set. 2002), a matéria foi objeto do Enunciado nº 38, que, no entanto, é pouco esclarecedor.

A responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo código civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Sem dúvida, adotou-se a teoria do risco criado, ou seja, não importa o proveito tirado da atividade praticada, se esta atividade expõe outrem a risco é passível de responsabilização com fulcro no art. 927, parágrafo único.

Tal entendimento não está pacificado, havendo divergência doutrinária no que tange a teoria do risco a ser aplicada, se a do risco criado ou do risco proveito, alcance que será atribuído pela doutrina e jurisprudência.

O código, ao tratar da responsabilidade subjetiva, adotou os termos "ação" e "omissão" que denotam conduta pessoal, daí concluirmos que a palavra "atividade" indica serviço, tendo sido empregada propositalmente, com sentido próprio, de conduta reiterada, habitualmente exercida, organizada de forma profissional ou empresarial para realizar fins econômicos.

A expressão "por sua natureza implicar risco", significa que o risco deve ser inerente à atividade, fazer parte da natureza da atividade, intrínseco a esta.

Assim, o professor Leonardo Beraldo sintetizou: "Desta feita, não basta que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano crie risco a terceiros, sendo imprescindível que, na natureza da atividade, ou seja, na sua essência, exista uma potencialidade lesiva fora dos padrões normais". ²⁸

Importante ressaltar as lições do eminente desembargador Sérgio Cavalieri acerca do real alcance desta expressão, tendo opinião diametralmente oposta à

²⁸ BERALDO, Le onardo de Faria. http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Leo_resp.doc

esposada, entendendo que a responsabilidade não decorrerá da simples natureza da atividade, ainda que tenha um periculosidade inerente.²⁹

Entende que a expressão "por sua natureza" não diz respeito à natureza do serviço, tampouco ao risco que ele produz, mas sim à natureza da obrigação assumida por aquele que presta o serviço.

Distingue entre obrigação de meio (devedor não se vincula ao resultado, nos deve empreender todos os meios para atingi-lo) e de resultado (devedor se obriga a obter um resultado certo e determinado), para concluir que a responsabilidade objetiva prevista neste dispositivo só se configura quando a natureza do serviço (atividade desenvolvida) gerar uma obrigação de resultado, e não apenas de meio.

Considera, portanto, que a responsabilidade decorrente, simplesmente, do risco inerente, atado à própria natureza e ao modo de funcionamento de certos serviços, deve ser afastada.

Constata que, em geral, os riscos não podem ser evitados ainda que o serviço seja prestado com toda técnica e segurança e, por conseguinte, transferir as conseqüências desses riscos para o prestador de serviço seria ônus insuportável que inviabilizaria a própria atividade.

Seguindo seu raciocínio, há um direito subjetivo à segurança, em especial na sociedade de risco, cuja violação gera a obrigação de reparar o dano, daí concluir que o serviço causa dano e gera responsabilização quando a atividade é desenvolvida sem a segurança devida.

A grande crítica que se faz ao posicionamento do eminente desembargador diz respeito à ausência de menção à responsabilidade extracontratual. Ao afirmar que apenas há responsabilidade com fulcro neste dispositivo quando o fornecedor assume responsabilidade de resultado, significa afastar a aplicação do dispositivo às hipóteses de responsabilidade extracontratual.

Compartilha deste entendimento o Professor Leonardo Beraldo.

(...)Idéia esta que, data venia, não corresponde adequadamente aos ditames do parágrafo único, do art. 927, do CCB, posição da qual pedimos vênia para divergir. Pois, ao prevalecer a idéia de

²⁹ FILHO, Sergio Cavalieri. Op. Cit. Nota 6. p. 174.

CAVALIERI, tem-se que o dispositivo em comento aplicar-se-ia, única e tão-somente, à responsabilidade civil contratual.³⁰

Assim, caberá ao aplicador da norma aferir em cada caso concreto, se a atividade é normalmente desenvolvida pelo causador do dano e se, por sua natureza, implica risco, restando para a jurisprudência delimitar estes conceitos indeterminados.

Importante para aplicação do artigo em comento o estudo do direito comparado, em especial, do direito italiano que possui norma semelhante, dispondo no art. 2.050 do Codice Civile Italiano: "Responsabilità per l'esercizio di <u>attività pericolose</u> "Chiunque cagiona danno ad altri nello svolgimento di un'attività pericolosa, per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati, e tenuto al risarcimento, se non prova di avere adottato tutte le misure idonee a evitare il danno."

Da análise do dispositivo denota-se que se utiliza do termo 'perigo' ao invés de risco e adota a teoria da culpa presumida, pois admite a prova em contrário. Considerando que o código civil italiano foi publicado no ano de 1942, é importante uma leitura, ainda que breve da doutrina e análise da jurisprudência.

A doutrina italiana prevê critérios estatísticos para aferir quando a atividade será perigosa, levando em consideração a quantidade de danos que a atividade causou, bem como a gravidade destes danos.

Con formula classica si è detto che ogni attività è per se stessa idonea a cagionare danno ad altri: l'art. 2050 si applica quando la pericolosità rappresenta un dato tipico e immanente. Pertanto la pericolosità deve consistere in una potenzialità lesiva di grado superiore al normale.

Sono qui possibili, allora, due criteri concorrenti:

a) tenere conto della quantità di danni abitualmente cagionati dall'attività in questione;

*

³⁰ BERALDO, Leonardo de Faria. Op. Cit. Nota 28.

³¹ Tradução livre: "Responsabilidade pelo exercício de atividade perigosa. Aquele que cause dano a outro no desenvolvimento de uma atividade perigosa, que por sua natureza ou pela natureza do meio empregado, tem que indenizar, se não provar que adotou todas as medidas idôneas a evitar o dano."

b) tener conto anche della gravità dei pregiudizi minacciati.

L'attività sarà quindi pericolosa quando statisticamente cagiona molti incidenti, e quando minaccia di cagionarne di molto gravi. 32

Válida também a orientação da doutrina italiana no sentido da importância de ser analisado o momento do evento danoso, ressaltando que a periculosidade varia com o tempo, de forma que uma atividade a princípio sem risco pode vir a causar dano posteriormente e, ao contrário, uma atividade perigosa hoje pode deixar de sêlo posteriormente.

È appena il caso di ricordare che il connotato della pericolosità varia col tempo: attività un tempo pericolose possono cessare di esserlo, mentre conseguenze dannose insospettate possono emergere da attività considerate in precedenza innocue. Mi sembra naturale che si debba avere riguardo alle cognizioni dell'epoca in cui si è svolta l'attività, nel primo caso, e all'epoca in cui si è manifestato il danno nel secondo caso.³³

Tão abrangentes são os conceitos do parágrafo único do art. 927, deixando ao julgador a análise dos casos concretos, que autores há, como o Prof. Silvio Venosa, que entendem ser discutível a conveniência de norma genérica nesse sentido, pois melhor seria manter nas rédeas do legislador a definição da teoria do risco.³⁴

Monateri, Pier Giuseppe. La responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose.
http://www.notiziariogiuridico.it/attpericolose.html. Tradução livre: "Com a fórmula clássica se disse que cada atividade é por si mesmo idônea a causar dano a outro: O art. 2050 se aplica quando a periculosidade se apresenta um dano típico e imanente. Portanto, a periculosidade deve consistir em uma potencialidade lesiva de grau superior ao normal. São possíveis aqui, portanto, dois critérios concorrentes: a) ter em conta a quantidade de danos habitualmente causados pela atividade em questão. b) ter em conta também a gravidade da ameaça de causar danos. A atividade será, consequentemente, perigosa, quando estatisticamente causar muitos acidentes, e quando a ameaça de causar-lhes é muito grave."

³³ Ibidem. Tradução livre: "É apenas o caso de recordar que o sentido de periculosidade varia com o tempo: uma atividade em um momento perigosa pode deixar de ser, entretanto, conseqüências danos inesperadas podem emergir de uma atividade, considerada, a princípio inócua. Me parece natural que se deve ter atenção à doutrina da época em que se desenvolve a atividade, no primeiro caso, e à época em que ocorre o dano, no segundo caso."

atividade, no primeiro caso, e à época em que ocorre o dano, no segundo caso."

34 VENOSA, Silvio de Salvo. http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html

Na realidade, nos parece que o objetivo do legislador foi abranger a vasta área de serviços, ressaltando que o Projeto do Código Civil foi anterior ao Código de Defesa do Consumidor, que regulamentou a matéria no art. 14. Desta forma, o art. 14 do CDC tem aplicação apenas nas relações de consumo, por ser norma especial, convivendo harmonicamente com o parágrafo único do art. 927, que teria vasta aplicação quando se tratar de atividade de risco fora das relações de consumo, em qualquer relação contratual ou extracontratual.

O art. 37, § 6º da CR de 1998 não pode ser esquecido, pois trata da responsabilidade objetiva da Administração Pública, suas concessionárias e prestadoras de serviço.

Daí, conclui-se que o parágrafo único do art. 927 do CC, apesar de ser uma cláusula geral da responsabilidade objetiva, parece ter o seu campo de incidência reduzido em virtude das leis especiais que prevêem a responsabilidade objetiva.

A aplicação e o uso deste dispositivo representam, sem dúvida, grande avanço no campo da responsabilidade civil, que será construído a partir de sua aplicação prática aos casos concretos que se apresentarem em Juízo, permitindo a formação de jurisprudência a respeito do tema.

Por fim, cabe ressaltar que aos profissionais liberais que exercem atividade de risco não se aplica o parágrafo único do art. 927 do CC, por força do §4º do art. 14 do CDC, que é norma especial.

c)danos causados por produtos postos em circulação

O art. 931 do Código Civil traz outra cláusula geral de responsabilidade objetiva, ao dispor que "Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação".

Adotou aqui a teoria do risco do empreendimento, segundo a qual, todo aquele que se disponha a exercer alguma atividade no mercado de consumo tem o dever de responder por eventuais vícios ou defeitos dos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa.

Eventuais defeitos do produto é que geram a responsabilidade. Basta a relação de causalidade entre o defeito do produto e o dano.

Cria-se um dever geral para o fornecedor de não lançar no mercado um produto com defeito, garantindo a segurança para o consumidor que adquire o produto e para a sociedade como um todo que está sujeita aos danos que o produto possa vir a causar.

Existem produtos que possuem risco inerente, como por exemplo, uma faca afiada, raticida, etc, sendo produtos que tem um perigo conhecido, normal e previsível, cabendo ao fornecedor apenas fazer as contra-indicações do uso.

Já os produtos que se tornam perigosos em razão de um defeito têm o que se chama de risco adquirido, gerando ao fornecedor o dever de indenizar, independente de qualquer relação contratual entre as partes.

O enunciado 378 da III Jornada de Direito Civil dispõe que "aplica-se o art. 931 do código civil, haja ou não relação de consumo".

O art. 13 do CDC limita a responsabilidade civil pelos defeitos do produto ao fabricante, pois este possui domínio de toda a linha de produção, excluindo o comerciante, que, teoricamente, não tem qualquer ingerência na fabricação do produto.

O comerciante, no sistema do CDC, apenas responderia solidariamente nos casos em que concorresse para o defeito do produto, como, por exemplo, com o mau armazenamento dos produtos perecíveis, ou quando não houvesse informação adequada do produtor, fabricante do produto.

O art. 931 do CC, porém, não limitou a responsabilidade aos fabricantes, parecendo abranger também o comerciante. Porém, o melhor seria buscar uma interpretação sistemática do dispositivo para concluir que se deve aplicar analogicamente aqui o art. 13 do CDC, sob pena de se criar para o comerciante uma responsabilidade fundada no risco integral.

No entanto, não foi esse o posicionamento adotado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal que editou o enunciado 42.

Enunciado 42: o art. 931 amplia o conceito de fato do produto existente no art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, imputando responsabilidade civil à empresa e aos empresários individuais vinculados à circulação dos produtos.

Importante ressaltar que, em se tratando de responsabilidade civil decorrente do risco do empreendimento temos o chamado fortuito interno, que é o fato imprevisível

ocorrido durante a fabricação do produto, que não exclui o nexo causal da responsabilidade civil, pois está ligado à atividade do produtor e ao seu dever de segurança.

Questão controvertida na seara da responsabilidade do fornecedor de produtos e serviços é a relativa ao chamado risco do desenvolvimento.

Risco do desenvolvimento, segundo o conceito de Antonio Herman Benjamin, citado por Cavalieri Filho, é aquele que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após certo período de uso do produto e do serviço. É defeito que, em face do estado da ciência e da técnica à época da colocação do produto ou serviço em circulação, era desconhecido e imprevisível. 35

Alguns sustentam que fazer o produtor sustentar estes riscos seria contraproducente ao desenvolvimento da pesquisa e do progresso cientifico e tecnológico; por outro lado, seria também injusto que o consumidor individual financiasse esta conta.

O melhor entendimento, portanto, é no sentido de entender o risco do desenvolvimento como fortuito interno e, assim, passível de indenização pelo fornecedor em caso de vir a causar dano. 36 .

O enunciado nº 43 do I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal estatui que "a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento".

d) responsabilidade por fato de outrem, pelo fato da coisa e do animal.

Outros dispositivos trazem a responsabilidade objetiva no Novo Código Civil, mas faremos apenas breves considerações acerca de algumas dessas disposições.

Os arts. 932 e 933 trazem, na verdade, as responsabilidades por fato próprio omissivo, daqueles que concorreram para o dano por falta de cuidado e vigilância.

O art. 932 do CC é praticamente uma reprodução do art. 1521 do CC/16.

Já o antigo art. 1523 do CC/16, interpretado em conjunto com o então vigente art. 1521, criavam acirrada controvérsia doutrinária acerca da natureza da

³⁵ DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio. Op. Cit. Nota 7. p. 193.

Neste sentido Cavalieri afirma: "Em nosso entender, os riscos de desenvolvimento devem ser enquadrados como fortuito interno, risco integrante da atividade do fornecedor, pelo que não exonerativo da responsabilidade." FILHO, Sergio Cavalieir. Op. Cit. Nota 6.

responsabilidade civil nos caso ali elencados, terminando por se concluir pela culpa presumida.

Com acerto, o art. 933 do novel Código Civil acabou com a polêmica adotando explicitamente a responsabilidade objetiva nos casos elencados no art. 932, o que evidencia mais uma vez a sua opção objetivista.

É preciso, em qualquer dessas hipóteses, a prova de uma situação que, em tese, em condições normais, configure a culpa do filho, curatelado, empregador, etc. Não mais se discute culpa *in eligendo, in vigilando.* Os tutores, por exemplo, terão que indenizar apenas porque são tutores do tutelado causador do dano. O dever de vigilância é inerente ao encargo assumido.

Os arts. 936, 937 e 938 do Código Civil trazem também hipóteses de Responsabilidade objetiva que tem como fundamento o dever de resultado, de guarda com segurança.

No caso da responsabilidade decorrente da guarda de animal, prevista no art. 936, temos agora uma responsabilidade objetiva bem delineada, de forma que não adianta sequer provar que guardava com cuidado.

Restam, ainda, outras hipóteses de responsabilidade objetiva em nossa legislação, o que demonstra que pouco restou para o campo da responsabilidade subjetiva, que, não obstante, continua sendo a regra geral.

VII - Prescrição

A perpetuação de uma situação jurídica por tempo indeterminado pode acarretar inseguranças, gerando inúmeros conflitos. Daí, a necessidade de limitação para o exercício de direitos. A prescrição é, portanto, um instituto intrinsecamente ligado ao decurso de certo lapso temporal.

O art. 189 do Código Civil deixa claro que a prescrição extingue a pretensão, que surge com a violação de um direito.

Quando um direito é violado surge o dever de reparação deste pelo agente. Em contrapartida, o titular do direito violado deve exigir a sua reparação dentro do prazo fixado pela lei, para evitar a instabilidade nas relações sociais. Com o decurso do prazo prescricional a pretensão do titular se extingue, mas não o seu direito de ação.

Pode-se dizer que, em caso de prescrição, a obrigação do agente passa a ser natural: não pode ser exigida, mas pode ser cumprida até mesmo por meio de ação

judicial, como, por exemplo, a consignação em pagamento ou, inclusive, a ação reparatória, não podendo o devedor que pagou a obrigação prescrita postular, por exemplo, a repetição do indébito, pois a dívida continua intacta.

Não podemos deixar de mencionar a inovação introduzida pela lei 11280/06 que possibilitou o reconhecimento da prescrição de ofício pelo juiz, o que antes só era possível quando se tratasse de decadência.

Apesar das discussões acerca desta modificação, não houve qualquer modificação estrutural no instituto³⁷; ao contrário, harmonizou-se com o disposto no art. 189 do CC que parece indicar que a prescrição opera de pleno direito. Ademais, continua sendo possível a renúncia à prescrição pelo devedor.

No que tange às ações de reparação civil, o art. 206, § 3º, V do Código Civil prevê o prazo prescricional de 3 (três anos).

O Novo Código Civil reduziu consideravelmente os prazos prescricionais e decadenciais buscando uma adequação às exigências da sociedade moderna.

Assim, vale um estudo acerca da regra de transição para aplicação temporal dos prazos. Dispõe o art. 2.028: "Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada."

Apenas continua a contar o prazo da lei anterior nos casos em que tiverem sido reduzidos pela nova lei e que já tenha transcorrido mais da metade quando da entrada em vigor do Novo Código (11/01/2002).

As ações de reparação civil prescreviam em 20 anos (Código Civil de 1916). Se, por exemplo, o ilícito ocorreu em Janeiro de 1989, na entrada em vigor do Código Civil de 2002 já teria decorrido mais da metade do prazo, continuando, portanto a fluir pelo prazo de 20 anos, prescrevendo em janeiro de 2009.

Se, no entanto, o ato ilícito foi praticado em 1997, o prazo prescricional passa a ser o da nova lei, qual seja, de 3 anos, pois quando da entrada em vigor do Novo Código não transcorreu mais que a metade prevista na lei anterior.

1

³⁷ Neste sentido o civilista Leonardo Mattietto: "À luz do direito material, os contornos do instituto da prescrição permanecem substancialmente os mesmo, na medida em que é apenas pontual a alteração promovida pela Lei nº 11.280/2006." MATTIETTO, Leonardo. A nova sistemática da Prescrição Civil – Declaração de ofício pelo Juiz e Renúncia do devedor. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. Ano VIII, nº 44. Nov-Dez de 2006. p. 14.

De ressaltar que o início da vigência do prazo de 3 (três) anos nestes casos terá como início a data da entrada em vigor do Novo Código Civil (11/01/2002), sob pena de nos depararmos com diversos prazos expirados com a vigência da nova lei.

Nas hipóteses em que o prazo foi aumentado ou diminuído, por não haver regra de transição, deve-se entender que continuam a fluir pela regra do Código de 1916, quando iniciados antes da vigência do Novo Código.

VIII - Conclusão

A responsabilidade civil ainda com o advento do CC/02 apresenta questões controvertidas, divergências doutrinárias e jurisprudenciais, que ao deixam de ser salutares para o desenvolvimento do tema e a busca incessante da justiça para o caso concreto, sem deixar de atentar para as normas positivadas.

Esta possibilidade decorre da adoção pelo CC/02 das clausulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.

De fato, o novo código manteve em seu art. 186 a responsabilidade subjetiva como regra feral, entretanto, o campo de incidência da responsabilidade objetiva é tão vasto que estava quase se torna a regra.

Assim, necessário se faz um breve estudo das clausulas gerais do novo Código a fim de se tentar delimitar o alcance da aplicação da responsabilidade objetiva sente este o objetivo, embora tímido, desse breve estudo.

BIBLIOGRAFIA

BERALDO, Leonardo de Faria.

- A responsabilidade civil objetiva em decorrência das atividades perigosas (parágrafo único do art. 927 do código civil) e alguns apontamentos do direito comparado. http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/Leo_resp.doc

BRITTO, Marcelo Silva.

- Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo código civil. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5159. Acesso em 02/02/2007.

CARPENA, Heloișa.

- Abuso do direito nas relações de consumo. Rio de janeiro. São Paulo. Renovar. 2001.

CAVALIERI FILHO, Sergio.

- Programa de Responsabilidade Civil. 5ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Malheiros. 2003.

CHINDEMI, Domenico.

- Il nuovo art. 2059 c.c., le categorie e la prova del danno non patrimoniale. http://www.jus.unitn.it/dsg/seminari/2004/docs/chindemi.ppt#266,1,Il nuovo art. 2059 c.c., le categorie e la prova del danno non patrimoniale>

COUTO DE CASTRO, Guilherme.

- A responsabilidade civil objetiva no direito brasileiro. 3ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2000.

DANTAS, San Tiago.

Programa de Direito Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; CAVALIERI FILHO, Sergio.

- Comentários ao Novo Código Civil. Vol. XIII. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves.

- Direito Civil - Teoria Geral. 2ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Lumen Júris. 2005.

FICHTNER, Regis.

- Aspectos Gerais da Responsabilidade Civil no Novo Código Civil in
 Seminário Internacional de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. Editora Justiça & Cidadania.

GAGLIANO, Pablo Stolze e Pamplona Filho, Rodolfo.

Novo Curso de Direito Civil. S\u00e3o Paulo. Saraiva. 2003
 GOMES, Luiz Rold\u00e3o de Freitas.

- Elementos de Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. São Paulo. Ed. Renovar. 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto.

- Responsabilidade Civil. 7ª edição. São Paulo. Ed. Saraiva. 2002 JUNIOR, Humberto Theodoro.

- Comentários ao Novo Código Civil. Vol. III. Tomo II. Rio de Janeiro. Ed. Forense. 2003.

LOPES DE OLIVEIRA, J. M. Leoni.

- Direito Civil. Teoria Geral do direito civil. Vol. 2. 3ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 2001.

MATTIETTO, Leonardo.

- A nova sistemática da Prescrição Civil - Declaração de ofício pelo Juiz e Renúncia do devedor. Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil. São Paulo. Ano VIII, nº 44. Nov-Dez de 2006.

Monateri, Pier Giuseppe.

- La responsabilità civile per lo svolgimento di attività pericolose. http://www.notiziariogiuridico.it/attpericolose.html

PEREIRA, Caio Mário da Silva.

- Responsabilidade Civil. 5ª edição, Rio de janeiro, Forense, 1994. PERLINGIERI, Pietro.
- Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro, 2ª edição, Renovar, 2002.

TEPEDINO, Gustavo.

- Temas de Direito Civil. 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- Problemas de direito Civil constitucional. Coordenador. Rio de Janeiro, Renovar, 2001.
- Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código
 Civil de 2002 in A parte geral do Novo Código Civil. 2ª Edição. Rio de Janeiro.
 Renovar. 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin.

- Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República. vol. I. Rio de Janeiro. São Paulo. Recife. Renovar. 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo.

- A responsabilidade objetiva no Novo Código Civil http://www.societario.com.br/demarest/svrespobjetiva.html

A GESTÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL – Continuidade do sistema inquisitório pela Lei 11.690/08.

Denis Sampaio¹

Sumário: 1. Breve nota introdutória – 2. Gestão da prova e sistema caracterizador do Processo Penal Brasileiro – 3. "Prova" policial – ratificação judicial dos elementos informativos – 4. Dispositivos Legais – O Código de Processo Penal como modelo do sistema inquisitório – 5. (In)coerência normativa do artigo 156 do Código de Processo Penal agravada pela Lei 11.690/08 – 6. Nota conclusiva – 7. Bibliografia.

Resumo: O presente trabalho versa sobre a inovação legislativa dada pela Lei 11.690/08 em que traçou a possibilidade do juiz de ofício, além de produzir a prova durante a instrução criminal, ordenar a produção probatória, anterior ao início da ação penal. O estudo em questão indica o real sistema processual aplicado na prática legislativa (infraconstitucional), bem como jurisdicional, através da linguagem realizada e, na idealização da gestão da prova no processo penal.

Palavras-chave: Gestão da prova – sistema processual – artigo 156, CPP – inovação legislativa.

¹ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Ciências Penais pela UCAM, Professor de Direito Processual Penal da Escola Superior da Defensoria Pública, Professor Colaborador no Mestrado em Ciências Penais da UCAM.

1- Breve nota introdutória:

O presente trabalho não possui a ambição de exaurimento do tema ofertado, mas tão somente, uma simples construção de idéias sobre a gestão da prova no processo penal, com ênfase nas inovações realizadas pela reforma setorial do Código de Processo Penal.

Para tanto, foi necessário o apontamento de conceitos básicos sobre a produção probatória e a caracterização do sistema processual. Esta análise torna relevante a rediscussão dobre o discurso falacioso da busca da verdade no processo penal, podendo afirmar que a permanência lógica deste discurso é encontrado na possibilidade da gestão da prova pelo julgador.

Atualmente, no entanto, o juiz não determinará apenas a produção da prova durante a instrução –leia-se, na fase judicial -; mas poderá ordenar a produção de "prova" antecipada durante a investigação, até porque sua "ordem probatória" ocorrerá anterior ao início da ação penal.

A necessidade de reforma de qualquer legislação da seara criminal perpassa por uma alteração na própria cultura social e dos operadores do Direito. Impressiona o restabelecimento ou até a permanência de idéias autoritárias em que afasta a real função do processo penal como identificador e aplicador de garantias fundamentais.

Portanto, invertendo a dinâmica do estudo, podemos afirmar como ponto inicial para nossa análise, que o processo penal não mais deve servir como aparato disfarçado de instrumento para a segurança pública. Deverá sempre se analisado e aplicado como fiscalizador da atuação repressiva do Estado, através da sua própria natureza e função, muito embora o Legislador teime na permanência incoerente (com nossa Constituição) de um Processo Penal autoritário, com enfoque estritamente punitivo.

Ficaremos, no entanto, limitado à análise da gestão da prova pelo juiz, com a ampliação do artigo 156 do Código de Processo Penal, embora em vários pontos das reformas setoriais², o retrocesso legislativo restou marcante.

² O estudo do professor Nereu Giacomolli sobre as Reformas do CPP direcionam nesta linha de raciocínio. Assim, ilustra que resulta evidente a deformação ritualística do processo penal (degeneração das formas), gerada pelo Legislador de 2008 e pela azáfama de pronta votação dos denominados "projetos setoriais", após longo período de esquecimento (reclamos midiatizados por situações pontuais – menino arrastado por carro, balas pendidas, absolvição num segundo Júri, v.g.). Difícil estabelecer uma ordenação concatenada e lógica dos atos processuais, no caos estabelecido nos artigos 394 a 536 do CPP." GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal – Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 59.

2 - A Gestão da prova e sistema caracterizador do processo penal.

Para identificarmos o real sistema adotado no ordenamento processual penal brasileiro, devemos observar não apenas sua estrutura, mas sua linguagem e, principalmente, a finalidade da situação processual formada entre o Estado e o sujeito. Já ousamos afirmar e ratificamos tal posicionamento³, que o nosso ordenamento jurídico adotou o paradigma inquisitório⁴, pilar - mor do nosso sistema processual penal, nas palavras de Jacinto⁵, reservando algumas garantias individuais ao acusado, ao menos na Carta Maior, o que não representa a aplicação diuturna destas imposições democráticas.

Contudo, orienta a doutrina⁶ que nosso modelo processual acompanhou o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, em que inaugurou o sistema misto, ou inquisitório reformado⁷, na medida em que um sistema puro, seja acusatório, seja inquisitório, apenas permanece numa vertente histórica, não havendo qualquer seguimento atual destes modelos processuais.

No entanto, afirmou Tornaghi, que houve a adoção do sistema misto porque nele o processo se desdobra em duas fases; a primeira é tipicamente inquisitória⁸; a judicial mostrase acusatória. ⁹ Na verdade, tal sistema reserva a encruzilhada entre a necessidade da repressão e as garantias individuais. ¹⁰

A formação de um sistema misto, a nosso sentir, apenas realça a continuidade do modelo repressor, fundante no afastamento de uma busca democrática do processo penal, tornando impossível a convivência harmônica de estruturas tão díspares. Expõe Jacinto que o dito sistema misto, reformado ou napoleônico é a conjugação dos outros dois, mas não tem

³ SAMPAIO, Denis. A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pág. 143.

⁴ Desta forma LOPES JR. (Re)Discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. Revista de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, no. 39, 2002, jul-set, pág.111/117. 4.COUTINHO, Jacinto de Miranda O papel do novo julz no processo penal in Crítica à Teoria Geral do Direito Processo Panal. P

Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs. 3/56.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.Op. cit, pág. 101/102.

⁷ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios Inquisitórios na Lei 9.304/1998. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 46: RT, 2004, jan-fev, págs178.

⁸ No sistema misto instituído pelo Code d' instruction criminelle de 1808, a primeira fase era secreta, escrita, sem que houvesse a participação da defesa, estruturada num juizado de instrução; na segunda fase, perante o contraditório, eram discutidas as provas, de forma oral e pública, formando um júri.
⁹ TORNAGHI, Hélio Bastos. Curso de Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 17.

¹⁰ Idem, pág.17. Neste sentido, numa vertente crítica, expõe Tucci que nosso sistema trata-se, na realidade, "de um sistema misto, não somente por esta divisão bifásica, mas, precipuamente, por nele mesclarem-se a inquisitividade ínsita, substancialmente, a toda persecução penal na sua inteireza, e a acusatoriedade, de que, formalmente, se impregna a segunda fase." TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da Inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo. In Direito Criminal Vol. 3. Coord. José Henrique Peirangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pág. 110.

um princípio unificador próprio, sendo certo que ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algo (características secundárias) proveniente do sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, com alguns elementos característicos (novamente secundários) recolhidos do sistema inquisitório. 11

Na realidade, tal sistema aperfeiçoa o discurso autoritário da busca utópica, mas perigosa, da verdade real, a partir do momento em que utiliza argumentos autorizadores de intervenção inquisitorial com a falácia da observância das garantias individuais em um segundo momento, justamente porque tornar-se clara a assertiva de que o modelo inquisitório é o meio mais eficaz de descoberta da verdade¹² (real). Ocorre que, esta fase inquisitorial, não podemos nos iludir, acompanhará toda a situação processual, seja de ordem probatória, seja na própria subjetividade do juiz, que acabará por levá-lo a formar seu convencimento antes mesmo da produção probatória contraditória.

Portanto, a afirmativa infeliz torna-se fácil de repetição: nosso modelo processual continua sendo o inquisitório e somente mudará esta característica quando focalizarmos maior energia na aplicabilidade prática do anseio constitucional, o que não foi, certamente, a intenção do Legislador infraconstitucional quando garantiu uma forte carga probatória pelo juiz, com a completa ausência de pretensão das partes quanto à iniciativa da produção de provas.

A conclusão antecipada fica nas palavras do Professor Jacinto Coutinho quando expressa que infelizmente, no entanto, é, no fundo, o anseio punitivo que pauta e motiva as reformas parciais, que em pese o espírito democrático sincero) de muitos dos autores das idéias reformistas; e é por isso que o país continua assim: porque se reforma e se reforma para não mudar nada, seguindo na crença que se melhora com mais pena, mais prisão, mais punição. Faz-se reforma pelas mudanças que, de fato, só se darão quando mudar a base epistemológica. Contudo, quantos sabem, de fato, os juristas, de epistemologia? Se é preciso, efetivamente, mudar o sistema, nota-se que não é algo simples nem fácil: é inquisitório, foi inquisitório, e se tudo se reduzir à aprovação destas reformas parciais, continuará inquisitório.¹³

3 - "Prova" Policial - Ratificação judicial dos elementos informativos.

12 BALARÓ. Op. cit, págs. 116

¹¹ COUTINHO. O papel do novo juiz..., pág.. 17.

¹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim IBCCRIM, no. 188, julho, 2008, pág. 13.

A parte acusadora diante de farta demonstração fática, colhida inquisitorialmente, economiza forças para formar a convicção do julgador, justamente porque sua decisão já estará tomada, necessitando apenas da organização probatória, produzida em juízo, para a estrutura retórica da sentença. A conjuntura se torna esdrúxula a partir do fato em que as provas produzidas em juízo servem apenas para ratificar a persecução criminal exercida na primeira fase, visto que, não raras vezes, o julgador dispondo do material colhido na fase inquisitorial, o lê para que as testemunhas confirmem seus depoimentos, não obstante o impedimento das mesmas trazerem quaisquer apontamentos por escrito, como preceitua o artigo 204 do Diploma Processual Penal. Nesta linha, ensina Aury Lopes que a fraude reside no fato de que a prova colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor; uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.¹⁴

A alteração do artigo 155 do Código de Processo Penal vinha muito bem, quando, o Legislador acompanhando o raciocínio acima, expressou toda sua carga inquisitória com a palavra "exclusivamente". Na verdade, o juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. O que denota-se, na realidade, é a impossibilidade de uma decisão com elementos exclusivos colhidos no Inquérito Policial. Porém, se observados nesta fase e ratificados em juízo(o que vem sendo a prática judiciária), sua decisão se mostra regular, colocando, como conteúdo decisório, toda a carga "probatória" produzida em sede judicial. Mas não podemos nos esquecer que este material probatório somente pôde ser analisado, na maioria das vezes, a partir daqueles elementos que somente serviriam para criar a possibilidade de exercício da pretensão condenatória pela acusação, até porque não foi realizado perante o juiz competente, violando, inclusive, a garantia do juiz natural uma vez que não foi produzido para apreciação de seu receptor natural.

A situação é agravada quando ocorre uma prisão flagrancial, o que na realidade, tanto a acusação quanto a decisão acabam sendo apenas uma formalização chanceladora da atuação

*

¹⁴ LOPES Jr. Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 165.

inquisitória¹⁵. O estabelecimento da presunção jurídica, afirma Salo de Carvalho, antecipa uma certa verdade processual a partir de inferências, ou melhor, cria um sentido possível de 'verdade processual', direcionando a decisão, a partir de fragmentos. ¹⁶ Esta presunção afasta por completo o senso crítico acusatório e do próprio julgador¹⁷, estruturando apenas uma ritualização ratificadora da primeira fase exclusivamente inquisitória, como se fosse possível, a partir desta estrutura, uma segunda fase acusatória¹⁸.

A valoração exarcebada e contraditória do *fumus comissi delicti* obtida, através da fase inquisitória, estabelece uma realidade incontornável, afastando toda a função do processo penal, tornando-o apenas uma crendice que, na visão dos inquisidores, apenas retarda a aplicação da pena.

No entanto, a realidade deveria ser outra, estabelecendo o processo como verdadeiro instrumento de correção do caráter alucinatório da evidência flagrancial¹⁹, e continua Aury Lopes para ter uma verdade processual, a evidência deve passar pelos filtros do processo, somente resistindo se conseguir provar que não é uma ilusão, uma fabricação ou uma alucinação. Por isso, o processo deve alcançar o alto grau de correção da alucinação inerente à evidência.²⁰

¹⁵ Neste sentido ilustrativo, segue decisão: "Tendo o agente sido preso em flagrante delito ocorre a inversão do ônus da prova. Isto é, com o flagrante confirmado em juízo pela prova testemunhal, em princípio, a acusação comprovou a ocorrência do crime e a sua autoria. Qualquer alegação tendente a afastar esta presunção que gerou o flagrante é ônus do acusado. Passa a viger a máxima contida no art. 156 do Código de Processo Penal, segundo a qual "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer." (TRF – 4ª. R. Rel. Juiz Volkmer De Castilho, 29/10/2001) In CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal – Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, págs. 301/302.

Dirisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, págs. 301/302.

16 CARVALHO, Salo. As Presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância 'na legislação brasileira. In Processo Penal: Leituras Constitucionais. org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, págs. 206.

Lumen Juris, 2003, págs. 206.

17 Se houver continuidade deste sistema, talvez futuramente, poderemos observar a argumentação de alguns em estabelecer certa economia processual, através da situação desenhada acima, haverá uma dispensa da ritualização judicial para irmos direto da acusação vernacular à decisão condenatória.

Interessante dissertação de mestrado realizado por Luiz Figueira onde mescla estudo jurídico e antropológico diante de um caso concreto. Neste trabalho, focalizando o inquérito policial como exercício de poder objetivando a constituição e autenticação da verdade, contata-se que a presunção produzida nos inquéritos policiais e principalmente nos autos de prisão em flagrante estrutura toda a verdade para a fase judicial e seu simbolismo através da decisão do julgador. Assim, realizada uma entrevista pelo autor a um promotor de justiça, este afirmou que "o flagrante delito traz uma grande certeza sobre a culpabilidade do acusado, pois ele é apanhado no momento em que está cometendo o crime ou logo após. Os autos do flagrante trazem os elementos necessários para uma boa acusação." Sob o mesmo prisma, em outra entrevista, um magistrado afirmou que "a primeira prova é muito importante [a obtida no inquérito] porque geralmente o indiciado não está preparado para formular uma argumentação que possa inocentá-lo. Ele é apanhado de surpresa, despreparado. Pelas emoções e as conseqüências do fato ele não está psicologicamente preparado para dar outra versão que não seja a real." FIGUEIRA, Luiz. Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras – uma perspectiva antropológica de um processo criminal. Niterói: Universidade Federal Fluminense, Lumen Juris, 2005, pág 32.

A gestão da prova no processo penal, na realidade, já se mostra maculada quanto à lisura processual sobre o livre convencimento do juiz, não apenas pela ruptura da inércia jurisdicional, mas por todo o contexto destruidor da sua imparcialidade. O inquérito policial que deveria servir apenas para a formação da opinio delicti da acusação²¹, até porque, como preleciona Aury Lopes, os atos da investigação preliminar têm uma função endoprocedimental no sentido de que sua eficácia probatória é limitada, interna à fase²², acaba adentrando na fundamentação das decisões (condenatórias). Portanto, a identificação do modelo inquisitório não se restringe apenas à primeira fase da persecução penal, bem como na possibilidade de atuação ex officio do julgador, mas por toda a estrutura voltada à atuação repressiva do Estado, como se o processo penal servisse apenas (quase exclusivamente) como ritualística de aplicação de sanção penal.

O discurso sobre a busca da verdade absoluta no processo penal, além de coligar ao sistema autoritário (princípio da autoridade), autoriza uma aproximação imediata do julgador na produção da prova, o que reserva a maior crítica do estudo em questão. Portanova, diante da adoção deste sistema, ilustra que um dos efeitos da adoção do princípio inquisitivo no sistema probatório é a influência quanto ao tipo de verdade buscada no processo²³ o que se mantém presente em diversas alteração no sistema penal, basta analisarmos as mais atuais.

4- Dispositivos legais - o Código de Processo Penal como modelo caracterizador do sistema processual.

O inconstitucional artigo 156 do Código de Processo Penal - bem como o artigo 209 o qual afirma que o juiz poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes, quando julgar necessário; artigo 234 através do qual autoriza ao juiz a determinação da juntada de prova documental, independentemente de requerimento de qualquer das partes; artigo 404, na possibilidade de ordenar diligências de ofício²⁴; e ainda a autorização de novo interrogatório do réu ou produção de prova testemunhal em fase recursal, como expõe o art. 616, todos do Código de Processo Penal - na ilustração do ônus probatório autoriza o julgador a iniciativa da busca sobre a demonstração histórica dos fatos, formando uma conjugação de

207.
²⁴ Antigo artigo 502, CPP.

²¹ Por isso defendemos a tese de que após o ato de recebimento da denúncia, devidamente fundamentado como determina o artigo 93, IX da CRFB, o inquérito policial ou quaisquer peças de informações deveriam ser retiradas da parte integrante dos autos do processo crime, ressalvadas as provas irrepetíveis.
²² Ibidem, pág. 259.

²³ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil.* 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, pág.

forças acusatórias em detrimento das garantias individuais, estabelecendo verdadeiro processo inquisitório²⁵. Nesta linha de interpretação, aclara mais uma vez Aury Lopes, que dispositivos que atribuam ao juiz poderes instrutórios, como o famigerado art. 156 do CPP, externam a adoção do princípio inquisitivo, que funda um sistema inquisitório, pois representam uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador.²⁶

Diante de apressado arremate, pode-se afirmar que há séria contradição entre o princípio acusatório de natureza constitucional e o princípio inquisitório, permanente nas estruturas infraconstitucionais e principalmente na cultura jurídica brasileira.²⁷

A procura por analogias interdisciplinares ou mesmo seu distanciamento não afasta o paradigma inquisitorial do sistema processual penal brasileiro. Contrariando o entendimento clássico da doutrina pátria²⁸, entendemos não ser possível a adesão de uma teoria geral do processo²⁹. Ora, há dever impostergável na ciência processual que é justamente analisar o

²⁵ Para uma visão histórica dos poderes instrutórios do juiz, torna-se imprescindível a leitura do capítulo 2 da obra de ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios Inquisitórios na Lei 9.304/1998. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 46: RT, 2004, jan-fev, págs174/196.

LOPES Jr. Introdução Crítica..., pág.170. Noutra linha de raciocínio, na qual não podemos concordar, diante da visão civilista do processo, Portanova afirma que "o acolhimento do princípio inquisitivo no processo civil brasileiro não faz correr riscos o princípio do juiz imparcial. A imparcialidade só fica maculada no sistema inquisitorial puro, que admite seja do juiz a iniciativa da ação e do processo. No nosso sistema não há esse perigo. Na busca da verdade, o juiz não está favorecendo diretamente uma ou outra parte. A inércia jurisdicional sim, seria favorecimento. Pela prova há revelação processual da verdade e este, pelo menos em tese, deve ser o interesse das partes e da sociedade." PORTANOVA. Op. cit, pág. 207.

²⁷ Assim, a versão cristalina de Denílson Feitoza quando antecipa que "culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil". PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal- Teoria, Crítica e Práxis.* 3ª. ed. Niterói: Impetus. 2005. pág. 62.

Práxis. 3^a. ed. Niterói: Impetus, 2005, pág. 62.

²⁸ Afirma Tourinho que " o processo, como instrumento compositivo de litígio, é um só. É por meio do processo que o Estado desenvolve sua atividade jurisdicional. Assim, Direito Processual Civil e Direito Processual Penal não passa de faces de um mesmo fenômeno, ramos de um mesmo tronco que cresceu por disparidade.' TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Vol 1. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 21. E continua expondo que " é certo, por outro lado, que o princípio da verdade real, embora vigorando no Processo Penal com mais intensidade, não é exclusivo nem peculiar a este setor do Direito." Vol. I, pag. 25. Assim, também Grinover, Araújo Cintra, Cândido Dinamarco quando afirmam que " como é uma a jurisdição, expressão do poder estatal igualmente uno, uno também é o direito processual." CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido R. Teoria geral do Processo. 14^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 48. Da mesma forma, MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. Vol.I 2^a. ed. Campinas: Millennium, 2000, pág. 11; JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 19/21; DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pág. 58; CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre O Processo Penal. Trad. Francisco José Galvão Brunon. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2004, pág. 71; etc. ²⁹ Nesta linha de raciocínio expõe Julio Maier que "la comparación entre los procesos penal y civil, tal como los estrctura su regulación jurídica y, em especial, la contraposición de sus reglas de principios, permite compreender claramente las ideas básicas que conforman el Derecho procesal penal de nuestra época. Políticamente, los llamados princípios procesales penales, a más de significar uma exposición concentrada de esas ideas básicas, contienen um verdadero catálogo de diferencias entre los procesos comunes penal y civil de conocimiento y, en parte, son formulados para pornelas de relieve." MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal - Fundamentos. 2ª. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004, pág. 177.

conflito existente entre as partes para que individualizemos o que se busca na instrumentalidade processual: para o ramo do processo civil, haverá claro conflito de interesses, da parte autora contra a parte ré, estabelecido através de uma situação favorável ou tendente à satisfação de uma necessidade³⁰ (em regar, não podendo ser exemplo nas questões de direito difuso e outras); já no Direito Processual Penal, não haverá necessidade de identificarmos este conflito de interesses, justamente porque o conflito existente será de poder/dever, único e exclusivo do Estado³¹. Portanto, exerce o Estado seu poder indisponível do *ius puniendi* em contrapartida com exercício (dever) do *ius libertatis*.

São as palavras simples de Ferrajoli que conseguem ilustrar a questão quando afirma que nas jurisdições civil e administrativa, nas quais a tutela dos direitos fundamentais não está no mesmo modo intimamente ligada à verdade processual, o nexo entre a submissão à lei e legitimidade substancial é bem menos estrito e as duas fontes de legitimação podem também conflitar entre si. Na jurisdição penal, ao contrário, a verdade garantida pela estrita legalidade é diretamente um valor de liberdade.³²

Na visão de Goldschmidt, citado por Aury Lopes, a pena se impõe mediante um processo porque é uma manifestação da justiça, e porque o processo é o caminho da mesma; a jurisdição penal é a antítese da jurisdição civil, porque ambas representam os dois ramos da justiça estabelecidos por Aristóteles: justiça distributiva (jurisdição civil) e a corretiva (jurisdição penal).³³

O mesmo raciocínio é identificado pelo processualista luso Fernando Soares, quando critica Carnelutti através da identidade do processo penal, diante da afirmativa de que este trata de um *contraste de opiniões a respeito de um mesmo interesse – e que é o interesse, único e exclusivo, do imputado.*³⁴ Não é outro o entendimento de Goldschmidt quando preleciona que no ramo do processo civil estabeleceu a ação como exigência de proteção jurídica dos interesses buscados, enquanto no penal estabelece-se o próprio direito de punir³⁵ (que assinalamos exercício de poder).

A identificação de uma teoria geral do processo penal estabelece alguns parâmetros importantes que seguirão toda a estrutura processual. Talvez, contrariando a clássica

SOARES, Fernando Luso. O Processo Penal como Jurisdição Voluntária. Coimbra: Almedina, 1981, pág. 58.
 MAIER. Op. cit, pág. 171.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal. trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pág. 438.

34 LOPES JR. (Re)Discutindo..., pág. 117.

³⁴ SOARES. Op. cit, pág. 60.

³⁵GOLDSCHMIDT. James. Princípios Gerais do Processo Penal. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002, pág. 38.

denominação e imprescindibilidade da presença de lide, como conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos litigantes e pela resistência do outro na visão de Carnelutti afeta ao processo civil - até porque a lide se apresenta como ponto crucial deste ramo do direito -, pode-se afirmar que no direito processual penal a sua conceituação denotase inexistente³⁶, irrelevante³⁷, ou acidental, como ensina Afrânio Silva Jardim³⁸. Primeiro. porque a pretensão acusatória, em regra, se mostra impostergável, salvo nas ações penais privadas que em decorrência de verdadeira política criminal, estabeleceu ao ofendido o direito oportuno de ação; segundo, porque a pretensão acusatória sempre será resistida, o que desqualifica, por completo, o conceito de lide. São, portanto, as palavras de Lauria Tucci quando expõe que na área penal, pouco importa que haja qualquer atuação e resistência, ou insatisfação, respectivamente de cada uma das partes integrantes de relação jurídica (nascente, esta, da incidência da norma de conduta do membro da comunidade sobre um fato da vida): basta a ocorrência de infração penal para a inevitável, necessária e obrigatória incoação da persecutio criminis; e, assim também, basta a existência de ato decisório condenatório, transitado formalmente em julgado, para ter lugar, também inafastavelmente, o processo destinado à sua execução.³⁹

A ausência de lide no processo penal – ou de todo irrelevante a sua conceituação – estabelece, na visão interessante do processualista luso Fernando Soares, um processo voluntário, não havendo qualquer aspecto jurisdicional pela *razão muitíssimo simples de ser*

^{36 &}quot;O conceito de lide não pode compreender no próprio seio a jurisdição penal, assim como aquele de "controvérsia", entendida no sentido precisado por Jaeger, não pode incluir aquela espécie de atividade desenvolvida pelos órgãos jurisdicionais no processo civil brasileiro." LEITE, Luciano Marques. O conceito de "Lide" no processo penal – Um tema de teoria geral do processo. Justitia, Vol. 70, São Paulo, 1970, 3º trimestre, pág. 181/195.
37 TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, págs.

[&]quot;TUCCI, Rogério Lauria. Teoria do Direito Processual Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, págs. 32 e segs.. Frederico Marques, no entanto, expõe como ponto crucial do processo penal a presença da lide penal - MARQUES. Elementos..., pág. 6 - o que resultou no acompanhamento de outros não menos ilustres processualistas, sem que houvesse uma filtragem necessária a um aspecto de extrema relevância para a estrutura do direito processual penal.

do direito processual penal.

38 JARDIM. Op. cit, pág. 22. Na visão de Aury Lopes Jr. haverá uma lide latende ou em potencial no processo penal, uma vez que a "base indispensável do processo não é a lide ou conflito de interesses, mas sim o exercício de uma pretensão (logo, se o acusador deixar de exercê-la, o processo perde sua sustentação).(...) O objeto do processo não é a lide, mas sim a pretensão processual (acusatória), através da qual o autor deduz uma parcela da lide em juízo. Em sua finalidade é a satisfação de pretensões e resistências, atendendo ao princípio da necessidade." LOPES JR. (Re)Discutindo..., pág.111/112.

³⁹ TUCCI, Rogério Lauria. Considerações acerca da Inadmissibilidade de uma Teoria Geral do Processo. In Direito Criminal. Coord. José Henrique Periangeli. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, pág. 94. Numa visão conclusiva, afirma que " a jurisdição penal, exsurge no mundo do processo, autonomamente, despregada de todas as outras áreas do Direito Processual, dadas as suas características próprias e a determinação conceptual fincada em princípio, regras e institutos específicos do Direito Processual Penal, com peculiaridades que as marcam com indelével exclusivismo." Idem, pág. 123.

um processo sem lide.⁴⁰ Não havendo como concordar com a referida tese, devemos indicar um certo valor, a partir da identificação própria da teoria geral do processo penal, retirando a vulgarização da lide para os ramos processuais penais. No entanto, a administrativização desta parte do direito, como estabelece o professor português⁴¹, é facilmente afastada a partir da presença imprescindível da pretensão acusatória como categoria essencial do processo penal⁴², bem como a função típica do juiz para aplicação de uma pena – nulla poena, nulla culpa sine iudicio - constituída através do princípio da necessidade do processo penal estabelecendo o caráter instrumental do processo penal como relação ao Direito Penal e à pena, pois o processo é o caminho necessário para a pena.⁴³

Como já expunha Barbosa Moreira⁴⁴, a relação interdisciplinar entre o direito processual civil e o penal apenas realça uma adequação instrumental entre os respectivos aspectos materiais, não havendo outra referência necessária à sua aproximação. Conquanto, o mesmo autor critica veementemente o predomínio histórico do princípio dispositivo referente ao processo civil e o inquisitivo com relação ao processo penal⁴⁵. Na realidade, esta censura atual tem razão de ser, mas nos indica uma interessante tendência já aludida.

Por via de consequência, na nossa visão, em âmbito penal torna-se discipiendo a presença, e consequentemente a divergência entre o princípio dispositivo e o inquisitivo. Na verdade, aquele estará corrente apenas ao ramo do processo civil não havendo qualquer adequação ao processo penal⁴⁶, em face de total indisponibilidade presente nesta seara processual.

Por conseguinte, a falta de atenção, adverte Tucci, para que a noção de dispositividade de que conota o processo extrapenal – tanto que, secularmente, correntes, nesse particular, os regramentos consubstanciados nos motes nulla iurisdictio sine actione e ne procedat iudex ex officio – não tem como ser trasladada para o processo penal, marcado

⁴⁰ SOARES. Op. cit, pág. 48. Nesta linha de raciocínio expõe Frederico Marques que "quando vigora o procedimento inquisitivo, em que o juiz se colocava em posição absorvedora, substituindo a acusação e defesa (com que fazia desaparecer a sua função jurisdicional), possível seria admitir-se a existência de um processo voluntário nas atividades judiciárias do magistrado penal." MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. São Paulo: Saraiva, 1959, pág. 251.

SOARES. Op. cit, pág. 48
 JARDIM. Op. cit, pág. 24.

⁴³ LOPES Jr. Introdução Crítica..., pág. 4.

⁴⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Processo Civil e Processo Penal: Mão e Contramão? In Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. Vol. IV, no. 8, jul/dez, 1998, págs. 199/211.

⁴⁶ Neste sentido MAIER. Op. cit, pág. 177/178; PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional des Leis Processuais Penais. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005, pág. 114.

pela perene indisponibilidade dos interesses em conflito e pela sua consequente indispositividade.47

Nesta linha interpretativa, traçar diferença entre dispositividade e inquisitividade no processo penal dá ao intérprete, principalmente, oportunidade de ampliação dos poderes instrutórios do juiz, na medida em que estaria este refém de uma indicação da disponibilidade sobre o direito material e sobre o processo, o que levaria a adoção de uma ruptura completa da sua inércia resultando numa atuação enérgica e de ofício para a aplicação do direito material através do instrumento processual.

Essa discussão reserva perigosos argumentos⁴⁸ indicando a possibilidade instrutória do juiz no processo penal⁴⁹, uma vez que o afastamento do princípio dispositivo indicaria apenas outro princípio: o inquisitivo, justamente porque aquele confere um obstáculo à busca da verdade real, conforme preleciona Portanova.⁵⁰

A contradição destes princípios é claramente identificada por Portanova, corroborando na crítica sobre sua observância no direito processual penal, pela incompatibilidade com todo o sistema. Portanto, estará consagrado o princípio dispositivo quanto à iniciativa e à desistência da ação, tendo o cidadão amplo acesso à prestação jurisdicional. 51 Após intentar a ação, contudo, a parte tem diminuída sua liberdade (princípio do debate). Por isso, no desenvolvimento do processo e da prova, o juiz age independentemente da vontade das partes. Nesse passo, está consagrado o princípio da inquisitoriedade quanto ao desenvolvimento do processo e produção da prova.⁵²

A associação do princípio dispositivo - compreendido no poder de decisão sobre a instauração do processo⁵³ - com o modelo acusatório, traduz na importação de uma cultura jurídica próxima do adversary system típica do processo anglo-americano, através do qual as

⁴⁷ TUCCI. Considerações acerca da Inadmissibilidade..., pág. 99.

Portanto, o " equilíbrio, que transparece como meio de convivência entre o princípio dispositivo e o inquisitivo, tem raízes mais profundas e o significado teleológico de busca da harmonia entre exigências vindas de diferentes pólos de atração de todas as atividades jurisdicionais." DINAMARCO. Op. cit, pág. 250.

Assim, torna-se clássica a posição do intérprete no afirmar que "devem ser utilizados os dispositivos de cunho inquisitivo de nosso código (referindo-se aqui ao CPP), quando for preciso melhor esclarecer a verdade, a fim de que, com maior tranquilidade em seu espírito, o magistrado venha a proferir decisão relativa ao litígio estabelecido e a ele levado para apreciação." ARONE, Ricardo. O Princípio do Livre Convencimento do Juiz. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, pág. 31 ⁵⁰ PORTANOVA. Op. cit, pág. 124.

⁵¹ Idem, pág. 205.

⁵² Ibdem, pág. 205.

⁵³ PRADO. Sistema Acusatório, pág. 115. Na mesma linha expõe Badaró que o princípio dispositivo pode ser entendido como " o senhorio ilimitado das partes, tanto sobre o direito substancial debatido no processo, como sobre todos os aspectos vinculados com o início, a marcha e o término do processo." BADARÓ. Op. cit, pág. 66.

partes têm ampla iniciativa⁵⁴, inclusive oportunidade e conveniência para ingressar com uma pretensão acusatória, bem como na marcha exclusiva da produção das provas⁵⁵; somado ao fato de que o juiz exerce um papel de relativa passividade, agindo como mero organizador dos litígios expostos pelas partes. A atuação técnica acusatória e defensiva realça o papel principal neste modelo processual, o que impõe ao juiz uma função de extrema neutralidade e mera técnica de solução de conflito. Essa passividade não se enquadra em nosso modelo processual pelo simples impedimento de oportunidade e conveniência da pretensão penal⁵⁶, refutando inclusive a possibilidade de deixar de formular a pretensão acusatória, o que gira corriqueiro no *adverary system* através dos mecanismos de *bargaining*, bem como pela eventual possibilidade de reconhecimento do pedido; torna-se discipienda a resistência defensiva, o que contraria todos os anseios basilares do direito processual penal.

Por isso, ousamos discordar da diferenciação dos princípios dispositivo e inquisitivo relativos ao nosso sistema processual penal⁵⁷. A vedação de o juiz dar início ao processo denota-se como resumo simplista do princípio dispositivo com referência ao direito processual civil; esta mesma vedação, em âmbito processual penal, decorre do princípio acusatório, se contrapondo ferreamente ao inquisitório e não ao dispositivo. A diferenciação, portanto, deveria estar vinculada ao princípio acusatório, que na visão do Professor Geraldo Prado está na fusão entre a acusação e a ação penal, justamente por não admitir a existência de processo condenatório sem a iniciativa da parte autora (nemo iudex sine actore) e, em vista dele, somente se a ação penal for proposta e desenvolvida ao longo do processo, haverá, após a contraposição da atividade de defesa, autorização jurídica para a prolação de decreto condenatório⁵⁸ e inquisitivo, com todas as suas conseqüências.

⁵⁴ MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. A Prova. trad. Teresa Celina de Arruda Alvim. In Revista de Processo, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1979, pág. 157.

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 347, jul-set/1999, pág, pág. 4. Os ordenamento jurídicos que adotam este modelo forma, nas palavras comparativas de Marcos Zilli quatro traços comuns: "a)controle das partes sobre a marcha do processo penal; b)presença de um julgador imparcial e passivo; c) permanente sustentação de uma disputa bilateral; e d) igualdade de oportunidade e limitações." ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios Inquisitórios na Lei 9.304/1998. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 46: RT, 2004, jan-fev, pág. 44.

pág. 44.

56 Bastando lembrar que vigora no nosso ordenamento jurídico, como regra, os princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e indivisibilidade perante as ações penais públicas.

⁵⁷ Em outra vertente, pode-se observar o ensinamento de Badaró, onde advoga a possibilidade da presença no processo penal do "princípio dispositivo atenuado sendo vedado às partes dispor sobre o objeto do processo." BADARÓ. Op. cit, págs. 93. E continua afirmando que " o princípio dispositivo, assume no processo penal atual, uma função apenas expansiva dos poderes das partes, mas não uma função preclusiva do acertamento dos fatos: as partes dispõem das provas somente em positivo, isto é no sentido de que têm o direito à admissão das provas requeridas, mas não dispõem em negativo, no sentido de que sua inércia possa precluir a admissão pelo juiz das provas necessárias ao acertamento dos fatos." Idem, págs. 114.

Em mais uma oportunidade o princípio dispositivo aparece para indicar que as provas devem ser postuladas e produzidas exclusivamente pelas partes, vinculando o julgador a estas questões fáticas. Por outras palavras, o juiz ficará adstrito aos fatos alegados pela parte autora na sua pretensão, não podendo inclusive, estabelecer contraprova mesmo na ausência indicativa da resistência defensiva. Esta vertente do modelo dispositivo indica apenas uma privatização do sistema jurídico, seja em âmbito substancial através da ampla disponibilidade sobre as questões materiais, seja através da extrema disponibilidade do aspecto processual, englobando o princípio da demanda nesta seara processual⁵⁹.

De início, podemos contrapor a referida situação pela simples indicação da natureza do direito processual penal como ramo de direito público do ordenamento jurídico, afastando uma valorização dos interesses dos particulares em virtude das funções sociais da acusação, da defesa e do julgador.

A discussão sobre a impossibilidade instrutória exercida pelo juiz, extrapolando as postulações probatórias das partes, não se resume no afastamento do princípio dispositivo no sistema processual penal. Refere-se, portanto, à necessidade de estabelecermos um modelo processual que amenize a intervenção subjetiva do julgador, para uma busca próxima da imparcialidade humana, uma vez que este não será um robô-sentença⁶⁰, ou mesmo um julgador divino, como intervém Pacheco expondo que o ser humano parece possuir um sentido de transcendência, e a grande promessa implícita do sistema inquisitorial é a transcendência máxima, que permitiria ao juiz ir além de sua condição humana, atingir a condição divina e realiza a Justiça Divina. 61 62.

Realça-se que a preocupação com indicações do princípio dispositivo no direito processual penal não está na sua aplicação, até porque foge à nossa cultura jurídica; mas justamente seu afastamento, na medida em que se pode elevar, em contrapartida, a aplicação cultural-normativa do paradigma inquisitório.

⁵⁹ O que não ocorre no direito processual penal , já que o poder de movimentar a prestação jurisdicional não estará prorrogada às partes, com exceção, por política criminal, da ações penais privadas. Tal fato não ocorre tão somente na época moderna, mas sim constitui verdadeira vertente histórica, registrando um sistema chamado de cognitio, contraposto ao modelo civilista. Neste sentido ver PORTANOVA. Op. cit, pág. 114.

Reconhecemos que a imparcialidade plena refere-se a um mito fundante do Poder Judiciário como expôs Figueira no seu trabalho antropológico. FIGUEIRA. Op. cit, pág. 28. Seu alcance estrutura uma crença no mesmo valor ilusória sobre a busca da verdade real. Porém a tentativa de identificá-la no processo penal realça apenas o sistema que deve ser adotado.

PACHECO. Op. cit, pág. 63.

⁶² Outro no entanto é o entendimento do professor Badaró quando afirma que "nem se objete que o juiz dotado de poderes para a produção da prova perde a sua imparcialidade. Os poderes instrutórios do juiz não são incompatíveis com a imparcialidade do julgador. (...) Um juiz ativo não é parcial mas apenas um juiz atento aos fins sociais do processo, e que busca exercer sua função de forma a dar ao jurisdicionado a melhor prestação jurisdicional possível." BADARÓ. Op. cit, págs. 84/85.

5 - (In)coerência normativa do artigo 156 do Código de Processo Penal, agravada pela Lei 11.690/08.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro estabelece o sistema processual que deveríamos e devemos seguir, identificando, como expõe Goldschmidt, o modelo de atuação do Estado frente aos indivíduos. Assim dispõe que o juiz deixará de ser um espectador inerte da produção de provas. Sua intervenção na atividade processual é permitida, não somente para dirimir a marcha da ação penal e julgar a final, mas também para ordenar, de ofício, as provas que lhe parecerem úteis ao esclarecimento da verdade. A crítica da atuação inquisitória do julgador não se restringe à primeira fase da persecução penal. Há necessidade de observarmos principalmente a estrutura judicial e conseqüentes interpretações, que identificam o real sistema conferido ao ordenamento processual penal.

Thuns esclarece que o processo penal é nutrido por um discurso sobre a verdade que fundamenta a outorga legal de poderes ao magistrado para a busca desta verdade. Este discurso sobre a verdade e os poderes conferidos ao juiz é o divisor de águas entre os sistemas processuais.63

A expressão do artigo 156 e seus incisos do Diploma Processual Penal⁶⁴ identifica o ápice da linha crítica do presente estudo, quando, além de estabelecer o ônus da prova no instrumento penal⁶⁵, constitui ainda a possibilidade de o juiz exercer, de ofício, a produção probatória, o que indica a permanência extravasada do discurso e modelo sobre a busca da verdade real, sendo típico de sistemas autoritários⁶⁶.

7

⁶³ THUNS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, pág.159.

64 Ainda os artigos 209; 234 e 616, todos do CPP. Portanova, estudando a estrutura do CPC afirma que "são

tantas as evidências do princípio inquisitivo nas disposições sobre a prova no nosso CPC que talvez não se necessite dotar legislativamente o juiz de outros poderes para lograr um sistema probatório inquisitorial mais apurado." PORTANOVA. Op. cit, pág. 207. Indiscutivelmente o autor encontraria este sistema marcadamente apurado no Diploma Processual Penal, que não vislumbra apenas em seu corpo exemplos inquisitoriais, mas sim em toda a estrutura, desde a mensagem, a linguagem, a disposição e a intenção legislativa.

65 Goldschmidt afasta a discussão sobre a verdade real e formal, para enfatizar o ônus da prova no processo. Para

tanto, diferencia quanto ao ônus formal e material. "Entende-se por ônus formal da prova a necessidade da contribuição de provas, impostas às partes em um procedimento dominado pelo princípio dispositivo, ou seja, de requerimento da parte. Entende-se por ônus material da prova o interesse que tem uma ou outra parte em que um fato determinado seja comprovado, porque a não-comprovação do fato redundaria em seu prejuízo. Apenas esse interesse preenche o vazio do ônus formal da prova, determinando-lhe o conteúdo e os sujeitos. Pode-se dizer que o ônus formal da prova regula a relação das partes e o juiz, dispensando-o de se informar de ofício e de praticar diligências necessárias a fim de averiguar a verdade, enquanto o ônus material da prova regula a relação mútua das partes, designando a parte à qual incumbe a prova de um fato determinado." GOLDSCHMIDT. Princípios Gerais do Processo Penal, págs.57/58. 66 THUNS. Op. cit, pág.170.

A noção de processo sugere a necessidade de historicizar o fato, uma vez que demanda um conhecimento sobre o fato principal objeto do processo penal: o delito. Na realidade todo conhecimento mostra-se histórico, devendo ser organizado pela evolução procedimental através de atos condizentes com o modelo cognoscente e com o objeto cognoscível. A verdade, por sua vez, também reserva força histórica e assim, recognoscível⁶⁷, tendo como instrumento deste modelo de conhecimento a prova produzida no processo, servindo como função jurídica e política na formação do devido processo legal⁶⁸. Por outro lado, aduz Jacinto, instruir, então, pelo conhecimento do fato, tem um preço a ser pago pela democracia (não avançar nos direitos e garantias individuais), mas que há de ser pago a qualquer custo, sob pena de continuarmos, em alguns pontos, sob a égide da barbárie, em verdadeiro estado de natureza.⁶⁹

Giza o jurista que há de se buscar um pouso tranqüilo nas decisões judiciais através do objeto a ser investigado. Porém, além do conhecimento ser histórico, deve também mostrar-se dialético⁷⁰, o que deveria afastar qualquer visão autoritária da aplicação das normas jurídicas em detrimento de uma visão de ilustração e paradigma democrático⁷¹.

A instrução probatória nas mãos do julgador, sem a dialeticidade processual, assola totalmente o aspecto autoritário que transporta à marca indelével do nosso Diploma Processual Penal, até porque instituído perante o Estado Novo, com idéias fascistas e ditatoriais, o que não se coaduna com a atual tentativa de aplicação de normas democráticas no processo penal.

⁶⁷ COUTINHO, Jacinto de Miranda. Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco Carnelutti para os Operadores do Direito. In Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos (2001/2002). Rio de Janeiro, 2002, pág. 177.

⁶⁸ Idem, pág.177.

⁶⁹ Ibidem, pág. 177.

⁷⁰ COUTINHO. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal.pág. 10.

O juiz não deixa de ser um historiador negativo, que observa todos os fatos ocorridos para formar seu convencimento. Contudo, diferente do historiador que deve investigar, a qualquer custo, o fato objetivo do estudo, imbuído de critérios de importância social, cultural, econômica e ilustrativa, o juiz está adstrito ao objeto de postulações alheias, não havendo interesse precípuo na obtenção dos elementos fáticos, mas sim na solução daquilo que lhe é trazido no processo. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 45. O mesmo raciocínio deve-se referência a Ferraoli, uma vez que " o que o juiz experimenta não são os fatos delituosos objeto do juízo, mas suas provas. De modo não diverso do historiador, não pode, pois, examinar, o fato que tem a tarefa de julgar e que escapa, em todo o caso, à observância direta, mas somente suas provas, que são experiências de fatos presentes, mesmo se interpretáveis como sinais de fatos passados." FERRAJOLI. Direito e Razão, pág. 44. Se o juiz se colocasse na função do historiador, deixaria de existir a necessidade da presença das partes no processo, uma vez que estaria aquele na função de buscar o objeto a ser conhecido, conhecer e decidir sobre o objeto. Não haveria qualquer limite à sua função, levando a um flagrante abuso no poder de decidir outras questões que inclui interesses de toda uma sociedade. Seria um investigador para resolver suas pessoais intenções, decidindo apenas na sua íntima formação cultural.

Neste modelo (que ainda adotamos), na afirmativa de Jacinto, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. Aqui, o acusado é mero objeto de investigação e tido como o detentor da verdade de um crime, da qual deverá dar contas ao inquisidor.⁷²

Como antecipada conclusão, podemos afirmar que o texto do artigo 156 do Código de Processo Penal, na medida em que autoriza o juiz de ofício, ordenar provas antecipadas, ainda que não iniciada a ação penal, ou determinar a produção de provas durante a instrução criminal (iniciativa judicial), ainda que supletivamente⁷³, expõe a permanência do paradigma inquisitorial afastado do modelo acusatório que retrata o anseio da época atual, tornando ilusória a aplicação de um Processo Penal Constitucional (e naturalmente Democrático), que almejaria um aprimoramento dialético. O discurso sobre a busca da verdade real extrapola o argumento de que a acusação pública e o Poder Judiciário possuem o mesmo interesse na incessante demonstração da certeza fática⁷⁴.

Da mesma forma, não seduz a interpretação na qual afirma a possibilidade instrutória do juiz indicando tão somente o exercício de garantia fundamental do contraditório, estabelecendo na verdade a igualdade processual das partes. Também na formação desta linha de raciocínio, ilustrativas são as palavra de Geraldo Prado quando afirma ser o contraditório uma medida de duelo, como categoria processual que reúne a ciência do ato praticado pela parte contrária à possibilidade de uma atitude em sentido contrário ou objetivando contrariar o prefalado ato. Difícil será, a nosso juízo, estabelecer-se um duelo entre o acusado e o juiz, pois este último detém o poder de decidir a causa, elegendo, como assinalou Carnelutti, a alternativa de solução que lhe pareça mais viável. To

Como já foi ressaltado, a necessidade de impor a presença da garantia fundamental do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, apenas recomenda o exercício da função

⁷² COUTINHO. Introdução aos Princípios, pág. 4.

⁷³ No entendimento de CASARA, Rubens R. R.. Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pág. 151.

⁷⁴ Esta é a expressão da doutrina: "Deve, assim, o juiz procurar a verdade, reconstituindo os fatos, de forma a obter a certeza." ARONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996, pág. 30.

⁷⁵ Afirmando, neste contexto a professora Ada Grinover a "visão do Estado social não admite a posição passiva e conformista do juiz, pautada por princípios essencialmente individualistas. O processo não é um jogo, em que pode vencer o mais poderoso ou o mais astucioso, mas um instrumento de justiça, pelo qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito. a pacificação social almejada pela jurisdição sofre sério risco quando o juiz permanece inerte, aguardando passivamente a iniciativa instrutória da parte." GRINOVER. A Iniciativa Instrutória... páes 5/6

Instrutória..., págs. 5/6.

76 PRADO. Sistema Acusatório, pág. 138.

improrrogável do juiz⁷⁷ para se acoplar a um Estado Constitucional de Direito. A ausência do controle exercido pelo juiz às garantias fundamentais não retrataria apenas um sistema dito inquisitivo, mas um modelo kafcaniano que esbanjaria inveja ao arquétipo nazista. Por isso, ousando discordar da orientação supra, identificamos uma característica do modelo inquisitório puro quando se autoriza o impulso instrutório do juiz, na medida em que a função de julgar não pode se confundir, em hipótese alguma, com a de acusar e esta está estritamente vinculada à possibilidade de produção probatória, para chegar-se a um conteúdo perfeito de formação da segurança social.

Não se trata de impor a presença do denominado adversarial system, próprio do sistema anglo-saxão⁷⁸, mas sim na identificação do prejuízo das próprias partes (e aqui ouso afirmar, principalmente do réu) quando há um ataque à imparcialidade do juiz, visto que, a partir da sua ingerência na indicação instrutória, mesmo que haja futuro contraditório exercido pelas partes⁷⁹, o juiz já antecipa o seu julgamento, justamente porque procura aquilo que pretende julgar. Já há uma formação deduzida dos fatos ocorridos, e basta uma demonstração fática para dar conteúdo à sua decisão, como impõe o artigo 93, IX da Constituição da República.

Calamandrei identifica com precisão esta situação, reduzindo a sentença a um esquema de silogismo, na medida em que a conclusão ocorrerá pela lógica do caso concreto. Giza, portanto, o autor que às vezes acontece que o juiz, ao formar sua sentença, inverta a ordem normal do silogismo; isto é, encontre antes a conclusão e, depois, as premissas que servem para justificá-las. (...) As premissas, não obstante seu nome, frequentemente são elaboradas depois – em matéria judiciária, o teto pode ser construído antes das paredes. 80

Ora, não podemos esquecer que o juiz é um ser humano, voltado para todas as sensibilidades características do ser pensante, o que impulsiona a natural busca daquilo que se tem como solução no caso concreto. Dificilmente buscará um material probatório absolutório, até porque ínsita está na ação penal a pretensão condenatória. Portanto,

⁷⁷ FRONDIZI, Román Julio e DAUDET, Maria Gabriela S. Garantílas y eficiência em la prueba penal. La Plata: Lebrerie Editora Platense, 2000, pág. 13.

Até porque, além de não fazer parte da nossa realidade jurídica, haverá neste sistema vários problemas que apresentação sua ineficácia de solução dos conflitos sociais. Michelle e Tarufo critica este modelo de atuação estritamente liberal, quando conclui que "o sistema da common law e', em verdade, um método de combate entre as partes, muito mais que um método direcionado à pesquisa da verdade sobre os fatos do litígio." MICHELI.

Op. cit, pág. 167.

79 Entende de outra forma Grinover quando afirma que "a melhor maneira de preservar a imparcialiadade do juiz não é alijá-lo da iniciativa instrutória, mas sim submeter todas as provas - as produzidas pelas partes e as determinadas ex officio pelo juiz - ao contraditório." GRINOVER. A Iniciativa Instrutória..., pág. 617.

80 CALAMANDREI, Piero. Eles, Os juízes, visto por um Advogado. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins

Fontes, 2000, págs. 176/177.

preleciona Jacinto que desde logo, no entanto, é preciso que fique claro que não há imparcialidade, neutralidade e, de conseqüência, perfeição na figura do juiz, que é um homem normal e, como todos os outros, sujeito à história de sua sociedade e à sua própria história. Mas se isto é tão evidente, pela própria condição humana, parece lógico que a desconexão entre o dever ser e o ser só é passível e aceita em função de fatores externos (manutenção do status quo) e internos (manutenção, ainda que vã, do equilíbrio), em uma retroalimentação do sistema processual penal em vigor. (...) Assim, produto e produtor do sistema processual penal, o juiz convive nas suas entranhas e precisa conhecê-lo o suficiente para eficazmente operar.⁸¹

Não se busca apenas dúvida gerada pelas partes, até porque essa ambigüidade deveria beneficiar o acusado, face o seu estado de inocência, mas uma dúvida estabelecida pela função acusatória. Na realidade, o poder instrutório do juiz não estabelece a igualdade das partes através do contraditório; pelo contrário, afasta a igualdade entre acusação e defesa, sempre beneficiando aquela. Se há intenção probatória, a nosso ver, presente restará uma indicação acusatória pelo juiz, caracterizando-o como inquisidor processual. Haverá, tão-somente, uma busca da formação do conteúdo retórico de sua decisão condenatória, uma vez que a decisão, subjetivamente observada, já se estruturou no intelecto do julgador, partindo de um ponto de vista próprio e determinado⁸².

Na realidade, a intervenção probatória do julgador, autorizada, principalmente, com a alteração do artigo 156, CPP, realça a fragilidade do princípio acusatório do nosso ordenamento jurídico na medida em que afasta sua neutralidade e consequentemente sua imparcialidade, a partir do seu envolvimento psicológico – como afirmara Carnelutti na contradição entre juízo e raciocínio: primeiro se julga e, depois, raciocina-se, e as razões fundadas nas provas são, propriamente, o meio para testar o juízo⁸³ - com uma das versões do jogo⁸⁴, mostrando presente a idéia do positivismo, no imaginário coletivo (inclusive jurídico) da busca desenfreada pela pretensão condenatória focalizada na decisão judicial⁸⁵.

Diante de uma vertente conclusiva, outra não é a solução senão o reconhecimento da (in)coerência normativa do artigo 156 do Diploma Processual Penal, ampliada com a alteração dada pela Lei 11.690/08.

⁸¹ COUTINHO. O papel do novo juiz..., p.15/16.

⁸² MAIER. Op. cit, pág. 740.

 ⁸³ COUTINHO. Glosas..., pág. 184
 ⁸⁴ PRADO. Sistema Acusatório, pág. 108.

⁸⁵ Assim, expõe Carnelutti: "ainda que os homens não possam julgar, devem condenar." In COUTINHO. Glosas..., pág. 185.

A coerência exposta é encontrada pela proximidade do sistema inquisitório. Nesta linha, a alteração legislativa somente deu maior conteúdo ao modelo caracterizador do sistema processual. A cada atuação legislativa, a indicação da intenção é reservada a um processo penal com anseio de defesa social. Mais uma vez confunde-se a função imparcial de julgar com a sua necessidade de atuação como um personagem ligado à segurança pública. Se a polícia não conseguiu imaginar as diligências a serem realizadas, e o Ministério Público, com sua função constitucional de receptor natural das informações adquiridas na investigação se manteve inerte, caberá ao juiz, que ao final julgará a causa penal, ordenar diligências, antes do início da ação, ou produzir provas sobre pontos relevantes. Assim, a repetição mostra-se necessária: a coerência da alteração legislativa é de afastarmos o processo penal como garantia constitucional e vê-lo como mais um instrumento de segurança pública, chamando ao julgador a responsabilidade de atuar como órgão de persecução criminal.

Já a incoerência se dá pela simples ruptura com nosso modelo constitucional a partir da indicação democrática da neutralidade e imparcialidade jurisdicional para a formatação da segurança jurídica do indivíduo frente à intervenção repressiva do Estado. O processo penal, a cada alteração do legislador, infelizmente, muito mais se afasta dos anseios construídos em 1988 com nossa Constituição. A cada mudança setorial – até porque não está acompanhada da própria estrutura processual - indica que a Constituição da República mais se aproxima de um grande pedaço de papel que pouca aplicabilidade prática possui.

Não é crível, ou talvez seja incongruente mesmo, que haja tamanho desrespeito à função constitucional da polícia e do Ministério Público, quando, por linha indireta, indica que o julgador precisará exercer uma função, que sua não é, para chegarmos ao conhecimento do fato delitivo a ser provado. Mais uma vez o discurso sobre uma busca da verdade (utopicamente absoluta) fomente alteração legislativa que indica uma ruptura com todos os princípios de uma jurisdição penal justa, sua independência e inércia, para ao final a garantia da sua imparcialidade.

6- Nota conclusiva:

Não obstante toda a estrutura normativa do modelo em nível constitucional, objetivando a criação de parâmetros de racionalidade, de justiça e legitimidade, na prática jurídica, observamos justamente uma contradição, ao ponto de leis e decisões estabelecerem um supervalor às questões práticas, de utilidade processual em detrimento de interesses garantistas.

Na verdade, nosso processo se observado conforme os preceitos constitucionais, merece aplausos diante do elevado nível, caso consideremos os princípios e garantias a ele reservado, mas, por outro lado, possui nível rasteiro, quando observada a prática efetiva, principalmente quando o conteúdo normativo autoriza um afastamento entre o que deveria ser (processo penal democrático) e o que é (processo penal autoritário), com várias confusões nas funções diante desta situação processual⁸⁶.

O discurso sobre a verdade buscada nas investigações "judiciais", portanto, apenas realça o que já afirmamos: a permanência de um protótipo inquisitorial, que não obstante flagrar sua inconstitucionalidade, permanece em tranquila vigência normativa, sendo apenas alvo de críticas doutrinárias⁸⁷.

Assim, não há mais espaços para autorizarmos a intervenção legislativa destituída de qualquer valor constitucional (como ocorreu com a Lei 11.690/08, apenas para exemplificarmos no nosso pequeno estudo).

O que conclamamos é que nosso direito processual penal não mais se confunda com um instrumento auxiliar do poder público para exercício de segurança pública, senão estaríamos revivendo épocas ditatoriais. Na verdade, precisamos estabelecer uma cultura democrática através de um processo com víeis estritamente constitucional, para chegarmos a sua natureza de garantia fundamental e, neste enfoque, não se torna crível a possibilidade do julgador investigar ou até, como já se criticava, produzir provas de ofício.

A nossa conclusão, não poderia ser outra, senão o reconhecimento da inconstitucionalidade agravada pelo atual texto do artigo 156 do Código de Processo.

Bibliografia:

- AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi Hassan. A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina. São Paulo: Método, 2001.
- ARONE, Ricardo. *O Princípio do Livre Convencimento do Juiz.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

⁸⁶ Juiz como verdadeiro investigador, como "parte processual" em que produz prova de ofício durante a instrução probatória e julgador. Se a última função fosse a única, teríamos um processo penal sintonizado com nosso anseio constitucional

nosso anseio constitucional

87 Neste sentido LOPES JR. Sistemas de Investigação..., pág. 156/157; MALAN. Op. cit, pág. 67; GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, págs.179/197. ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. Resquícios Inquisitórios na Lei 9.304/1998. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 46: RT, 2004, jan-fev, págs174/196.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. trad. Fernando Tomaz. 7ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004. CALAMANDREI, Piero. Eles, Os juízes, visto por um Advogado. trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000. CARNELUTTI, Francesco. Lições sobre O Processo Penal. Trad. Francisco José Galvão Brunon. Vol. I. Campinas: Bookseller, 2004. . As Misérias do Processo Penal. 5ª ed. trad. José Antônio Cardinalli. Campinas: Bookseller, 2001. _A Prova Civil. trad. Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2002. CARVALHO, Amilton Bueno de. O Juiz e a Jurisprudência: Um Desabafo Crítico. In Garantias Constitucionais e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2002, págs. 1/12. CARVALHO, Salo ______. As Presunções no Direito Processual Penal (estudo preliminar do 'estado de flagrância'na legislação brasileira. In Processo Penal: Leituras Constitucionais. org. Gilson Bonato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, págs. 201/208. CASARA, Rubens R. R.. Interpretação Retrospectiva: Sociedade Brasileira e Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. - CHOUKR, Fauzi Hassan. Código de Processo Penal - Comentários Consolidados e Crítica Jurisprudencial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

-	CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO,
	Cândido R. Teoria geral do Processo. 14ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
-	COUTINHO, Jacinto de Miranda. Glosas ao "Verdade, Dúvida e Certeza" de Francesco
	Carnelutti para os Operadores do Direito. In Anuário Ibero-Americano de Direitos
	Humanos (2001/2002). Rio de Janeiro, 2002, págs. 173/198.
-	O papel do novo juiz no processo penal. in Crítica à
	Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, págs. 3/56.
-	Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual
	Penal Brasileiro. <www.direitosfundamenais.com.br>.</www.direitosfundamenais.com.br>
-	O Devido Processo Legal (Penal) e o Poder Judiciário.
	. In Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal. NUNES, Antônio José Avelãs e
	COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (<i>Orgs</i>).Rio de Janeiro: Renovar, 2004, págs. 291/300.
-	As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o
	princípio inquisitivo. Boletim IBCCRIM, no. 188, julho, 2008
-	DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
_	FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão - Teoria do Garantismo Penal. trad. Ana Paula
	Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista
	dos Tribunais, 2002.
_	FIGUEIRA, Luiz. Produção da verdade nas práticas judiciárias criminais brasileiras –
	uma perspectiva antropológica de um processo criminal. Niterói: Universidade Federal
	Fluminense, Lumen Juris, 2005.
· : -	FRONDIZI, Román Julio e DAUDET, Maria Gabriela S. Garantílas y eficiência em la

prueba penal. La Plata: Lebrerie Editora Platense, 2000.

*

- GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. -- GOLDSCHMIDT, James __ _Princípios Gerais do Processo Penal. trad. Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002. - GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. GRINOVER, Ada Pellegrini. A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal Acusatório. Rio de Janeiro: Revista Forense, vol. 347, jul-set/1999, pág. 3/10. - JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. - LEITE, Luciano Marques. O conceito de "Lide" no processo penal - Um tema de teoria geral do processo. Justitia, Vol. 70, São Paulo, 1970, 3º trimestre, pág. 181/195. LOPES Jr. Aury, Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da Instrumentalidade Garantista). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. (Re)Discutindo o Objeto do Processo Penal com Jaime Guasp e James Goldschmidt. Revista de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 10, no. 39, 2002, jul-set, pág.111/112. MAIER, Julio B. J.. Derecho Procesal Penal - Fundamentos. 2ª. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2004.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol.I 2ª. ed. Campinas: Millennium, 2000.
- MICHELI, Gian Antonio e TARUFFO, Michele. A Prova. trad. Teresa Celina de Arruda Alvim. In Revista de Processo, nº 16, São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez, 1979, págs 155/168.

- Processo Civil e Processo Penal: Mão e Contramão?

 In Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro. Vol. IV, no. 8, jul/dez, 1998, págs. 199/211.
- GIACOMOLLI, Nereu José. Reformas (?) do Processo Penal Considerações Críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito Processual Penal- Teoria, Crítica e Práxis*. 3ª. ed. Niterói: Impetus, 2005.
- PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 6ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.
- SAMPAIO, Denis. A argumentação jurídica como garantia constitucional no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 68. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- THUNS, Gilberto. O Mito sobre a Verdade e os Sistemas Processuais. In Leituras Constitucionais do Sistema Penal Contemporâneo. org. Salo de Carvalho. Rio de Janeiro, 2004, págs.153/176.
- TORNAGHI, Hélio Bastos. Curso de Processo penal. São Paulo: Saraiva, 1980.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol 1. 24ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Teoria do Direito Processual Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

-	Considerações acerca da Inadmissibilidade de uma Teoria Geral
	do Processo. In Direito Criminal. Coord. José Henrique Periangeli. Belo Horizonte: Del
	Rey, 2001

- ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A Iniciativa Instrutória do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CLÁUSULA DE FIDELIZAÇÃO - UM MAL DESNECESSÁRIO

Fábio Schwartz¹

Resumo: Este trabalho objetivou analisar a legalidade do comportamento das operadoras de telefonia celular, as quais, de forma sistemática, vêm impingindo cláusulas de fidelização aos consumidores.

Apresentaram-se diversos argumentos contrários a tal prática, os quais são suficientes, inclusive, para afastar a aplicação da resolução 477 de 2007 da ANATEL que autorizou a fixação de limite mínimo de permanência do consumidor.

Palavras-chave: Cláusula de fidelização - Resolução 477 de 2007 da ANATEL - Venda casada - Onerosidade Excessiva - Princípio da Livre Escolha - Prática anticoncorrencial.

Abstract: This study aimed to examine the legality of the behavior of the mobile operator, that in a systematic way, impose to consumers terms of loyalty. Several arguments are against such practice, that are sufficient even for dismissing the implementation of resolution 477 of 2007 of ANATEL authorizing the establishment of minimum limit of staying to the consumer.

Key words: loyalty clause - Resolution 477/2007 of ANATEL - sell married - Excessive advantage - Principle of Free Choice - Practice anticompetitive.

1. Intróito

¹ Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro em exercício no Núcleo de Defesa do Consumidor. Professor de Direito do Consumidor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Membro Fundador do Fórum Nacional Permanente de Defensores Públicos de Defesa do Consumidor.

No universo consumerista, conduta muito comum dos fornecedores de serviço é a fixação da famigerada cláusula de fidelização, através da qual o consumidor permanece atrelado à determinada empresa durante certo lapso temporal, sob pena de ser compelido ao pagamento de multa pela rescisão antecipada do contrato.

Durante muito tempo, os principais órgãos e institutos de defesa do consumidor do país vociferaram contra tal malfadada prática, aduzindo os mais variados argumentos, os quais, indubitavelmente, apontavam para sua abusividade.

Não obstante a resistência travada, a ANATEL, através da Resolução 477 de 2007, cedendo ao lobby das operadoras de telefonia celular, autorizou a fixação da indigitada cláusula, sob a condição de a operadora ofertar alguma vantagem ou benefício, limitando, entretanto, o tempo de vinculação do consumidor ao prazo máximo de 12 meses.

A despeito da introdução no espectro normativo nacional da resolução supracitada, tal prática não pode prosperar. Isto porque sua subsistência, não é difícil constatar, implica num rosário de infrações ao Código de Defesa do Consumidor e, antes, num lamentável confronto com a própria Constituição Federal Brasileira.

Assim, o objetivo do presente trabalho, além de compilar os argumentos já ventilados no cenário doutrinário nacional, introduz algumas outras reflexões ao tema, de molde a contribuir com o rechaço da clausula de fidelização, por tratar-se de um mal absolutamente desnecessário, conforme adiante explicitado.

2. DOS ENTEDIMENTOS DOUTRINÁRIOS ACERCA DA MATÉRIA

2.a - Da Venda Casada

Alguns institutos de Proteção e Defesa do Consumidor, baseados no art. 39, inciso I, do CDC, que veda "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao

fornecimento de outro produto ou serviço bem como, sem justa causa, a limites quantitativos", consideravam a prática da fidelização como sendo prática abusiva.

Isto porque, diziam, esta prática das operadoras configuraria "venda casada" dissimulada, já que, aparentemente, oferece ao consumidor um aparelho celular mais barato ou até gratuito, mas, na verdade, subtrai deste o direito de escolha e mudança de operadora, mesmo que não esteja satisfeito com o serviço prestado, que seu aparelho celular tenha sido roubado ou inutilizado, que queira mudar para outro plano de serviço ou, simplesmente, cancelar sua linha telefônica.

O argumento é bastante sólido. Não obstante, as operadoras sempre o confrontaram aduzindo que, em verdade, quando oferecem um aparelho gratuito, não se poderia falar em operação casada, já que não seriam remunerados pelo aparelho.

Ocorre que, como é de conhecimento notório, no mercado de consumo nada é gratuito. Tudo tem um custo, sendo certo que este sempre é repassado ao consumidor, direta ou indiretamente. A conotação dada ao termo remuneração pelas operadoras não tem o condão de alcançar seu verdadeiro significado, posto que este não está necessariamente atrelado a existência de cobrança de um preço.

Assim é que, em sendo verificado qualquer tipo de repasse de custos ao consumidor, ainda que indireto, estaremos diante de serviço remunerado e, portanto, passível de caracterizar o casamento de operações, tal qual preconizado e obstado pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ora, da analise dos contratos em que aparece a malfadada cláusula de fidelização, verificamos, praticamente em cem por cento dos casos, a fixação de pacotes de minutos. Assim, os minutos que não são utilizados de um mês para o outro, bem como aqueles que excedem ao limite estabelecido pelo pacote, constituem-se na remuneração que as operadoras insistem em dizer não existir, já que, ou o consumidor perde os minutos não utilizados, ou os remunera em quantia

muito superior àquela ordinariamente cobrada. Desta forma, os custos com a oferta do aparelho "gratuito" são devidamente cobertos.

Como se vê, os aparelhos oferecidos não são gratuitos, tal qual propalado, mas tão-somente, pagos de forma indireta pelo consumidor, logo, condicionar o fornecimento dos mesmos a um mínimo de tempo de vinculação à operadora, indubitavelmente materializa a prática abusiva da venda/operação casada.

2.b - Da Onerosidade Excessiva

Outro argumento ventilado na doutrina nacional é o da onerosidade excessiva ao consumidor quando da prática da cláusula de catividade de forma irrestrita. Isto porque os contratos redigidos pelas operadoras unanimemente omitem qualquer referência às circunstancias inibidoras da obrigatoriedade de pagamento de multa pela rescisão antecipada. Ou seja, de um modo geral, não fazem qualquer menção a hipóteses corriqueiras de colapso nos sistemas da operadora; falhas permanentes de comunicação; ocorrência de crimes contra o patrimônio do consumidor, como roubo ou furto do aparelho; além de outras hipóteses que configuram defeitos na prestação de serviços.

Logicamente que as empresas omitem tais circunstâncias dos contratos para não despertar a resistência do comprador. Não obstante, o alerta deve ser feito. É inadmissível a omissão da faculdade de rescisão do contrato, sem ônus para o consumidor, mesmo no prazo de catividade, na hipótese de descontinuidade por culpa do fornecedor. Tal omissão decerto implica, por si só, em nulidade da cláusula já que claramente estará a empresa se exonerando de responsabilidade, ferindo de mácula o art. 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (cláusula solve et repete).

A desigualdade contratual torna-se patente no caso em tela, já que as empresas, fiando-se na cláusula *pacta sunt servanda*, não abrem mão da multa préestabelecida, a qual é imposta de forma sistemática e indistinta aos consumidores.

Assim, na prática, sempre que se observa defeito na prestação do serviço, as operadoras desconsideram os argumentos dos consumidores, os quais se vêem obrigados a bater às portas do judiciário para serem libertados da clausura estabelecida contratualmente.

Como se vê, a institucionalização da cláusula de fidelidade somente serve para robustecer a desigualdade natural entre o fornecedor e o consumidor, criando um ônus terrível para este último que, mesmo diante da mais evidente e justa causa para rescisão do contrato, é obrigado a enfrentar a via *crucis* judiciária, já saturada e incapaz de responder a seus anseios a contento, o que se afigura inadmissível.

3. DO PRINCÍPIO DA LIVRE ESCOLHA E DA LIVRE INICIATIVA E LIVRE CONCORRÊNCIA

Não obstante o caráter protetivo e intervencionista do Código de Defesa do Consumidor revelar uma aparente contradição com as normas de proteção e fomento a atividade econômica, o fato é que a Constituição Federal² inseriu a defesa do consumidor ao lado da concorrência e da livre iniciativa, entre os princípios constitucionais da atividade econômica, assim tais princípios devem ser convergidos de molde a atingir as finalidades sociais e econômicas para as quais foram estabelecidos.

Assim, em situações em que, de um lado, esteja em jogo a proteção e defesa do consumidor, e de outro, o desenvolvimento da atividade empresarial, o operador do direito deve buscar harmonizar a aplicação das normas, de forma que ambos os interesses sejam preservados, sopesando e ponderando os princípios em jogo.

² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditamos da justiça social, observados os seguintes princípios: III - função social da propriedade; IV livre concorrência; V - defesa do consumidor

Mediante uma análise perfunctória, podemos de início dizer que o estabelecimento de cláusulas de catividade vai de encontro ao princípio da livre escolha, direito básico consolidado no inciso II, art. 6º do CDC, cuja finalidade é a de combater práticas comerciais abusivas, tal qual trata o presente tema.

O estabelecimento de cláusula de fidelidade também se afigura prática anticoncorrencial³. Ora, o oferecimento de vantagem é intrínseco ao objetivo da concorrência, já que assim as operadoras o fazem com a finalidade de captar o maior número de clientes possível. Na medida em que se estabelece um tempo mínimo de permanência, sob pena de multa, estão as operadoras, na verdade, transferindo o risco do empreendimento ao consumidor.

Explica-se. As operadoras resolvem arriscar-se, investindo na estratégia de oferecer aparelhos subsidiados ao consumidor, no entanto, ao que parece, no caso de insucesso da estratégia, pretendem utilizar a clausura contratual como rede de proteção, de molde que só haja um desfecho possível: o lucro.

Assim é que a operadora, que não é obrigada a dividir seus lucros, pretende, com o estabelecimento da malfadada clausula de catividade, dividir eventual prejuízo com o usuário dos seus serviços.

Ora, faz parte do espírito empreendedor as estratégias de captação dos consumidores, no entanto tais estratégias são fadadas, alternativamente, ao sucesso ou ao fracasso. Faz parte das regras do jogo capitalista a ocorrência de uma das opções retro citadas, sendo certo que cabe às operadoras, antes de mais nada, oferecer aparelhos com preços cada vez mais competitivos e melhorar seus serviços para conquistar sua clientela e não 'aprisioná-la' com multas.

Resta patente que com esse procedimento as concessionárias impedem a livre e plena concorrência no mercado de telefonia móvel e que os consumidores

³ A Lei Antitruste dispõe: Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

usufruam os benefícios da concorrência no que diz respeito à eficiência dos serviços, modicidade e melhores preços.

Não se tem dúvidas de que quando o poder econômico elimina a possibilidade de escolha, fulmina a concorrência e fica livre para praticar o preço e condições de venda que quiser. Neste caso teremos abuso do poder econômico.

Em arrimo aos arrazoados acima expostos, cabe trazer à baila o magistério do insigne JOSÉ AFONSO DA SILVA, o qual pontifica que "A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antisocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso."

E porque não nos socorrermos das lições do mestre CELSO BASTOS, o qual, por seu turno, assevera que "A livre concorrência é um dos alicerces da estrutura liberal da economia e tem muito que ver com a livre iniciativa. É dizer, só pode existir a livre concorrência onde há livre iniciativa. (...) Assim, a livre concorrência é algo que se agrega à livre iniciativa, e que consiste na situação em que se encontram os diversos agentes produtores de estarem dispostos à concorrência de seus rivais."

4. CONCLUSÃO

A prática comercial consistente no estabelecimento de cláusulas de fidelidade, a despeito de sua autorização por parte da Agência Reguladora, não se sustenta, principalmente após seu cotejo com princípios, não só de origem consumerista, mas bem como também com gênese na própria Constituição Federal.

Ş

Afigura-se patente a materialização de práticas expressamente vedadas pelo § Código de Defesa do Consumidor, tais como a venda casada e vantagem excessiva para o fornecedor, além da desatenção ao princípio da livre escolha.

Na órbita constitucional, em prevalecendo tal prática, o princípio da livre concorrência restará ferido de morte, na medida em que o consumidor, diante das amarras estabelecidas, fica impossibilitado de procurar melhores preços e condições no mercado de consumo.

Assim é que, por todo o exposto, deve o operador do direito combater a prática identificada no presente trabalho, de molde a arrefecer o ímpeto do lucro fácil dos fornecedores de serviços de telefonia celular, forçando-os a assumir o risco do empreendimento a que se dispuseram a explorar e, conseqüentemente, a alinharem-se aos postulados típicos do sistema capitalismo hoje em voga, de molde a se garantir uma verdadeira e livre concorrência, e que gere reais e justos benefícios ao consumidor.

5. BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo, Saraiva, 1996. 204p.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. 807p.

BENJAMIM, Herman. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2006, p. 134/135

BRUNO NETO, Francisco. Primeira Cartilha Acadêmica de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Ed. de Direito, 1999. 435p.

GRINOVER, Ada Pellegrini et. al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor:* comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 87.

MARQUES, Claudia de Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: RJ, 2006, p. 1196-1197

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001. 810p.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 877p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. 876p.

PROGRESSÃO DE REGIME NOS CRIMES HEDIONDOS E EQUIPARADOS: A (IR)RETROATIVIDADE DA LEI 11.464/07 E A MODERNA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Felipe Lima de Almeida¹

RESUMO

O presente artigo visa analisar o alcance atribuído à decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado contido na Lei dos Crimes Hediondos (art. 2°, §1° da Lei 8.072/90), no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7, bem como comentar os entendimentos formados posteriormente. Também será demonstrado o reflexo da Lei 11.464/07, que veio permitir a progressão de regime e fixar frações de cumprimento de pena, e a problemática intertemporal quanto a sua ir(retroatividade)², com os posicionamentos formados na doutrina e jurisprudência em torno da questão. Outrossim, será estudada a tendência da doutrina moderna quanto a objetivação da jurisdição constitucional e o posicionamento da jurisprudência do Suprem Tribunal Federal quanto ao tema.

ABSTRACT

The present study has the purpose to analyse the effects given to the Federal Supreme Court judgment, on the leading case of *Habeas Corpus* Writ 82.959-7, which that Court interpreted that the conditions given to the inmates to do their prision time, on the cases of conviction for felony (Law 8.072/90), is a plain violation of the Fundamental Rights as the inmates would not have the right to change to the type of custody that allows work release and other benefits such as the right to visit their families. Besides, it will analyse the recent doctrine's interpretation on this leading case witch was the reason to the Congress prepare the Law 11.464/07 that although allows the change to a different types of custody but, on the other side, leaves the problematic situation of: how to apply the new Law 11.464/07 in matters of time (future cases only or past and future cases?). At the end, it will be studied the opinions of the modern doctrine and the recent jurisprudence from the Federal Supreme Court about the subject.

¹ 1 Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestrando em Direito pela UCAM. Pós-Graduado em Direito Público. Pós-Graduado em Direito Processual Civil. Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro - FESUDEPERJ.

² Utilizando a expressão adotada por Amilton Bueno de Carvalho, que melhor sintetizada a controvérsia. Neste sentido: Cf. CARVALHO, Amilton Bueno. e PINHEIRO MACHADO, Rafael R. da Silva. Lei 11.464/07 no tempo: sua ir(retroatividade). in Revista Brasileira de Ciências Criminais – RBCCrim, n. 67, São Paulo: RT, 2007, p. 113-135.

PALAVRAS CHAVES:

PROGRESSÃO DE REGIME – CRIMES HEDIONDOS – CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE– NEOCONSTITUCIONALISMO – OBJETIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL – MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

KEY WORDS:

RIGHT TO CHANGE OF CUSTODY TYPE - FELONIES - JUDICIAL REVIEW - NEOCONSTITUCIONALISM - OBJECTIVATION OF CONSTITUTIONAL JURISDICTION - A CHANGE ON THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION

INTRODUÇÃO

Desde 25 de julho de 1990, o ordenamento jurídico brasileiro convivia obrigatoriamente com o malfadado regime integralmente fechado de cumprimento de pena, estabelecido pela Lei dos Crimes Hediondos³ e imposto a todos os condenados por delitos hediondos ou equiparados, à revelia de grande parte da doutrina e parcela da jurisprudência, que entendiam não ser tal regime compatível com os preceitos da Constituição de 1988.⁴

Segundo tais entendimentos, a vedação ao direito à progressão de regime ditada pelo regime integralmente fechado, violava os princípios constitucionais da legalidade, humanidade e principalmente da individualização da pena, dentre outros tantos preceitos contidos na Constituição da República.⁵

Malgrado tais posicionamentos, certo é que os Tribunais, inclusive as Cortes Superiores, continuavam a considerar constitucional o regime imposto pelo §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e a vedar a progressão de regime para aqueles apenados por crime hediondos ou equiparados⁶

^{3 &}quot;Art. 2° (...)

^{§1}º- A pena por crime previsto neste artigo será cumprida em regime integralmente fechado."

⁴ Por todos na doutrina, um dos maiores críticos da lei hedionda. Cf. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 4. ed., São Paulo: RT, 2000, p. 161 e segs. Na jurisprudência: STF – HC 80.497-7 – Rel. Min. Marco Aurelio; STJ – REsp 19.420-0 – Rel. Min. Vicente Cernicchiaro; TJ/MG AP 302.357-9/00; *RJTJRGS* 230/87.

⁶ Neste sentido: STF - HC 70.939 - Rel. Min. Celso Mello; STJ - HC 11.931 - Rel. Min. Vicente Leal. Mais os seguintes julgados: STF HC 69.657, RE 168.720-7; STJ REsp 92.640, HC 11.254, REsp 218.959.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal após passar por uma considerável reformulação em sua composição, acabou por mudar seu posicionamento⁷ e, no dia 23 de fevereiro de 2006, calcado nos argumentos acima aduzidos, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, no histórico julgamento do *Habeas Corpus* 82.959-7.

Por conseguinte, no dia 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei nº 11.464, que dentre outras disposições, deu nova redação ao§1º do art. 2º da Lei 8.072/90, alinhando a Lei dos Crimes Hediondos ao entendimento do Supremo Tribunal Federal e acabando com o draconiano regime integralmente fechado de cumprimento de pena.

Como corolário da referida decisão do Supremo Tribunal Federal, e com a posterior modificação na Lei dos Crimes Hediondos pela Lei 11.464/07, foram criados conflitos de ordem intertemporal gerando intensa controvérsia nos setores doutrinários e nos Tribunais pátrios.

O presente artigo buscará situar a problemática instaurada, demonstrando os argumentos de cunho hermenêutico-constitucional, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência recente do Supremo Tribunal Federal, bem como os entendimentos dive encontrados na literatura nacional.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E O JULGAMENTO HC 82.959-7

Como mencionado acima, o Supremo Tribunal Federal em 23 de fevereiro de 2006 ao julgar o *Habeas Corpus* 82.959-7, com o placar de seis votos (Ministros Marco Aurélio, Carlos Britto, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Eros Grau e Sepúlveda Pertence) a cinco (Ministros Carlos Velloso, Nelson Jobim, Ellen Gracie, Joaquim Barbosa e Celso de Mello), declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado previsto no §1ºdo art. 2º da Lei 8.072/90, concedendo a ordem possibilitando a progressão de regime ao paciente do *writ*.

Certo é que, tecnicamente, de acordo com o sistema adotado pelo Brasil em matéria de controle de constitucionalidade, forçoso reconhecer que tal decisão embora prolatada pelo Supremo Tribunal Federal, foi exarada em sede de controle difuso de constitucionalidade,

⁷ No segundo semestre do ano de 2005 e início de 2006, ocorreram três aposentadorias compulsórias de Ministros do STF, acrescida, algum tempo depois, de uma quarta aposentadoria, o que acarretou uma sensível mudança no Plenário da Suprema Corte brasileira.

denominado por alguns de método de controle americano (uma vez que originário dos Estados Unidos da América)⁸, instrumentalizado pela via de exceção.⁹

E, como sabido, tal modalidade de controle é incidental, sendo a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo suscitada como objeto incidental da atividade cognitiva do órgão judicial, ou seja, a inconstitucionalidade na verdade não é o pedido da demanda, mas sim a causa de pedir.

Neste sentido é a lição de Zeno Veloso

No controle difuso, a alegação de inconstitucionalidade não é a demanda principal, constituindo questão prejudicial. O juízo de inconstitucionalidade é suscitado incidentalmente, por ser relevante e necessário para se saber se a lei vai ser aplicada, ou não, ao caso concreto 10

Como se pode notar, no controle difuso se discute apenas o caso concreto, por isso a controle concreto de constitucionalidade, sendo inconstitucionalidade questão prejudicial que gera um procedimento incidenter tantum, que busca a simples verificação da existência ou não do vício alegado. O controle pela via de exceção, como ensina Michel Temer, "não é declaração de inconstitucionalidade de lei em tese, mas exigência imposta para a solução do caso concreto."11

Assim, havendo declaração de inconstitucionalidade, argüida como questão incidental (prejudicial), a consequência é a não-aplicação da norma impugnada na relação jurídica posta em juízo. Não ocorrerá a invalidação do texto legal perante terceiros, a decisão afastará tãosomente a incidência da lei no caso concreto, isto é, sua eficácia será inter partes.

Segundo Zeno Veloso, a eficácia da sentença é "restrita, particular, refere-se, somente, à lide, subtrai a utilização da lei questionada ao caso sob julgamento, não opera erga omnes. A lei, teoricamente, continua em vigor, não perde a sua força obrigatória com relação a terceiros, sendo aplicada a outros casos". 12

Dirimindo qualquer dúvida, expõe Luis Roberto Barroso:

Nessa forma de controle, que se faz de modo difuso, o juiz atua para solucionar um caso concreto que lhe é submetido, consistindo a apreciação da constitucionalidade ou não da norma em mera questão prejudicial, que vai

¹²VELOSO, Idem.

⁸ Neste sentido cumpre ressaltar a obra clássica de FERREIRA, Luis Pinto. Princípios Gerais do direito

constitucional moderno. vol. I, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983, p. 97.

Ressalte-se que a expressão "via de exceção" tem a sua utilização criticada por parte da doutrina. Neste sentido Ada Pellegrini Grinover, que prefere a expressão "questão prejudicial", uma vez que processualmente a expressão exceção é utilizada como defesa oposta pelo réu, não sendo correto o seu emprego no processo de controle de constitucionalidade, pois nem sempre será o réu que levantará a questão da inconstitucionalidade. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em sua unidade - II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 154.

¹⁰ VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 41.

¹¹ TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998; p. 43.

subordinar logicamente a decisão a ser proferida. Mas o objeto da ação não é a pronúncia de inconstitucionalidade da norma, e sim a solução do conflito de interesses. A decisão opera efeito somente entre as partes do processo, e a questão da constitucionalidade não faz coisa julgada.¹³

Contudo, cumpre salientar que tal decisão ainda pode alcançar o *status* de eficácia *erga omnes*, desde que obedecido o comando contido no inciso X do art. 52 da Constituição da República, i. e., a suspensão pelo Senado Federal, da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

A suspensão da execução, nos termos do art. 52, X da CRFB/88, é veiculada através de resolução, e conferirá efeitos *erga omnes* à decisão definitiva do STF sobre a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal em face da Constituição Federal, retirando a sua executoriedade.

Quanto ao tema, já prelecionava Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

Enquanto não suspensa, pelo Senado Federal, a decisão do Supremo Tribunal Federal, como as decisões judiciais não constituem precedentes obrigatórios, os outros juízes e tribunais podem considerar o ato como constitucional, embora sujeitos à revisão daquele. Porém, em suspenso o texto, a lei ou ato normativo, pelo Senado Federal, perde eficácia, deixa de ter executoriedade. 14

Como se pode observar, no caso do julgamento do HC nº 82.959-7 o dispositivo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, embora remetido ao pelo Senado Federal, não teve a sua execução suspensa como exige o art. 52, X da CRFB/88, restando à decisão apenas eficácia *inter partes*.

E a partir de tal julgamento, todos os Tribunais brasileiros, notadamente os Juízos de Execução Penal, começaram a receber inúmeras postulações de idêntico conteúdo, todas objetivando a progressão de regime prisional aos condenados na mesma situação jurídica do paciente do mencionado *habeas corpus* (apenados por crimes hediondos ou equiparados).

Contudo, os Tribunais de Justiça logo após o referido julgamento, se posicionaram no sentido de que tal decisão do Supremo Tribunal Federal, por não ter sido obedecido o art. 52, X da CRFB/88, possuiria eficácia apenas no caso concreto, e o §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 teria plena executoriedade, vigendo para todos, menos para o paciente do HC 82.959-7. Assim, conceder a progressão de regime para essa posição seria negar vigência ao texto legal.

¹³ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 176

^{176. &}lt;sup>14</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teorias das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1980, p. 212.

Sendo assim, foram indeferidos inúmeros pleitos de progressão de regime pelos Juízos de Execução Penal e seus respectivos Tribunais, não obstante tais decisões fossem, inexoravelmente, reformadas no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, que já haviam pacificado o tema em suas turmas, unificando os entendimentos.¹⁵

Desta forma, acabou não surtindo efeito argumentos como celeridade e principalmente utilidade do processo, economia processual, aplicação analógica do art. 557, §1º-A ou quaisquer outros, os Tribunais insistiam em não conceder a progressão de regime ao condenado por crime hediondo ou equiparado.

Inevitavelmente, isso apenas provocou uma gigantesca demanda de Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, acarretando, inclusive, sugestões da doutrina (que acabaram acatadas pelo Supremo Tribunal Federal) quanto à propositura de uma súmula vinculante para dirimir a controvérsia. 16

A LEI 11.464/07 E A NOVA REDAÇÃO DO ART. 2°, §§1° E 2° DA LEI 8.072/90 CONFLITO INTERTEMPORAL

Em 29 de março de 2007 entrou em vigor a Lei 11.464/07, que seguindo a decisão do Supremo Tribunal Federal, entre outras disposições, deu nova redação ao §1º do art. 2º da Lei 8.072/90, expungindo de uma vez por todas o atroz regime integralmente fechado do ordenamento jurídico brasileiro e estabelecendo o regime inicialmente fechado para o cumprimento de penas por crimes hediondos e equiparados. Da mesma forma, a referida lei deu nova redação ao §2º da mencionada lei hedionda e fixou as frações de 2/5 (dois quintos) se primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente, para a obtenção da progressão de regime em tais delitos. 17

¹⁵ Cf. STJ – 6^a Turma - HC 51.249 – Rel. Min. Helio Quaglia Barbosa. j. 25.04.06.

¹⁶ Neste sentido na doutrina. Cf: SILVA, Ivan Luís Marques da. Previsões sobre a Lei nº 11.464/2007. Da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815>. Acesso em 18/08/08. e GOMES, op. cit. Certo é que tal idéia restou encampada pelo STF, chegando a elaborar uma propositura de súmula vinculante (nº6) para vincular todos os Tribunais. Contudo, tal desiderato não foi levado a cabo diante do advento da Lei 11.464/07.

^{§ 1} A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

^{§ 2} A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Por conseguinte, diante de aludida alteração legislativa, muitas controvérsias se instauraram na doutrina e na jurisprudência, notadamente, no que tange ao direito intertemporal e a aplicabilidade da novel legislação aos delitos praticados antes de sua edição.

A questão da retroatividade ou não da Lei 11.464/07 no que concerne aos requisitos para a obtenção do direito à progressão de regime, rapidamente dividiu a doutrina e a jurisprudência, estabelecendo-se algumas linhas de raciocínio que desencadearam posicionamentos divergentes.

Um primeiro posicionamento firmado entende que o regime integralmente fechado teve vigência até o dia 28 de março de 2007, ou seja, até a entrada em vigor a Lei 11.464/07. Os argumentos utilizados pelos adeptos deste entendimento partem da idéia que a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-7, por não ter atendido o art. 52, X da CRFB/88, operaria efeito apenas *inter parte*, nos moldes do método concreto de controle de constitucionalidade.¹⁸

Desta forma, para os seguidores desta corrente, seria inconcebível a atribuição de efeito erga omnes e vinculante ao referido julgado, uma vez que a Constituição da República em seu art. 102, § 2°, somente estabelece tais efeitos em se tratando de controle concentrado de constitucionalidade (nas ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade). 19

Consequentemente, este posicionamento conclui que como o regime integralmente fechado estava em vigor até o advento da Lei 11.464/07, e esta extirpou tal instituto possibilitando a progressão que antes era vedada, não há como negar o seu caráter mais benéfico, devendo operar retroativamente, nos termos do art. 5° XL da Constituição da República e do parágrafo único do art. 2° do Código Penal.²⁰

Assim, para estes autores, os condenados por crime hediondo ou equiparado que tenham praticado o delito antes de 28 de março de 2007, terão que se submeter às frações de 2/5 (dois quintos) se primário, ou 3/5 (três quintos) se reincidente, para alcançarem a progressão de regime, uma vez que a Lei 11.464/07 por ser mais benéfica, deve retroagir.²¹

 ¹⁸ PORTO, Pedro Rui da Fontoura. A nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e o sofisma da "novatio legis in pejus". Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1421, 23 maio 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9914>. Acesso em 18/04/08.
 19 BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisonal e questões de direito intertemporal. Jus

¹⁹ BASTOS, Marcelo Lessa. Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734. Acesso em: 18/04/08.

²¹ Neste sentido na jurisprudência. Cf. TJ/SP: HC 995.715.3/6, 956.080.3/1, 910.330.3/0, AC 00932659.3/9, 009119754.3/7. TJ/MG: HC 1.0000.06.444782-4/000, 1.0000.06.446101-5/001-3. RA 1.0000.07.449410-5/001 TJ/RS: RA 70019253699, 70020140893; TJ/PR: Rev. 357.830-5; HC 421.164, RA 403.051-7, 372.312, 394.705-9.

É bem verdade que, considerando a tradicional teoria adotada pelo Brasil quanto ao controle incidental de constitucionalidade, a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-7 possui eficácia somente no caso concreto, sendo necessário concordar com tal entendimento doutrinário e jurisprudencial exposto acima.

Entretanto, existem autores que entendem, simplesmente, que a decisão proferida no HC 82.959-7 possui eficácia *erga omnes*, sem, contudo, explicar ou mencionar o motivo, afirmando que a Lei 11.464/07 ao entrar em vigor, operaria uma *retroatividade com limites*.²²

Segundo este entendimento, após 23 de fevereiro de 2006, passou a ser permitido a progressão de regime com a fração de 1/6 (um sexto), e como antes era proibida, para os delitos hediondos ou equiparados praticados anteriormente ao julgamento do HC 82.959, a Lei 11.464/07 seria mais benéfica, portanto, retroagindo e impondo as frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos). Assim, apenas os delitos hediondos ou equiparados praticados entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007 fariam jus à progressão de regime com o lapso de 1/6 (um sexto) da pena.²³

Com todo respeito devido a tal posicionamento, este raciocínio é por demais obscuro e contraditório. Não se pode afirmar que a decisão que declarou inconstitucional o regime integralmente fechado no HC 82.959-7 possui eficácia *erga omnes*, e ao mesmo tempo entender que a Lei 11.464/07 é mais benéfica ao argumento de que antes era vedada a progressão de regime, evidenciando verdadeira *contraditio in terminis*.

Realmente a progressão era vedada, mas se tal vedação foi declarada inconstitucional, e se esta decisão possui eficácia *erga omnes* como o próprio autor afirmou, a vedação caiu e a progressão nos delitos hediondos e equiparados passou a ser regida pela regra geral (art. 112 da LEP).²⁴ Logo, a Lei 11.464/07 quando surge, deve na verdade ser considerada mais gravosa (pois veio permitir o que já era permitido – progressão nos crimes hediondos e equiparados –, mas impondo frações mais gravosas – 2/5 e 3/5).

Uma outra corrente, mais coerente, embora sem explicação lógica ainda para a questão nodal (eficácia da decisão do HC 82.959-7), é encontrada na doutrina²⁵ e parte da jurisprudência²⁶. Estes entendimentos sugerem que a Lei 11.464/07 na verdade seria uma lei

2

Neste sentido. Cf. MARCÃO, Flávio. Curso de execução penal. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 134.
Idem.

²⁴ Frise-se que o autor chega a conclusão que a decisão do STF tem eficácia erga omnes, mas não explica como tal decisão alcançou tal status. Da mesma forma, o autor deixa entender que essa declaração teria aplicação ex nunc. mas, igualmente, sem explicar o motivo.

nunc, mas, igualmente, sem explicar o motivo.

²⁵GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: . Acesso em:18/04/08.

²⁶ Cf. STJ - HC 83.799 - Informativo de Jurisprudência nº 333 - Setembro de 2007. No mesmo sentido: TJ/RJ Agravo 2008.75.01209, 2008.076.01123, 2008.076.01170.

posterior com aspectos mais gravosos e mais benéficos, operando a retroatividade apenas no que é mais benéfico ao réu²⁷, o que acarretaria uma combinação de leis (*lex tertia*).²⁸

Para esse posicionamento, a Lei 11.464/07 quando estabelece o regime inicialmente fechado, possibilitando a progressão de regime, seria mais benéfica, retroagindo para atingir os crimes hediondos e equiparados praticados antes da sua vigência. Mas quando a nova lei impõe as frações de 2/5 e 3/5 para a obtenção do mencionado direito, esta seria mais gravosa, e, portanto, irretroativa (art. 5°, LX da CRFB/88).

Vale a pena observar que embora seja uma argumentação muito mais razoável que a anterior, o mencionado entendimento não explica a questão de fundo. É fácil perceber que para se afirmar que algo é mais benéfico que outra coisa qualquer, é necessário um objeto, um parâmetro comparativo. Para se afirmar que o novo regime inicial fechado é mais benéfico, há de se compará-lo a alguma coisa, ou seja, o regime que estava em vigor (integralmente fechado). Neste caso a resposta será positiva. Agora, para se afirmar que as frações de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos) são mais gravosas, é necessário compará-las com algo, ou seja, as frações que estavam em vigor. É neste momento que surge o problema deste raciocínio, visto que não havia frações anteriores, uma vez que a progressão de regime era vedada. Assim, seria necessário para legitimar a assertiva desta corrente, que a fração anterior fosse de 1/6 (um sexto), o que implicaria o inevitavelmente no enfrentamento do cerne da questão (eficácia da decisão do STF no HC 82.959-7), o que não é feito por seus seguidores.

Frise-se, ainda, a existência de entendimentos colhidos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que vêm dando soluções parecidas (irretroatividade das frações de 2/5 e 3/5 e retroatividade do regime inicial fechado), mas com fundamentos diversos. O STJ já decidiu que a decisão do STF no HC 82.959-7, possuiria efeito *erga omnes* (sem, igualmente, explicar o motivo), e que as frações impostas pela Lei 11.464/07 por serem mais gravosas não poderiam retroagir em desfavor do apenado²⁹, bem como já decidiu que o prazo de

No mesmo sentido: Cf. SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>. Acesso em:14 abr. 2007.

A combinação de leis é há muito defendido na doutrina por TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5. ed.,13. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 30-39. Todavia, existe na doutrina respeitáveis posicionamentos que não admitem a combinação de leis. Neste sentido. Cf. BRUNO, Aníbal. *Direito Penal.* vol. I, Tomo I. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 270. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal.* vol. I. Tomo I. 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 120. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal.* 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 106 – 107. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal.* vol. I, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p.57.

cumprimento imposto antes da Lei 11.464/07 era de 1/6 (um sexto), sendo a nova legislação mais gravosa e irretroativa.³⁰

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E AS TRANSFORMAÇÕES NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

É certo que após o julgamento do HC 82.959-7, e diante do posicionamento inicial dos Tribunais de Justiça em face da decisão exarada pelo Supremo Tribunal Federal no comentado remédio constitucional, inúmeras ações e recursos bateram à porta de nossa Corte Maior, pretendo obter a mesma tutela alcançada pelo paciente.

Malgrado o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já tivessem uniformizado seus entendimentos, afirmando pela inconstitucionalidade do regime integralmente fechado, os Juízes e Tribunais deste país continuavam a negar o direito às progressões de regime, exigindo a ida dos interessados até os Tribunais Superiores para verem reconhecidas suas pretensões.

Assim, aumentava a controvérsia em torno do alcance dado pelo Supremo à decisão do HC 82.959-7, no mesmo instante em que várias teses surgiam para justificar a aplicação do efeito *erga omnes*. Este ambiente favoreceu o crescimento de uma corrente doutrinária e jurisprudencial cujas bases argumentativas estão alicerçadas nas transformações sofridas pela tradicional dogmática do controle difuso de constitucionalidade, aliada ao pensamento neoconstitucionalista que permeia os modernos estudos de direito constitucional no Brasil.

Para compreender tal entendimento, necessário levar em consideração a evolução sofrida pelo modelo constitucional brasileiro com a chamada constitucionalização de direitos e as transformações geradas pela Constituição de 1988, impondo a necessidade de criação de uma categoria para descrever, compreender e melhor operacionalizar a aplicação efetiva dos materiais normativos positivados em nossa Constituição Cidadã.

Neste sentido é a opinião de Antonio Cavalcanti Maia, que citando Bonavides aduz:

Estas transformações impuseram à nossa dogmática constitucional a necessidade de elaboração de uma nova referência: o pós-positivismo, situando assim o pensamento jurídico contemporâneo para além da estiolada querela jusnaturalismo *versus* positivismo jurídico.³¹

#

³⁰ Cf. Informativo de Jurisprudência do STJ nº 348 - Março de 2008 - HC 96,535

³¹ MAIA, Antonio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamento Acerca do Neoconstitucionalismo. *in Revista do Direito do Estado*, nº 5, Jan-Mar 2007.

Atualmente, é inimaginável uma interpretação constitucional dos tribunais tal como era preconizada pelos positivistas clássicos, que entendiam como Norberto Bobbio, que:

> O positivismo jurídico concebe a atividade da jurisprudência como sendo voltada não para produzir, mas para reproduzir o direito, isto é, para explicitar com meios puramente lógico-racionais o conteúdo de normas jurídicas já dadas.32

Da mesma forma, há de se considerar superado o paradigma positivista kelsiano de que a interpretação da jurisprudência tradicional deve "determinar a moldura da norma geral, para que esta seja preenchida com as normas individuais, que seriam as sentenças judiciais."33

Nesse contexto, o pós-positivismo (ou neoconstitucionalismo) não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justica e legitimidade.³⁴

Na esteira deste raciocínio, preleciona Paulo Roberto Soares Mendonça:

Hoje, mostra-se forte a tendência de superação de uma dogmática constitucional clássica, que encarava a Lei Maior com mero repositório de princípios e diretrizes gerais no ordenamento jurídico, sem uma incidência normativa concreta.35

Inclusive, mister ressaltar que atualmente, um dos temas de maior interesse no estudo da hermenêutica constitucional moderna está relacionado com a denominada eficácia normativa da Constituição, cujo debate envolve o alcance da normatividade das regras e princípios constitucionais no interior do ordenamento jurídico.³⁶

Por conseguinte, ante este fecundo contexto, foram surgindo mecanismos visando otimizar o trabalho do Supremo Tribunal Federal quanto ao julgamento de questões já pacificadas³⁷, ao mesmo tempo em que começaram a ser elaboradas teses na doutrina e na própria jurisprudência, notadamente, quanto as transformações no controle difuso de

³² BOBBIO, Norberto. O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito. trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 212.

33 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. de João Baptista Machado. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes,

^{2006,} p. 390-391.

Neste sentido. Cf. BARROSO, op. cit., p. 326.

³⁵ MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003,

Quanto ao tema, necessário conferir: HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

37 Foi com esse movimento que foram criados institutos como a súmula vinculante e a repercussão geral nos

recursos extraordinários pela Emenda Constitucional nº45.

constitucionalidade, com o escopo de criar uma espécie de *objetivação da jurisdição constitucional.*³⁸

Como expressões deste movimento de objetivação da jurisdição constitucional, entre os argumentos apresentados pela doutrina, necessário mencionar o que parece ser o mais relevante: a ocorrência de mutação constitucional quanto ao art. 52, X da CRFB/88 no que tange à suspensão da execução de lei ou ato normativo declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, nas hipóteses de controle difuso de constitucionalidade.³⁹

Segundo este entendimento, o art. 52, X da CRFB/88 teria sofrido uma mutação constitucional, sendo recomendado uma releitura do papel do Senado no processo de controle de constitucionalidade⁴⁰, uma vez que a Constituição de 1988 ao alterar o sistema de controle abstrato de constitucionalidade, ampliando demasiadamente o rol dos legitimados, impõe uma interpretação conforme a nova ordem constitucional para modificar o modelo de controle difuso de constitucionalidade, que acabou tendo a sua amplitude restringida.⁴¹.

É certo que com esse entendimento, o Senado Federal teria a sua função revista, para apenas se incumbir do papel de tornar pública a decisão do tribunal, levando-a ao conhecimento de todos os cidadãos, o que tornará totalmente sem sentido a antiga discussão em torno da natureza da atuação do Senado Federal neste método de controle.⁴²

E foi com base nestes argumentos, que se iniciou uma tentativa de transcender os efeitos da decisão de inconstitucionalidade em sede de controle difuso, principalmente aquelas proferidas em Recurso Extraordinário.

³⁸ Neste sentido. Cf. COMIN, Fernando da Silva. Os crimes hediondos e a individualização da pena à luz de uma nova proposta de atuação . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1056, 23 maio 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8454>. Acesso em: 18/08/08.

Neste sentido é o prestigiado trabalho de MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. in Revista de Informação Legislativa do Senado. a. 41, n. 162 — Brasília: abril/junho de 2004, p. 149-168. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf. Acesso em 12/09/2007.
MENDES, op. cit., p. 157.

MENDES, op. cit., p. 157.

41 MENDES, op. cit., p. 161-163.

⁴² Isto porque uma vez acolhido tal entendimento, Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, op. cit., p. 165) parece acolher a posição clássica de BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.; que entendia ser o papel do Senado Federal uma atividade vinculada, ou seja, haveria uma obrigatoriedade no ato de suspender o dispositivo de lei declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Em sentido diverso, entendendo ser a atuação do Senado Federal uma obrigatoriedade mitigada, uma vez que o Senado só estaria obrigado a suspender se estiverem presentes os requisitos formais da declaração de inconstitucionalidade, permitindo um juízo de admissibilidade (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 316; VELOSO, op. cit., p. 58). Numa terceira posição, o entendimento que o Senado Federal dispõe de uma facultatividade quanto a suspensão da norma declarada inconstitucional pelo STF. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed., São Paulo: RT. 2000, p. 121-122; RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção. São Paulo: RT, 1994, p. 125.

O Ministro Gilmar Mendes em inúmeros julgados deixou transparecer o seu posicionamento, formando jurisprudência quanto ao tema, entendendo que o "Recurso Extraordinário deveria deixar de ter caráter marcadamente subjetivo ou de defesa de interesses das partes, para assumir, de forma decisiva, a função de defesa da ordem constitucional objetiva, deixando, portanto, de ser um mero instrumento disponibilizado às partes para litigarem em juízo, passando a servir de ferramenta a serviço do Supremo Tribunal Federal na análise da validade, em abstrato, das normas."43

Outrossim, convém observar a existência de outros aspectos utilizados pelos defensores da objetivação da jurisdição constitucional, consistente, por exemplo, na possibilidade de aplicação da chamada modulação dos efeitos da decisão de declaração de inconstitucionalidade, positivado no art. 27 da Lei 9.868/98, às decisões declaratórias de inconstitucionalidade proferidas em sede de controle difuso⁴⁴, ou a dispensabilidade do préquestionamento para o Recurso Extraordinário, permitindo que o Tribunal conheça da matéria ainda que não pré-questionada, flexibilizando, assim, o acesso à Suprema Corte. 45

E foi com espeque nestes argumentos a favor de uma objetivação da jurisdição constitucional, bem como o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes, que acabou surgindo a chamada Teoria da Abstrativização do Controle Difuso, denominada assim por alguns autores nacionais que desenvolvem o tema em questões envolvendo as diversas formas de utilização do Recurso Extraordinário e os efeitos de suas decisões. 46

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO E A LEI 11.464/07

Forçoso reconhecer que a chamada Abstrativização do Controle Difuso, ganhou sobrevalor com a controvérsia em torno da decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-7 e o alcance de sua eficácia numa perspectiva de objetivação da jurisdição constitucional.

Processo Administrativo nº 318.715/STF de 17/12/2003. Essa mesma tese também foi defendida pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento do RE 376.852, em 27/03/2003.

Entendendo pela aplicação da modulação dos efeitos, vale salientar o RE 197.917/SP, cuja decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal entendeu por aplicar ao controle difuso a técnica da limitação dos efeitos, fazendo com que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade fossem irretroativos, i. e., ex nunc.

Neste sentido. Cf. AI 375.011 - Rel. Min. Ellen Gracie, que cita expressamente o posicionamento de Gilmar

Ferreira Mendes,

46 DIDIER JUNIOR., Fredie. Transformações do Recurso Extraordinário. in Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006, p. 104-121.

Diante desta constatação, em boa hora foi ajuizada pela Defensoria Pública da União perante o STF a Reclamação nº 4.335, contra o Juízo da Vara de Execuções Penais de Rio Branco – AC, tendo em vista que tal órgão do Poder Judiciário se negava a cumprir a decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 82.959-7, diante da não suspensão pelo Senado Federal da execução do dispositivo declarado inconstitucional.

Frise-se que a reclamação de competência originária do Supremo é o mecanismo a ser manejado para se garantir a autoridade das decisões proferidas por aquela Corte dotadas de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, nos termos do art. 156 do Regulamento Interno, *in verbis*:

Art. 156 – Caberá reclamação do Procurador-Geral da República, ou do interessado na causa, para preservar a competência do Tribunal ou garantir a autoridade das suas decisões. (grifo nosso).

Assim, ao se promover a Rcl 4.335 perante o Supremo Tribunal Federal, o seu recebimento estaria condicionado à admissão da tese da Abstrativização do Controle Difuso, do contrário, a conseqüência seria o não conhecimento da reclamação ante a inadequação da via eleita. Assim, o STF foi forçado a enfrentar diretamente a questão da objetivação da jurisdição constitucional.

Por conseguinte, o relator Ministro Gilmar Mendes recebeu a reclamação, e em seu voto aduziu que a jurisprudência do STF evoluiu relativamente à utilização da reclamação em sede de controle concentrado de normas, tendo concluído pelo cabimento da mesma para todos os que comprovarem prejuízo resultante de decisões contrárias às suas teses.

E seguindo a mesma linha de raciocínio desenvolvida no campo doutrinário⁴⁷, Gilmar Mendes discorreu sobre o papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade, asseverando que de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político, que empresta eficácia *erga omnes* às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Isto porque a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CRFB/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria ultrapassada.⁴⁸

⁴⁷ v. item n^o

⁴⁸ MENDES, op. cit. 157-164.

Assim, segundo o Ministro relator, seriam inevitáveis as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente, o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal.⁴⁹

Conclui Gilmar Ferreira Mendes em seu voto, ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.⁵⁰

Após o voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes, foi franqueada vista ao Ministro Eros Roberto Grau, que em um voto calcado em basilares argumentos pós-positivistas, acompanhou o Ministro relator e entendeu pela mutação constitucional e a abstrativização do controle difuso de constitucionalidade, conferindo eficácia *erga omnes* a decisão proferida no HC 82.959-7, julgando procedente a Reclamação 4.335/AC.⁵¹

Prosseguindo o julgamento do feito, os Ministros Sepúlveda Pertence e Joaquim Barbosa, ambos, não conheceram da reclamação, contudo, concederam *habeas corpus* de ofício, possibilitando a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados.

Em seguida, dia 19/04/2007, foi aberta vista para o Ministro Ricardo Lewandowski, que até a elaboração deste artigo ainda não havia depositado seu voto.

Como se pode notar, no Supremo Tribunal Federal parece haver uma tendência em encampar a tese da abstrativização do controle difuso, e assim, com o surgimento da Lei 11.464/07, a questão da retroatividade da lei ficaria solucionada definitivamente, considerando que o regime integralmente fechado teria sido invalidado em 23 de fevereiro de 2006, e a partir daí os prazos para progressão passaram a ser a regra comum (1/6 - um sexto da pena - art. 112 da Lei de Execução Penal).

Em 29 de março de 2007 quando surge a Lei 11.464/07, esta ao acabar com o regime integralmente fechado, apenas teria corrigido o texto legal após a decisão definitiva do STF, e ao fixar prazos de 2/5 (dois quintos) e 3/5 (três quintos), estes seriam mais gravosos, e, portanto, não retroagiriam. Sendo assim, para o Supremo Tribunal Federal, a Lei 11.464/07 seria mais gravosa, tratando-se de *lex gravior*.

⁴⁹ Neste sentido, íntegra, Cf. BRASIL, Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. nº 454 – fevereiro de 2007. Disponível em: http://www.stf.gov.br//arquivo/informativo/documento/informativo454.htm

⁵¹ Neste sentido, integra do acórdão disponível em: http://www.stf.gov.br/imprensa/pdf/rcl4335eg.pdf>

No campo doutrinário, autores⁵² vêm aderindo à tese da objetivação da jurisdição constitucional, entendendo pela abstrativização da decisão exarada no HC 82.959-7, com eficácia contra todos, acrescentando à discussão outros fundamentos, como a utilização pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, da modulação dos efeitos temporais previstos no art. 27 da Lei 9.868/99, atribuindo uma eficácia ex nunc para fins de responsabilização civil do Estado, o que seria um instrumento exclusivo do controle concentrado.⁵³

Neste sentido são os ensinamentos de Alberto Silva Franco em sua obra atualizada:

O julgamento do Supremo Tribunal Federal, como já foi anteriormente enfatizado, por força da aplicação, por votação unânime, do art. 27 da Lei 9.868/99, teve, em verdade, efeito irradiante, aplicando-se a todos os processos em que ainda fosse possível, em qualquer estágio de desenvolvimento processual, a progressão de regime. 54

A doutrina ainda utiliza outro argumento a favor da abstrativização da decisão em testilha, no qual se parte de uma análise da questão posta em juízo. Desta maneira, em tratando de controle difuso de constitucionalidade, a discussão deveria ser quanto ao caso concreto, o que não teria ocorrido no julgamento do HC 82.959-7, visto que a discussão neste caso teria sido apenas quanto à lei em tese, como o controle abstrato.

Conforme enfatiza Luiz Flavio Gomes:

Observe-se que o STF não concedeu a pretendida progressão de regime no caso concreto, apenas removeu o obstáculo legal que impedia a análise da progressão em crimes hediondos, ou seja, dentro de um HC, proferiu-se um julgamento da lei em tese, proclamando sua inconstitucionalidade "urbi et orbis". 55

Em suma, é possível concluir que esta posição se consolidará no Pretório Excelso, considerando os julgados que se seguiram no Supremo, que ao abordarem a questão deram guarida à tese da abstrativização, entendo que a decisão do HC 82.959-7 teria eficácia erga

55 GOMES, op. cit.

⁵² GIACOMOLLI, Nereu José. A irretroatividade da Lei 11.464/07: requisitos temporais à profressão de regime

nos crimes hediondos. Disponível em: http://www.giacomolli.com>
53 Na doutrina: Cf. MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. O STF foi além da progressão do regime prisional. in Boletim IBCCRIM. São Paulo: v.13, n.161, p. 2-3, abr. 2006. GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181. Acesso em: 14 abr. 2007. LEAL, João José. LEAL, Rodrigo José. Progressão de regime prisional e crime hediondo: análise da Lei 11.464/07 à luz da política criminal. in Boletim Jurídico. n. 236. Disponível em http://www.boletimjuridico.com.br. Na jurisprudência, Cf. TJ/MG Agr. 1.0000.06.437135-4/001(1); TJ/PR Rev. 357.830-5; TJ/RS RA 70019169705.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 6. ed., São Paulo: RT, 2007, p. 278-279.

 omnes e, portanto, a Lei 11.464/07 seria mais gravosa em todos os aspectos, não podendo retroragir. 56

CONCLUSÃO

*

Como visto alhures, com a entrada em vigor da Lei 11.464/07 se instaurou uma polêmica quanto a sua (ir)retroatividade, tendo se formado vários posicionamentos na doutrina. E como se pode observar, o âmago desta discussão reside no alcance dos efeitos conferidos à decisão do Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 2º da Lei 8.072/90 no HC 82.959-7.

Em que pese os entendimentos em contrário, o Supremo Tribunal Federal ao caminhar para uma objetivação da jurisdição constitucional, acolhendo a tese da abstrativização do controle difuso e conferindo eficácia *erga omnes* à decisão proferida no HC 82.959-7, independentemente da suspensão pelo Senado Federal da execução do dispositivo, resolveu de uma maneira mais precisa a questão de direito intertemporal criada pela Lei 11.464/07.

Acompanhando o entendimento do Supremo quanto à mutação constitucional e a desnecessidade da suspensão da norma pelo Senado Federal (art. 52, X da CRFB/88), o regime integralmente fechado teria perdido a executoriedade em 23 de fevereiro de 2006, data em que foi declarado inconstitucional pelo seu Plenário. Assim, como o STF no que tange à declaração de inconstitucionalidade adota o modelo de Kelsen, o qual entende que a referida declaração atinge o plano de validade da norma e, consequentemente, o plano da eficácia, mantendo, contudo, a existência do dispositivo⁵⁷, a Lei 11.464/07 teria surgido apenas para adaptar o texto legislativo à decisão do Pretório quanto à progressão.⁵⁸

Destarte, após a declaração de inconstitucionalidade do regime integralmente fechado e antes da edição de nova norma disciplinadora, entendemos que o regime de cumprimento de pena para os delitos hediondos e equiparados deveria seguir a regra do art. 33 e seguintes do Código Penal e quanto à progressão de regime de crimes hediondos e equiparados, o disposto

57 KELSEN, op. cit., p. 235-238.

⁵⁶ Neste sentido cf. BRASIL, Informativo de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. nº 484 – outubro de 2007. HC 91.631 – Rel. Min. Carmem Lúcia.

⁵⁸ Como esclarece Fabio Ulhoa Coelho, atente-se para a precisão do conceito kelsiano: a validade não se confunde com a eficácia, esta é apenas a condição daquela. Cf. COELHO, Fabio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

no art. 112 da LEP, exigindo-se como requisito objetivo o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.⁵⁹

Frise-se que não se trata de efeito repristinatório, que trabalha com norma revogada e exige previsão expressa⁶⁰; aqui se trata de princípio da especialidade, que trabalha com norma geral e normal especial, decorrendo de uma simples análise hermenêutica.

Consequentemente, com o advento da Lei 11.464/07, duas deverão ser as análises: o regime fixado agora é o inicial fechado e as frações para progressão de regime são de 2/5 (dois quintos) se primário, e 3/5 (três quintos) se reincidente.

No que tange ao regime de cumprimento de pena, fica evidente que a Lei posterior é muito mais gravosa, visto que a partir dela o juiz estará obrigado a fixar o regime inicial fechado para todos os condenados por crimes hediondos ou equiparados, e não mais as disposições gerais do Código Penal, que lhe eram mais benéficas.⁶¹

Da mesma forma, as frações de 2/5 e 3/5, em muito desproporcionais⁶², são bem mais gravosas que a fração de 1/6 anteriormente aplicada pelo art. 112 da Lei 7.210/84.

Portanto, alicerçados no entendimento do Supremo, forçoso reconhecer que a Lei 11.464/07 é mais gravosa, não podendo retroagir, devendo-se aplicar quanto aos regimes (cumprimento e progressão) dos delitos hediondos e equiparados perpetrados até o início da sua vigência (29 de março de 2008), o disposto no art. 33 do Código Penal e art. 112 da Lei 7.210/84.

Não se trata, como afirmam alguns, de "invocar palavras sonantes com efeitos emocionais como 'intérpretes adeptos do Estado Humanitário de Direito'"⁶³, ou criar os "supostos constitucionalistas" que "possuem o dom de, lendo a Constituição, enxergar nela coisas que gostariam que ali estivessem, mas que, por opção soberana do Poder Constituinte,

Ŧ

⁵⁹ No mesmo sentido: Cf. FONSECA, Tiago Abud da. Reflexos da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da Inconstitucionalidade do Regime Integralmente Fechado legalmente previsto para os crimes hediondos e equiparados. *Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro*. ano 19. n. 21. Rio de Janeiro: 2006, p. 316-318.

⁶⁰ Art. 2°, §3° da Lei de Introdução ao Código Civil

⁶¹ O que acarreta a inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que fere o princípio da individualização da pena, agora não mais no momento executório ou administrativo, mas no momento judicial ou judiciário, retirando do juiz a competência para fixar o regime de cumprimento de pena (art. 59, III do CP). Trata-se do Poder Legislativo invadindo a seara exclusiva do Poder Judiciário, rompendo com o próprio pacto federativo e a tripartição dos poderes (violando o princípio da reserva de jurisdição). Neste sentido. Cf. CUNHA, Leonardo Rosa Melo da. O regime de cumprimento de pena na Lei 11.464/07: a inconstitucionalidade revigorada. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 180, p. 7-8, nov. 2007. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As ambulâncias e o Poder Judiciário - Reserva de jurisdição e direito de liberdade, in Revista da EMERJ. n. 29, p. 76-86, 2005. No mesmo sentido: J.J. Canotilho, que trabalha os mesmos fundamentos com o princípio da reserva de juiz. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed., Coimbra: Almedina, 2003, p. 673.

⁶² Quanto as criticas sobre a falta de proporcionalidade nas novas frações. Cf. FRANCO, 2007, p. 278.

definitivamente não estão. Exemplo disto é a cogitada eficácia erga omnes de decisão tomada em controle difuso de constitucionalidade". ⁶⁴

Na verdade, tal conclusão aqui exposta decorrerá da posição que vem se consolidando na doutrina e jurisprudência, fruto de um trabalho sério e consistente, calcado em teses objeto de estudo no mundo inteiro, sendo inadmissível possuir uma Constituição como a promulgada em 05 de outubro de 1988, e chegar a conclusões tão lamentáveis como estas.

Desconhecer a força normativa dos princípios, não extraindo os preceitos implícitos de uma Constituição, apoiado em teses positivistas requentadas e estigmatizando figuras como falsos legalistas e constitucionalistas, é uma postura que não se coaduna com a moderna jurisprudência⁶⁵ e atual dogmática constitucional, além de em nada ajudar na resolução de conflitos como o exposto neste trabalho.

Não se pode continuar admitindo o velho e surrado argumento que "além de não ter respaldo constitucional – seus defensores, aliás, não se dignam, em nenhum mómento, a apontar onde está o dispositivo legal ou constitucional que respalda expressamente esta afirmação, limitando-se a invocarem, levianamente, princípios constitucionais"66, encontrado com freqüência em peças acusatórias e sentenças padronizadas, que preferem não enxergar uma questão que parece óbvia (a força normativa da constituição).

⁶⁴ BASTOS, op. cit.

⁶⁵ Admitir do expressamente a tese da abstrativização: Cf. TJ/MG RA 1.0000.06.441871-8/001

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734. Acesso em: 18/04/08.
- BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio. O controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: Lições de Filosofia do Direito. trad. Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal. vol. I, Tomo I. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. vol. I, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2005
- CARVALHO, Amilton Bueno. e PINHEIRO MACHADO, Rafael R. da Silva. Lei 11.464/07 no tempo: sua ir(retroatividade). in Revista Brasileira de Ciências Criminais RBCCrim, n. 67, São Paulo: RT, 2007, p. 113-135.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. As ambulâncias e o Poder Judiciário Reserva de jurisdição e direito de liberdade, *in Revista da EMERJ*. n. 29, p. 76-86, 2005.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro. 2. ed., São Paulo: RT, 2000.
- COELHO, Fabio Ulhoa. Para entender Kelsen. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.
- COMIN, Fernando da Silva. Os crimes hediondos e a individualização da pena à luz de uma nova proposta de atuação . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1056, 23 maio 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8454. Acesso em: 18/08/08
- CUNHA, Leonardo Rosa Melo da. O regime de cumprimento de pena na Lei 11.464/07: a inconstitucionalidade revigorada. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 180, p. 7-8, nov. 2007.
- DIDIER JUNIOR., Fredie. <u>Transformações do Recurso Extraordinário</u>. in Processo e Constituição. Estudos em homenagem a professor José Carlos Barbosa Moreira. Luiz Fux, Nelson Nery Júnior, Teresa Arruda Alvim Wambier (coordenadores). São Paulo: RT, 2006

- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. vol. I, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Princípios Gerais do direito constitucional moderno.* vol. I, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1983.
- FONSECA, Tiago Abud da. Reflexos da Decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da Inconstitucionalidade do Regime Integralmente Fechado legalmente previsto para os crimes hediondos e equiparados. Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. ano 19. n. 21. Rio de Janeiro: 2006, p. 316-318.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- FRANCO, Alberto Silva. Crimes Hediondos. 4. ed., São Paulo: RT, 2000.
- GIACOMOLLI, Nereu José. A irretroatividade da Lei 11.464/07: requisitos tempora progressão de regime nos crimes hediondos. Disponível http://www.giacomolli.com
- GOMES, Luiz Flávio. Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: . Acesso em:18/04/08.
- GOMES, Luiz Flávio. STF admite progressão de regime nos crimes hediondos . Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181. Acesso em: 14 abr. 2007.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em sua unidade II. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. vol. I. Tomo I. 5. ed., Rio de Janeiro:Forense, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. trad. de João Baptista Machado. 7. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LEAL, João José. LEAL, Rodrigo José. Progressão de regime prisional e crime hediondo: análise da Lei 11.464/07 à luz da política criminal. *in Boletim Jurídico*. n. 236. Disponível em http://www.boletimjuridico.com.br.
- MAIA, Antonio Cavalcanti. As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos:

 Apontamento Acerca do Neoconstitucionalismo. *in Revista do Direito do Estado*, nº 5,

 Jan-Mar 2007.
- MARCÃO, Flávio. Curso de execução penal. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Teorias das Constituições Rígidas*. 2. ed., São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *in Revista de Informação Legislativa do Senado*. a. 41, n. 162 Brasília: abril/junho de 2004, p. 149-168. Disponível em http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_162/R162-12.pdf. Acesso em 12/09/2007.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. A tópica e o Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAES, Fernanda Teixeira Zanoide de. O STF foi além da progressão do regime prisional. in Boletim IBCCRIM. São Paulo: v.13, n.161, p. 2-3, abr. 2006.
- PORTO, Pedro Rui da Fontoura. A nova redação do art. 2º da Lei nº 8.072/90 e o sofisma da "novatio legis in pejus". Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1421, 23 maio 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9914. Acesso em 18/04/08.
- RAMOS, Elival da Silva. A Inconstitucionalidade das Leis: Vício e Sanção. São Paulo: RT, 1994.
- SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>. Acesso em:14 abr. 2007.
- SILVA, Ivan Luís Marques da. Previsões sobre a Lei nº 11.464/2007. Da resolução "indireta" do Senado Federal sobre a inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime para os crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1395, 27 abr. 2007. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9815. Acesso em 18/08/08.
- TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal.* 5. ed.,13. tiragem, São Paulo: Saraiva, 2007.
- VELOSO, Zeno. Controle Jurisdicional de Constitucionalidade. 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

A JURISPRUDÊNCIA NA ATUALIDADE DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Felippe Borring Rocha*

Resumo: O objetivo deste texto é chamar a atenção para a importância que a jurisprudência passou a desfrutar no ordenamento jurídico brasileiro, e analisar, ainda que superficialmente, os instrumentos mais relevantes que, introduzidos recentemente, se utilizam da jurisprudência como ferramenta de aplicação do processo cível.

Abstract: The objective of this text is to bring attention for the importance that the jurisprudence has received in the brazilian legal system, and to analyze, at least superficially, the most important instruments that have been introduced in the last years which use jurisprudence as a tool for the civil procedure.

Palavras-chave: Direito. Processo. Civil. Jurisprudência. Reforma.

Sumário: Introdução; O conceito de jurisprudência na atualidade; As formas de utilização da jurisprudência na prestação da tutela jurisdicional civil (organizados cronologicamente); A sistematização dos dispositivos; Conclusões; Referências bibliográfica.

"Iuris prudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia".

(A jurisprudência pertence ao divino e ao humano, ciência do justo e do injusto)

Ulpiano in, Digesto. 1.1.10.2 (l. 1 regularum)

1. Introdução

Como é sabido, na antigüidade, os julgamentos se assemelhavam às arbitragens e os juízes, muitas das vezes, não tinham formação jurídica. Por isso, os grandes juristas eram chamados para interceder nos julgamentos, apresentando pareceres e auxiliando na tarefa de aplicar o Direito. Assim, num primeiro momento, a palavra jurisprudência surgiu como manifestação dos grandes juristas sobre determinados temas e conflitos de interesses. Gradativamente, no entanto, as manifestações mais importantes, que antes se mantinham apenas na memória dos interessados, passaram por um processo de sistematização e integração ao ordenamento jurídico das nações incipientes. Os pareceres passaram a ser estratificados e organizados, de forma a criar um paradigma para futuros julgamentos. A jurisprudência, então, passou ser considerada como a consolidação do pensamento de determinados juristas que foi adotado como parâmetro para julgamentos semelhantes.

Ao longo do tempo, entretanto, os países de tradição romano-germânica foram subtraindo a importância da jurisprudência dos seus sistemas jurídicos, mormente no período chamado de Direito Vulgar, a partir do século IV (quando o Imperador Constantino transfere a capital de Roma para a cidade de Bizâncio). As principais fontes do direito nesta fase eram o costume e a fé religiosa. O Direito Romano e seus referenciais jurisprudenciais passaram a ser tratados como fontes secundárias (*ratio scripta* – razão escrita), associados negativamente ao paganismo e às práticas comerciais espúrias.

^{*} Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando e Mestre em Direito. Professor de graduação e pósgraduação em Direito. Professor dos cursos preparatórios para concurso.

No final da Idade Média, quando a jurisprudência começou a readquirir força, notadamente na seara do Direito Canônico, iniciou-se uma nova fase, de consolidação dos grandes códigos e do pensamento positivista. Com isso, dentro da ótica iluminista, a lei se impôs como fonte primária do Direito, em detrimento das demais fontes, que por ter um caráter subjetivo estariam foram da razão abstrata que deveria estruturar o ordenamento jurídico. No caso específico dos países ibéricos, por exemplo, onde afloraram grandes codificações, a aplicação da jurisprudência na solução dos conflitos foi cedendo terreno para outras técnicas, que acabaram por transformar a aplicação do Direito num processo mecânico e dissociado das realidades sociais adjacentes.

Desta forma, o Brasil acabou por absorver, inicialmente de Portugal e posteriormente de outros países, uma dogmática jurídica firmada em valores abstratizados e plasmados nas leis. Destarte, historicamente, no Brasil, os primeiros instrumentos de aplicação do Direito relacionados à jurisprudência podem ser observados ainda no período colonial, com as Ordenações do Reino de Portugal, que conferiam status vinculante aos assentos portugueses (julgados dos tribunais). Tais regras foram assimiladas desde as primeiras Constituições Republicanas e serviram de base, nas décadas subsequentes, aos prejulgados, que possuíam eficácia vinculante tanto no âmbito trabalhista como eleitoral. Somente na década de 60 é que surgiu no Supremo Tribunal Federal a base do que viria a ser nominado de direito sumular. Neste período foram editadas as primeiras súmulas de jurisprudência dominante, que, embora sem efeito vinculante, tinham como objetivo nortear a aplicação do Direito. Em pouco tempo, os tribunais inferiores passaram também a editar súmulas, orientações jurisprudenciais e precedentes normativos, contendo seus respectivos entendimentos prevalentes. Na década seguinte, o próprio Código de Processo Civil, prestigiando esse movimento, trouxe em seu texto o incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476 e seguintes do CPC), cujo julgamento poderia conduzir à edição de uma súmula de jurisprudência (art. 479 do CPC).

Ao longo do século XX, no entanto, os movimentos europeus de busca do acesso à Justiça ganharam força e passaram a exigir novos parâmetros de aplicação do Direito, comprometidos com a sua efetividade. Os novos imperativos teóricos, balizados nos estudos principiológicos e hermenêuticos, demandaram do juiz uma atividade mais interventiva em relação às normas jurídicas. A maior liberdade do juiz e o crescimento da demanda por tutela jurisdicional, por sua vez, impuseram a necessidade de maior controle e sistematização das manifestações judiciais. Neste contexto, a jurisprudência ressurge nos sistemas de civil law como um dos instrumentos de estudo e de orientação na aplicação do Direito.

O Direito brasileiro, em razão de uma enorme resistência cultural, somente ingressou no processo de revalorização da jurisprudência no final da década de 80. Nos anos que se seguiram, no entanto, várias normas passaram a adotar a jurisprudência como ferramenta de funcionamento. A inspiração, histórica e comparativa, dessas regras foram os sistemas de tradição consuetudinária (common law), como o Inglês e o Americano, e outros sistemas latinistas que também passaram ou estão passando por movimento semelhante, tais como o Italiano, o Português, o Argentino e o Espanhol. O ápice desse movimento, por certo, deu-se com a inserção no ordenamento jurídico brasileiro do efeito vinculante das súmulas de jurisprudência predominante editadas pelo STF (art. 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei n.º 11.417/06).

Apesar disso, paradoxalmente, o estudo da jurisprudência permanece pouco explorado no Brasil. O CPC sequer trata a jurisprudência como fonte do Direito. Os cursos jurídicos, por sua vez, ao contrário do que ocorre no exterior, não dão ênfase aos embates jurisprudenciais, preferindo adotar uma linha de ensino pautada, essencialmente, no Direito Positivo, distante da realidade forense. Os próprios operadores do Direito não tem dado a devida importância ao tema, preferindo tratar os julgados como simples fonte persuasiva de argumentação.

Por isso, o objetivo deste texto é chamar a atenção para a importância que a jurisprudência passou a desfrutar no ordenamento jurídico brasileiro e analisar, ainda que superficialmente, os instrumentos mais relevantes que, introduzidos recentemente, se utilizam da jurisprudência como ferramenta de aplicação da tutela jurisdicional na seara cível.

2. O conceito de jurisprudência na atualidade

Importante destacar, de início, que é comum encontrar a posição de alguns autores¹ defendendo a utilização da expressão precedente judicial ao invés de jurisprudência. Na visão destes autores, a palavra jurisprudência possui um conceito por demais amplo e impreciso. Ademais, concluem,² a expressão precedente judicial já é utilizada em diversos países, com maior precisão terminológica. Não obstante a excelência das citadas considerações, optou-se neste texto por adotar o termo jurisprudência exatamente pela sua diversidade e por seu valor histórico. Ademais, é inegável reconhecer que o direito positivo pátrio consagrou a nomenclatura jurisprudência, além do termo estar assentado na cultura e na linguagem iurídica brasileira.

Ainda assim, a definição do que seja a jurisprudência representa significativo desafio a ser enfrentado. Neste sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso³ aponta três acepções para a expressão jurisprudência: a) Num sentido comum, representa o somatório dos julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário; b) Num sentido mais próprio, técnico-jurídico, seria uma seqüência ordenada de acórdãos consonantes sobre certa matéria, prolatados num dado Tribunal ou numa certa Justiça; c) Num sentido potencializado, seria a tese que se destaca, de uma decisão ou conjunto de decisões, projetando efeito em face de outras demandas, virtuais ou pendentes (eficácia pan-processual). Marcelo Alves Dias de Souza⁴ acrescenta a esse rol, uma quarta acepção, segundo a qual jurisprudência seria sinônimo de filosofia ou ciência do direito.

Analisando as acepções apresentadas, necessário se faz refutar a primeira e as duas últimas, por serem, aquela, muito vaga, e estas, muito limitadas. De fato, dizer que jurisprudência é tudo que o Judiciário produz, retira do seu instituto seu principal atributo, que é segmentar as decisões judiciais, através de critérios qualitativos e quantitativos. Por outro lado, limitar a jurisprudência ao conjunto de decisões que, através da transcendência, logram atingir eficácia pan-processual, leva à desconsideração de toda a atividade judiciária exercida nos procedimentos que não contém mecanismos capazes de atribuir tal efeito à sua decisão. Necessário, ainda, frisar que a colocação da jurisprudência como sinônimo de ciência do direito se ajusta mais aos sistemas consuetudinários.

Por isso, diante da realidade brasileira, tem-se que a jurisprudência retrata a tese jurídica abstraída de uma decisão ou do conjunto uniforme de decisões proferidas por tribunais ou por turmas recursais, sobre um determinado tema e dentro de um espaco de

Em primeiro lugar, não se pode confundir a jurisprudência com o próprio julgado. Este decorre da aplicação da norma ao caso concreto, enquanto que aquela, retrata uma abstração extraída do sentido de um ou vários julgados. De fato, a jurisprudência é uma

¹ Por todos, confira-se a posição de José Rogério de Cruz e Tucci, **Precedente judicial como fonte do direito**,

p. 9, nota n.º 1.

² Precedente judicial pode ser definido, com apoio na interpretação de Marcelo Alves Dias de Souza do **Black**'s Law dictionary, como um caso sentenciado ou decisão da corte considerada como fornecedora de um exemplo ou de autoridade para um caso similar ou idêntico posteriormente surgido ou para questão similar de direito (Do precedente judicial à súmula vinculante, p. 41).

Divergência jurisprudencial e súmula vinculante, p. 130.

⁴ Do precedente judicial à súmula vinculante, p. 41, nota n.º 63.

fórmula abstrata e sucinta do cerne do julgado. Assim, um exemplo de uma jurisprudência recorrente nos tribunais superiores seria o seguinte: "A negativação indevida do nome da pessoa nos cadastros de maus pagadores enseja o dever de lhe ser reparado o dano moral que sofreu". Eis o sumo de diversos julgados que trataram de diferentes pedidos indenizatórios que tinham em comum o fato de decorrem de um ato cuja licitude é objeto de divergências.

Em segundo lugar, como se verá a seguir, a jurisprudência, via de regra, decorre de um conjunto de decisões. No entanto, por conta de algumas regras especiais, é possível extrair de uma única decisão uma tese jurídica capaz de servir de parâmetro para outros julgamentos e até vinculá-los. ⁵ Neste sentido, é possível citar, a título de ilustração, o efeito vinculante existente nas decisões proferidas pelo plenário do STF nas ações para controle de constitucionalidade (art. 102, § 2.°, da Constituição Federal e art. 10, 11, 21 e 28 da Lei n.° 9.868/99). Assim, não se poderia excluir do conceito de jurisprudência, por sua força vinculante, as decisões que, mesmo isoladas, têm alto grau de representatividade do entendimento prevalente no seio do Poder judiciário, em razão do regime jurídico a que se submetem. ⁶

Outro aspecto do conceito apresentado que necessita ser esclarecido é o fato da jurisprudência emanar, exclusivamente, de órgãos integrantes do Poder Judiciário. Destarte, não se pode considerar como fonte da jurisprudência as conclusões obtidas por órgãos administrativos, tribunais especiais e, mesmo, entidades privadas, como os tribunais arbitrais. A jurisprudência, ao menos em sua feição atual, no direito pátrio, é uma decorrência da atividade do Poder Judiciário. Mais especificamente, na segunda instância e nas instâncias superiores. Consoante, as decisões proferidas pelos tribunais têm uma maior representatividade e definitividade, por ser uma instância colegiada e revisora dentro da estrutura judiciária. Além disso, no Brasil, por conta da natureza nacional da maioria das normas jurídicas, é necessário que os tribunais superiores exerçam atividade de uniformização acerca da interpretação do Direito entre os órgãos inferiores. No caso do ordenamento jurídico brasileiro é preciso acrescentar, ao lado dos tribunais, também a produção das turmas recursais como fonte da jurisprudência. As turmas recursais, que não são tribunais, mas órgãos da primeira instância, indubitavelmente produzem paradigmas abstratos para o sistema dos Juizados Especiais.

Neste passo, importante destacar uma situação excepcional: a sentença liminar de improcedência (art. 285-A). Embora o art. 285-A fale que para proferir uma sentença liminar de improcedência seja necessário que no juízo já tenham sido proferidas sentenças de mesma natureza em casos similares, dando a entender que existiria uma "jurisprudência do próprio juízo", na realidade, segundo a melhor doutrina, essas sentenças devem necessariamente acolher o entendimento firmado pelas instâncias superiores. Assim, neste caso, não se poderia falar em jurisprudência da primeira instância, mas em decisões reiteradas no juízo e harmônicas com a jurisprudência superior.

Por fim, três elementos são determinantes no conceito de jurisprudência: as dimensões temática, espacial e temporal. É preciso, pois, que as decisões, quando analisadas em conjunto, tratem da mesma tese jurídica, dentro de um determinado tribunal, órgão

⁵ Sob este prisma, a jurisprudência se aproxima mais do conceito de precedente judicial, conforme definido pelos países adeptos do *common law*.

⁸ É preciso reconhecer, entretanto, que a maioria da doutrina pátria adota em seu conceito de jurisprudência, o requisito da multiplicidade de julgados. Assim, por exemplo, o conceito de Eduardo de Albuquerque Parente: "jurisprudência é o conjunto de decisões provindas de tribunais sobre determinada matéria em sentido isonômico, reiterado e predominante" (Jurisprudência: da divergência à uniformização, p. 5).

⁷ A esse respeito, confira Felippe Borring Rocha, **Juizados especiais cíveis**: aspectos polêmicos da lei n.º 9.099, de 29/9/95, p. 3.

⁸ Neste sentido, por todos, Luiz Rodrigues Wambier e outros, Breves comentários à nova sistemática processual civil, vol. II, p. 66.

fracionário ou turma recursal, num espaço definido de tempo, para que possam formar uma jurisprudência. Não é necessário, ressalte-se, que a acolhida da tese jurídica seja unânime entre todos os julgados que tratam da matéria, mas, na maioria das vezes, para que possa exercer suas diferentes funções jurisdicionais, é imprescindível que a jurisprudência seja dominante.

- 3. As formas de utilização da jurisprudência na prestação da tutela jurisdicional civil (organizados cronologicamente)
- 3.1. Cabimento do incidente de uniformização da jurisprudência (art. 476 do CPC 1973)

Art. 476. Compete a qualquer juiz, ao dar o voto na turma, câmara, ou grupo de câmaras, solicitar o pronunciamento prévio do tribunal acerca da interpretação do direito quando:

I - verificar que, a seu respeito, ocorre divergência;

II - no julgamento recorrido a interpretação for diversa da que lhe haja dado outra turma, câmara, grupo de câmaras ou câmaras cíveis reunidas.

()

3.2. Formação de súmulas no julgamento do incidente de uniformização da jurisprudência (art. 479 do CPC – 1973)

Art. 479. O julgamento, tomado pelo voto da maioria absoluta dos membros que integram o tribunal, será objeto de súmula e constituirá precedente na uniformização da jurisprudência.

Parágrafo único. Os regimentos internos disporão sobre a publicação no órgão oficial das súmulas de jurisprudência predominante.

3.3. Cabimento do recurso especial por dissídio jurisprudencial (art. 105, III, c, da Constituição Federal $-\,1988)$

Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

()

III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida:

(...)

- c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.
- 3.4. Permitir o julgamento monocrático pelo relator do conflito de competência (art. 120, parágrafo único, do CPC 1998)

⁹ O limite temporal normalmente deve estar associado a determinados marcos jurídicos, históricos, políticos, sociais etc. Assim, por exemplo, fala-se na jurisprudência do STF sobre ICMS após a edição da Constituição Federal de 1988, a jurisprudência do STJ sobre o equilíbrio contratual após a liberação do câmbio etc.

Art. 120. Poderá o relator, de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando o conflito for positivo, seja sobrestado o processo, mas, neste caso, bem como no de conflito negativo, designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Parágrafo único. Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente. (Parágrafo único incluído pela Lei n.º 9.756/98)

3.5. Cabimento da argüição de inconstitucionalidade (art. 481, parágrafo único, do CPC - 1998)

Art. 481. Se a alegação for rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado o acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno.

Parágrafo único. Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário, ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão. (Parágrafo único incluído pela Lei n.º 9.756/98)

3.6. Permitir o julgamento monocrático pelo relator do agravo de instrumento em recurso extraordinário ou em recurso especial (art. 544, §§ 3.º e 4.º, do CPC – 1998)

Art. 544. Não admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, caberá agravo de instrumento, no prazo de 10 (dez) dias, para o Supremo Tribunal Federal ou para o Superior Tribunal de Justiça, conforme o caso.

§ 3º Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial. (Parágrafo terceiro incluído pela Lei n.º 9.756/98)

§ 4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se também ao agravo de instrumento contra denegação de recurso extraordinário, salvo quando, na mesma causa, houver recurso especial admitido e que deva ser julgado em primeiro lugar. (Parágrafo quarto incluído pela Lei n.º 9.756/98)

3.7. Permitir o julgamento monocrático pelo relator do recurso (art. 557, caput e \S 1.°-A, do CPC – 1998)

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Caput com redação atribuída pela Lei n.º 9.756/98)

§ 1°-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Parágrafo primeiro, A, incluído pela Lei n.º 9.756/98)

3

3.8. Dotar de efeito vinculante a decisão proferida pelo STF no controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, § 2.°, da Constituição Federal e art. 10, 11, 21 e 28 da Lei n.° 9.868/99)

Constituição Federal

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

(

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. (redação atribuída pela Emenda Constitucional n.º 45/04)

Lei n.º 9.868/99

Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

(...)

- Art. 11. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União e do Diário da Justiça da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo solicitar as informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, observando-se, no que couber, o procedimento estabelecido na Seção I deste Capítulo.
- \S 1º A medida cautelar, dotada de eficácia contra todos, será concedida com efeito ex nunc, salvo se o Tribunal entender que deva conceder-lhe eficácia retroativa.
- $\S~2^\circ$ A concessão da medida cautelar torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação em sentido contrário.
- Art. 21. O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo.

Parágrafo único. Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia.

Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.

Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

3.9. Cabimento do pedido¹⁰ de uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Cíveis Federais (art. 14, §§ 1.° e 2.°, da Lei n.° 10.259/01)

¹⁰ Necessário destacar que o que se tem aqui não é um "pedido", mas verdadeiro recurso, análogo aos embargos de divergência previstos no art. 546 do CPC. Não obstante, para fins didáticos e para não desviar o texto de seus objetivos, será adotada a definição legal.

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

§ 10 O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma Região será julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito, sob a presidência do Juiz Coordenador. § 20 O pedido fundado em divergência entre decisões de turmas de diferentes regiões ou da proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante do STJ será julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais, sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal. (...)

3.10. Cabimento de pedido¹¹ de uniformização da jurisprudência ao STJ (art. 14, § 4.°, da Lei ı.º 10.259/01)

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...) § 4.º Quando a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça – STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

3.11. Permitir a reapreciação dos pedidos de uniformização da jurisprudência suspensos (art. 14, §§ 6.º e 9.º, da Lei n.º 10.259/01)

Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei.

(...)

§ 6.º Eventuais pedidos de uniformização idênticos, recebidos subsequentemente em quaisquer Turmas Recursais, ficarão retidos nos autos, aguardando-se pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça.

(...)

§ 9.º Publicado o acórdão respectivo, os pedidos retidos referidos no § 6.º serão apreciados pelas Turmas Recursais, que poderão exercer juízo de retratação ou declará-los prejudicados, se veicularem tese não acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça.

3.12. Cabimento do recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais (art. 15 da Lei n.º 10.259/01)¹²

¹¹ Mais uma vez, afirma-se que o instituto aqui tratado não é um "pedido", mas um recurso, similar ao recurso especial por dissídio jurisprudencial disposto no art. 105, III, c, da CF. Note-se, ainda, que tal "pedido" é inconstitucional, por ampliar a competência recursal do STJ, através de norma infraconstitucional. Pelos menos motivos expostos na nota anterior, entretanto, tais observações serão aqui desconsideradas.

motivos expostos na nota anterior, entretanto, tais observações serão aqui desconsideradas.

12 Tem-se aqui outra norma que, em tese, viola a Constituição Federal. As hipóteses de cabimento do recurso extraordinário estão previstas exaustivamente no art. 102, III, da CF. Logo, dizer que o processamento recurso extraordinário segue o modelo previsto para o "pedido" de uniformização acaba por criar uma nova hipótese de cabimento do recurso extraordinário, semelhante ao pré-falado recurso especial por dissídio jurisprudencial.

2

Art. 15. O recurso extraordinário, para os efeitos desta Lei, será processado e julgado segundo o estabelecido nos §§ 4.º a 9.º do art. 14, além da observância das normas do Regimento.

3.13. Dispensar o reexame necessário (art. 475, § 3.°, do CPC - 2001)

Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

(...)

§ 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente. (Parágrafo terceiro incluído pela Lei n.º 10.352/01)

3.14. Cabimento do incidente de argüição de relevância (art. 555, § 1.°, do CPC - 2001)

Art. 555. No julgamento de apelação ou de agravo, a decisão será tomada, na câmara ou turma, pelo voto de 3 (três) juízes. (Artigo com redação atribuída pela Lei n.º 10.352/01)

§ 1º Ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo órgão colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso. (Parágrafo primeiro com redação atribuída pela Lei n.º 10.352/01)

3.15. Tornar inexigível o título executivo (art. 475-L, § 1.°, e 741, parágrafo único, do CPC – 2005)

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

(...

II - inexigibilidade do título;

(...)

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Parágrafo primeiro incluído pela Lei n.º 11.232/05)

(...)

Art. 741. Na execução contra a Fazenda Pública, os embargos só poderão versar sobre: (...)

III - ilegitimidade das partes;

(...)

Parágrafo único. Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considerase também inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. (Parágrafo único incluído pela Lei n.º 11.232/05) 3.16. Permitir o julgamento liminar de improcedência da demanda (art. 285-A do CPC - 2006)

Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada. (Artigo incluído no CPC pela Lei n.º 11.277/06)

3.17. Inadmitir a apelação - súmula impeditiva de recurso (art. 518, § 3.º, do CPC - 2006)

Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal. (Parágrafo primeiro incluído pela Lei n.º 11.276/06)

3.18. Dotar de efeito vinculante das súmulas de jurisprudência predominante editadas pelo STF (art. 103-A da Constituição Federal e Lei n.º 11.417/06)

Constituição Federal

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Artigo incluído pela emenda Constitucional n.º 45/04)

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso."

Lei n.° 11.417/06

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas

esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

3.19. Permitir o reconhecimento da repercussão geral no recurso extraordinário (art. 543-A, § *3.°, do CPC – 2006)

Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo. (Artigo incluído pela Lei n.º 11.418/06) (...)

- § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. (Parágrafo terceiro incluído pela Lei n.º 11.418/06)
- 3.20. Dotar de efeito vinculante a decisão do STJ no julgamento do recurso especial paradigmático (art. 543-C, §§ 7.º e 8.º, do CPC 2008)
 - Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo. (Artigo incluído pela Lei n.º 11.672/08)
 - § 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça. (Parágrafo primeiro incluído pela Lei n.º 11.672/08)
 - § 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida. (Parágrafo segundo incluído pela Lei n.º 11.672/08)
 - § 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:
 - I terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou
 - II serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça. (Parágrafo sétimo incluído pela Lei n.º 11.672/08)
 - § 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial. (Parágrafo oitavo incluído pela Lei n.º 11.672/08)

4. A sistematização dos dispositivos

Ao lado de sua tradicional função de fonte do Direito, na atualidade da processualística civil, a jurisprudência assume diferentes papéis. Analisando as normas supracitadas é possível assim agrupar as suas funções:

a) É requisito para o cabimento de determinados incidentes (uniformização da jurisprudência nos tribunais, uniformização da jurisprudência nas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis Federais, uniformização da jurisprudência ao STJ e arguição de

- relevância) e recursos (recurso especial por dissídio jurisprudencial, recurso extraordinário no âmbito dos Juizados Especiais Federais, recurso extraordinário e apelação);
- b) Permite a dispensa de determinadas etapas processuais (reexame necessário, citação e instrução probatória);
- c) Possui efeito vinculante (recurso especial paradigmático, controle concentrado de constitucionalidade e súmulas vinculantes);
- d) Permite a formação de súmulas;
- e) Permitir a reapreciação dos pedidos de uniformização da jurisprudência suspensos perante as turmas recursais federais;
- f) Permitir o julgamento monocrático pelo relator (recursos e conflito de competência);
- g) Tornar inexigível o título executivo.

5. Conclusões

Como visto, o movimento de revalorização da jurisprudência no Brasil pode ser inserido, sob determinada ótica, num processo muito mais abrangente, de reconstrução dos ordenamentos jurídicos no período de pós-modernismo. Temas como globalização, democracia, constitucionalização, dentre outros, obrigaram os Estados a repensar suas estruturas e, por conseguinte, a forma como se portam diante dos conflitos sociais. As soluções tradicionais, arquitetadas nos séculos anteriores, não são mais capazes de responder adequadamente os desafios apresentados por uma sociedade complexa, plural e interativa.

A valorização da jurisprudência retrata, pois, a busca pela aproximação do Direito com a realidade social na forma como ela é percebida pelos tribunais. A decisão judicial é o resultado de um trabalho dialético estabelecido entre o Estado-Juiz e os operadores do Direito (advogados, procuradores e membros do Ministério Público), diante das situações concretas que são deduzidas em juízo. É um processo conjunto de lapidação da norma para as questões reais da sociedade. Com isso, a manifestação judicial, uma vez que reiterada pelos tribunais, passa a ter uma legitimidade, uma representatividade e uma dinâmica muito maior que a própria norma que lhe serviu de base.

Além disso, com a utilização da jurisprudência é possível preservar um dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico pátrio: a igualdade. De fato, a existência de decisões judiciais conflitantes contribui para criar um ambiente de insegurança jurídica e multiplicação dos litígios. Importante destacar também que com base na jurisprudência é possível acelerar a prestação da tutela jurisdicional, tornando-a mais eficiente e permitindo a concentração nos trabalhos de julgamento das novas questões que surgem a cada dia.

As críticas e objeções que são feitas ao uso da jurisprudência no Direito brasileiro, algumas infundadas, outras de grande relevância, devem ser encaradas como contribuições para o aperfeiçoamento dos instrumentos criados. É necessário, acima de tudo, sopesar os valores envolvidos para promover uma interpretação conforme a constituição e capaz de gerar uma maior proteção aos direitos e garantias fundamentais.

É imprescindível, também, trazer os institutos presentes nos ordenamentos jurídicos de outros países, desde que precedidos da devida adaptação, para completar e aprimorar o quadro já existente no Direito brasileiro. Neste sentido, tem especial destaque a verificação dos elementos contidos nos ordenamentos jurídicos dos países anglo-saxões que, como dito, têm reconhecida experiência na aplicação da jurisprudência como meio compositivo dos conflitos.

Por fim, é crucial criar uma cultura jurisprudencial sólida e homogênea nos meios jurídicos, para que esse instituto possa corresponder aos seus novos objetivos. Este processo deve começar nas escolas de Direito e se estender até os tribunais superiores, com a utilização maciça da informática e dos meios de comunicação. Neste sentido, não se pode descurar da fixação de critérios claros e uniformes para a identificação da jurisprudência (parâmetros temático, espacial e temporal).

6. Referências

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2001. Teoría de los derechos fundamentale. Madri: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2001. ALLAN, T.R.S. Constitutional justice: a liberal theory of the rule of law. Oxford: Oxford University Press, 2001. ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Manual de direito processual civil. Vol. I. 9.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. ALVIM, José Eduardo Carreira. Teoria geral do processo. 9.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, AMARAL, Jorge Augusto Pais de. Direito processo civil. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2001. ASSIS, Araken de. Manual da execução. 11.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. BERMUDES, Sérgio. A reforma do Código de Processo Civil: observações às leis 8.950, 8.951, 8.952, 8.953 de 13 de dezembro de 1994. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. Introdução ao processo civil. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996. BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. . Teoria do ordenamento jurídico. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. BUENO, Cássio Scarpinella. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2005. A nova etapa da reforma do Código de Processo Civil. Vol. II. 2.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. BÜLOW, Oskar Von. Teoria das exceções e dos pressupostos processuais. 2.ª ed., São Paulo: LZN, 2005. CALAMANDREI, Piero. Instituições de direito processual civil. Vol. I. 2.ª ed., Campinas: Bookseller, 2003. . Instituições de direito processual civil. Vol. II. 2.ª ed., Campinas: Bookseller, 2003. CALDERÓN, Iván A. Recursos. Mendoza: Jurídicas Cuyo, 2007. CAMARA, Alexandre Freitas. Juizados especiais cíveis estaduais e federais: uma abordagem crítica. Vol. I, 16.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. . Lições de direito processual civil. Vol. I, 16.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 4ª ed., Coimbra: Almedina, 2000. CAPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. Acesso à Justiça, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. São Paulo: Classic Book, 2000.

CASTRO JR., Osvaldo Agripino. Introdução à história do direito: Brasil X Estados Unidos. Florianópolis: CESUSC, 2001.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, vol. I, Campinas: Bookseller, 1998.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13.ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A fazenda pública em juízo. 5.ª Ed., São Paulo: Dialética, 2007.

_____. Inovações no processo civil: comentários às leis 10.352 e 10.358/2001. São Paulo: Dialética, 2002.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 2ª. ed., Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. A reforma da reforma, 4.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Fundamentos do processo civil moderno. Vol. II, 5.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. Compêndio de introdução à ciência do direito. 19.ª, São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAZZALARI, Elio. Istituzioni di diritto processuale. 8.ª ed., Padova: Cedam, 1996.

FREITAS, José Lebre de. Estudos sobre direito civil e processo civil: princípios processuais, e limites da jurisdição; declaração, factos e prova; caso julgado; execução. Coimbra: Coimbra, 2002.

FUX, Luiz. A reforma do processo civil. Niterói: Impetus, 2006.

GERALDES, António Santos Abrantes. **Temas da reforma do processo civil**: 1 – princípios fundamentais; 2 – fase inicial do processo declarativo. 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 1998.

GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2ª. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GIORDANI, Mário Curtis. Iniciação ao Direito Romano. 2.ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1991.

GOLDSCHIMIDT, James. Direito processual civil. Tomo I. Campinas: Bookseller, 2003.

_____. Teoria geral do processo. Campinas: Minelli, 2003.

GONZÁLEZ, Santiago Rodrigo. Manual de derecho processal y comercial. Buenos Aires: La Ley, 2007.

GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. Vol. I, 19.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo Constitucional e Direitos Fundamentais, São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 2001.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao estudo do direito. 40.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HOBBES, Thomas. Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

KELLY, John M. Storia del pensiero giuridico occidentale. Bologna: Il Mulino, 1996.

\$

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. 4.ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

LOPES, Carlos Alberto de Souza. **Constituição da República Federativa do Brasil:** quadro comparativo. Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, 1996.

LOSANO, Mario Giuseppe. Os Grandes Sistemas Jurídicos. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

MACHADO, António Montalvão; PIMENTA, Paulo. O novo processo civil. 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**, 3.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Súmula vinculante, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do processo de conhecimento. 4.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARQUES, José Frederico Marques. Manual de direito processual civil. Vol. I. 9.ª ed., Campinas: Millennium, 2003.

MEDINA, Diego Eduardo Lopez. Teoría Impura del Derecho: La transformación de la cultura jurídica latioamericana. Bogotá: Legis, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Teses, estudos e pareceres de processo civil. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo III: arts. 154 a 281, Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **Do espírito das leis**. 2.ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1979.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. V, 11.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. O novo processo civil brasileiro: exposição sistemártica do procedimento. 25.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

____. Temas de Direito Processual. 2.ª série, São Paulo: Saraiva, 1987.

_____. Temas de Direito Processual. 6.ª série, São Paulo: Saraiva, 1997.

. Temas de direito processual. 9.ª Série, Rio de Janeiro: Saraiva, 2007.

NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e legislação complementar. 39.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais:** teoria geral dos recursos. 5.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Celso. Estrutura fundamental do processo civil: tutela jurídica processual, ação, processo e procedimento. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NOGUEIRA, Gustavo Santana (org.). A nova reforma processual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Do formalismo no processo civil, São Paulo, Saraiva, 1997

PALACIO, Lino Enrique. Manual de derecho procesal civil. 18.ª ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

PARENTE, Eduardo de Albuquerque. **Jurisprudência**: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006.

PEREIRA, Guilherme Bollorini. Juizados especiais federais cíveis: questões de processo e de procedimento no contexto do acesso à justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RAWLS, John. Justiça e democracia. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

REALE, Miguel. Fontes e modelos do direito: para um ovo paradigma hermenêutico. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27.ª, São Paulo: Saraiva, 2006.

ROCHA, Felippe Borring. **Juizados especiais cíveis**: aspectos polêmicos da lei n.º 9.099, de 26/9/95. 4.ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Teoria geral dos recursos cíveis. São Paulo: Elsevier, 2008.

ROSAS, Roberto. **Direito sumular**: Comentários às súmulas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. 12.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

SANTOS, Ernani Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. Vol. I, 11.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

SATTA, Salvatore. Direito processual civil. Vol. I, São Paulo: LZN, 2003.

SICHENS, Luiz Recasens. Tratado de sociologia, Porto Alegre: Globo, 1970.

SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. **História do direito português:** fontes de direito. 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de processo civil: processo de conhecimento. Vol. I, 4.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Common law**: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SORMANI, Alexandre; SANTANDER, Nelson Luis. Súmula vinculante: um estudo à luz da emenda constitucional 45. Curitiba: Juruá, 2007.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do precedente judicial à súmula vinculante**. Curitiba: Juruá, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 47.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Lineamentos da nova reforma do CPC. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Precedente judicial como fonte do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. Introduccion al estúdio del derecho procesal. 1.ª Parte, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord.). Curso avançado de processual civil. Vol. III, 7.ª ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**. 3.ª ed., São Paulo: Revista do Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** vol. II, São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. **Breves comentários à nova sistemática processual civil.** vol. III, São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. 3.ª ed., São Paulo: Perfil, 2005.

WATSON, Alan Legal Transplants: An Approach to Comparative Law. Second Edition. Athens, Georgia: The University of Georgia Press, 1993.

ASPECTOS PONTUAIS DA GUARDA COMPARTILHADA

Francisco Messias Neto¹

RESUMO

Abordamos as principais alterações de ordem práticas introduzidas pela Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, disciplinando sobre a guarda unilateral, compartilhada e sobre alguns institutos conexos, tais como: guarda alternada (ou pendular); responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores; alimentos; visitação; direito de fixar residência; requisitos para a concessão da guarda compartilhada; divisão de responsabilidade dos pais; foro competente para dirimir conflitos entre pais e filhos sob guarda compartilhada, e de medidas para se

efetivar o cumprimento do pactuado na guarda compartilhada.

PALAVRAS-CHAVES: Guarda compartilhada; ...

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de refletir e traçar as principais alterações de ordem práticas introduzidas pela Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, disciplinando sobre a guarda unilateral e

compartilhada.

Oportuno registrar, que esta nova legislação não inovou a respeito da guarda compartilhada, pois diversos Tribunais Estaduais e o próprio Superior Tribunal de Justiça já a

sufragavam em suas decisões.

Nesta perspectiva, pretendemos discorrer sobre a guarda compartilhada e sobre alguns institutos conexos, tais como: guarda alternada (ou pendular); responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores; alimentos; visitação; direito de fixar residência; requisitos para a concessão da guarda compartilhada; divisão de responsabilidade dos pais;

¹.Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

Professor substituto da Universidade Federal Fluminense - UFF.

172

foro competente para dirimir conflitos entre pais e filhos sob guarda compartilhada, e de medidas para se efetivar o cumprimento do pactuado na guarda compartilhada.

DO PODER FAMILIAR E SEU CONCEITO 2.

É o poder familiar, denominação adotada pelo atual Código Civil para o antigo pátrio poder, tratado no Código Civil de 1916, que confere aos pais, dentre outros, o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los de quem ilegalmente os detenha², por isso, a necessidade de se oferecer o seu conceito.

O poder familiar não foi trazido ao Direito brasileiro como aquele poder despótico concebido no Direito Romano³, que representava uma sujeição dos filhos em relação ao domínio paterno - voltado ao exercício de poder dos pais sobre os filhos - muito embora estivesse presente no Código Civil de 1916 uma visão bastante discriminatória, uma vez que a mãe não podia atuar da mesma forma que o pai na educação, cuidados e escolhas em geral para com os filhos do casal, tendo em vista que o exercício do referido poder era desigual⁴. Assim era, a título de exemplo, no que se refere a emancipação dos filhos⁵, chefia da sociedade conjugal⁶, autorização para o casamento⁷.

A Constituição de 1988, no entanto, alargou o conceito de família8 e passou a proteger de forma igualitária todos os seus membros, sejam os partícipes dessa união como também os seus descendentes⁹.

² Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.

³"O pátria potestas dos romanos antigos era muito extenso, ao início, pois abrangia o poder de vida ou morte, mas gradativamente restringiu-se, como se vê em antigo aforismo, enunciando que o pátrio poder deve ser exercido com afeição e não atrocidade" - Pátria potestas in pietate debet, non in atroitate, consistere. Paulo Luiz Netto Lobo. DO PODER FAMILIAR: Direito de Família e o Novo Código Civil, p. 155. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Rosana Barbosa Cipriano Simão. Abuso de direito no exercício do poder familiar, in Guarda Compartilhada. Aspectos Psicológicos e Jurídicos, pp. 38-39. Ed. Equilíbrio.

Parágrafo 1º, I do art. 9º do Código Civil de 1916.

⁶ Art. 233 do Código Civil de 1916.

Art. 186 do Código Civil de 1916.

⁸ Vale transcrever, sobre este ponto, a síntese que se segue: "Os princípios da igualdade e da liberdade, segundo os ditames constitucionais, emolduram as relações familiares. Os laços de solidariedade entre pais e filhos são fortalecidos pelo legislador, que consolida os deveres dos pais em relação aos filhos e destes em relação aos seus pais. Essa relação, antes baseada no temor da autoridade paternal, transformou-se em respeito mútuo, em coparticipação. A família não é mais constituída por um chefe com poderes indiscutíveis, mas sim por membros que possuem direitos e deveres". Conrado Paulino da Rosa. In artigo: Responsabilidade dos pais pelos danos causados por seus filhos menores: A aplicabilidade da jurisprudência argentina no direito brasileiro. Revista de Direito do TJ-RJ. Nº. 68, p. 56. Rio de Janeiro: Editora Espaço Jurídico, 2006.

A família, portanto, deixa de ser vista como mera instituição jurídica e assume uma feição de instrumento para promoção da personalidade humana, mais atual e afinada com o tom constitucional da dignidade da pessoa humana¹⁰, tornando-se um lugar privilegiado, o ninho afetivo, onde a pessoa nasce inserida e na qual modelará e desenvolverá a sua personalidade e as suas potencialidades, na busca de sua felicidade, que é o seu verdadeiro objetivo.

Ainda, a inclusão do poder familiar no texto constitucional, a partir de 1988, no caput do art. 229, o elevou a natureza de direito e dever fundamental, conforme preconizado por CANOTILHO e JORGE MIRANDA¹¹, citados pela juíza alagoana ANA FLORINDA DANTAS¹², que assevera que "em decorrência dos valores jurídicos que visa regular, a sua evolução levou à necessidade de que lhe fosse dado um novo enquadramento como categoria jurídica, sendo a mais atual aquela que o inclui no rol dos direitos subjetivos".

E, por sua vez, no caput do art. 227 da Constituição brasileira outorgou-se à criança e ao adolescente o direito à dignidade, já presente como princípio fundamental no art. 1º, inciso III, e, como diz PAULO LUIZ LÔBO¹³, um "conjunto mínimo de deveres cometidos à família, a fortiori ao poder familiar, em benefício do filho" menor, como o direito à vida, à saúde, educação, alimentação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e a proteção contra a negligência, violência, discriminação, crueldade e opressão.

Em síntese, o poder familiar dos pais é um direito (poder)-dever que constitui um ônus que a sociedade organizada a eles atribui14, de forma conjunta e em igualdade de

Rodrigo da Cunha Pereira. Apresentação, in Temas Atuais de Direito e Processo de Família, Primeira Série,

Ana Florinda Dantas. O Controle Judicial do Poder Familiar quanto à Pessoa do Filho: Temas Atuais de Direito e Processo de Família, Primeira Série, p. 114. Ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

¹³ Paulo Luiz Netto Lobo. Direito de Família e o Novo Código Civil: Do poder familiar, p. 156. Ed. Belo Horizonte: Del Rey. 2002.

⁹ Essa mudança de paradigma foi de tamanha importância que mereceu por parte Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes Novaes ser chamada de revolucionária. Euclides de Oliveira e Giselda Maria Fernandes. Do Direito de Família: Direito de Família e o Novo Código Civil, p. 3. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

p. IX. Ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Júris*, 2004.

¹¹ J.J. Gomes Canotilho. *Constituição da República portuguesa anotada*, p. 231. No mesmo sentido, Jorge Miranda. Sobre o poder parental, in Revista de direito e estudos sociais, ano 32, jan./dez/1990, pp. 55-56.

Oportuno a preciosa digressão que se segue: "... a proteção dos direitos infanto-juvenis, os quais não se limitam à guarda, sustento e educação, inerentes ao exercício do poder familiar (antigo pátrio poder), na forma prevista no Código Civil. Assim, o dever-poder dos pais, de forma concorrente com o Estado e a sociedade, inclui, além daqueles, a garantia de direitos outros, dentre eles, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar, além de colocá-los "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e

condições pelo pai e pela mãe, em razão da circunstância da parentalidade, no interesse dos filhos e também no próprio interesse dos genitores, porque estar presente ao desenvolvimento da pessoa do filho corresponde também as necessidades psicológicas dos pais, de compartilharem da personalização, crescimento e o desenvolvimento de seus filhos, formando-os e fortalecendo-os para a sociedade e para a vida, atuando, pois, diretamente em sua educação, criação e proteção, como forma de realização pessoal no papel de pai ou mãe 15.

3. DA GUARDA - CONCEITO

Em excelente obra, SILVANA MARIA CARBONERA define guarda, na perspectiva do Direito de Família, como um "instituto jurídico através do qual se atribui a uma pessoa, o guardião, um complexo de direitos e deveres, a serem exercidos com o objetivo de proteger e prover as necessidades de desenvolvimento de outra que dele necessite, colocada sob sua responsabilidade em virtude de lei ou decisão judicial".

A própria autora ressalva, no entanto, que se trata de um esboço do conteúdo da guarda e, por isso, não seria uma definição perfeita e acabada.

A guarda legal¹⁷ é inerente ao poder familiar, pois é justamente este poder que confere aos pais o direito de ter os seus filhos em sua companhia e guarda, e de reclamá-los

opressão". Não bastaria a Constituição e a lei prevê a garantia de tais direitos, impondo a proteção integral também aos pais, sem que autorizasse, em conseqüência, a devida punição dos mesmos pela infrigência de tais normas. A evolução social e científica, ao reconhecer que as necessidades do homem vão além das materiais e físicas, incluindo as emocionais e psíquicas, refletiu no ordenamento jurídico pátrio, que passou a contemplar normas que protegem os direitos extrapatrimoniais e, consequentemente, as que punem a infrigência dos mesmos. Assim, não se pode limitar a aplicação do art. 159 do Código Civil/1916, que tem no art. 186, correspondente no novo Código Civil/02, a inclusão do dano moral no rol dos atos ilícitos, passíveis de indenização. Com fulcro em tais fundamentos, este colegiado se filia à corrente que entende possível a condenação dos genitores por danos morais causados a filho (os), quando devidamente comprovados em cada caso concreto, trazido ao exame do Judiciário". Apelação Cível nº 62.576/2006. Des. Cláudio de Mello Tavares − Presidente e Relator. Revista de Direito, TJ-RJ. № 74, pp. 229/236. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2008. ¹¹5 Silvana Maria Carbonera. Guarda de Filhos − Na família Constitucionalizada, p. 64. Ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2000.

¹⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, pp. 47-48.

¹⁷ A guarda legal sendo "compreendida como a modalidade decorrente da relação paterno-filial e exercida pelos pais sem a necessidade de intervenção judicial." Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 77.

de quem ilegalmente os detenha¹⁸, o que explica a razão de seu conceito se confundir com a própria definição do poder familiar¹⁹.

O poder familiar, portanto, é um antecedente lógico e necessário ao exercício ou concessão da guarda do filho aos pais, pois, para que estes a exerçam necessitam estar no seu exercício pleno²⁰.

DA GUARDA – NATUREZA JURÍDICA 4.

A guarda é "simultaneamente um direito e um dever dos pais", conforme ensinamento de ORLANDO GOMES²¹, pois cabe ao guardião, que é quem exerce a guarda, "o direito de estabelecer o domicílio legal de seu filho, de permitir que permaneça com terceira pessoa, de orientar e impor comportamento, de restringir as relações sociais, de obrigar a formação escolar e profissional", bem como "o dever de desenvolver o espírito e as atitudes sadias da criança e do adolescente, incutindo no espírito o sentido do bem, do justo e de perspectivas de se tornar um elemento útil à sociedade"22.

De acordo com a lição de SILVIO RODRIGUES, a guarda é tanto um dever como um direito dos pais: dever pois cabe aos pais criarem e guardarem o filho, sob pena de abandono; direito no sentido de ser indispensável a guarda para que possa ser exercida a vigilância, eis que o genitor é civilmente responsável pelos atos do filho²³.

DA GUARDA UNILATERAL, COMPARTILHADA E ALTERNADA 5.

A) Guarda Unilateral

Art. 1.634, II e VI, do Código Civil.
 A este respeito, Marco Aurélio S. Viana assinala que: "A guarda não é da essência, mas da natureza do pátrio-poder, podendo ser confiada à terceiro. É direito que admite desmembramento, é destacável, sendo possível que convivam pátrio - poder e direito de guarda, aquele com os pais, este com terceiro". Marco Aurélio S, Viana. De Guarda, da Tutela e da Adoção, p. 28. Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.991.

Arts. 1.583, 1584 e 1.634, II, todos do Código Civil.

²¹ Orlando Gomes. Direito de família, p. 395. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. ²² Arnaldo Rizzardo. Direito de família, p. 565. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

²³ Silvio Rodrigues. Direito Civil: Direito de família, p.344. Editora São Paulo: Saraiva, 1995.

A guarda unilateral²⁴ é atribuída unicamente a um só dos genitores²⁵ ou a alguém que o substitua²⁶ ²⁷, e que revele, nos termos do parágrafo 2° do art. 1.583 do Código Civil, melhores condições²⁸ para exercê-la.

Os poderes do genitor guardião em relação aos filhos seriam desiguais em comparação com os poderes²⁹ do genitor não guardião, pois o exercício dos poderes deste seria restrito30.

O genitor não guardião sofreria, portanto, uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

Fato é que o legislador não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião. A ele restaria, em princípio, o direito de visitar, ter a companhia e fiscalizar a educação e manutenção dos filhos³¹. Agora, conforme a redação do parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, muito embora lhe seja facultado o direito de recorrer ao judiciário sempre que entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

Interpretando o parágrafo 3ª do art. 1.583 e o art.1.589, ambos do Código Civil, concluímos que o genitor não guardião continua com o direito - e não dever - de visitar o

²⁴ Art. 1.583 do Código Civil. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Parágrafo 1º: Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (parágrafo 5º do art. 1.584 do código civil) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

Cumpre, por oportuno, uma vez mais com Ana Florinda Dantas, in obra citada, pp. 130-131, aduzir: "Questiona-se se, diante da igualdade de direitos entre o homem e a mulher, se há ainda em favor da mãe prioridade quanto à guarda do filho, quando não há coabitação entre os pais, preferência que era assegurada pelo Decreto-lei nº 3.200/41 e pela Lei do Divórcio".

Após a Constituição de 1988, contudo, essas regras foram revogadas, e hoje o único critério a ser observado é o das melhores condições para o exercício da guarda, independente do sexo do guardião, e inclusive a guarda pode ser atribuída a ambos, de forma compartilhada.

A exceção se prende, pelo inegável fator biológico da maternidade, à hipótese do neonato, quando lhe é assegurada a permanência junto à mãe, mas, a partir do momento em que tais condições não subsistam, entendemos que os critérios de decisão devem ser aqueles anteriormente comentados, e, uma vez verificado que junto ao pai o seu interesse será melhor atendido, não encontramos mais nenhum fundamento legal ou moral para manter a guarda do filho menor com a mãe, contrariando todos ou outros fatores que devem ter prioridade nesse tipo de decisão".

²⁶ Parágrafo 1º do art. 1.583 do Código Civil.

²⁷ Parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil, esclarece em que circunstâncias a guarda pode ser estabelecida em favor de uma terceira pessoa.

28 Deve-se entender por melhores condições aquelas que revelem o melhor interesse da criança e do

adolescente, e não, evidentemente, econômicas e financeiras. Vide nota de rodapé, nº 52. 29 Art. 1.634 do Código Civil.

³⁰ Ronaldo Álvaro Lopes Martins discorda, consoante nota de rodapé nº 46.

filho e com a *obrigação* de supervisionar os seus interesses, inclusive a sua educação e manutenção^{32 33}.

Cabe ao genitor guardião exercer os poderes elencados no art. 1.634 do Código Civil, e, segundo ORLANDO GOMES³⁴ e jurisprudência, a escolha do domicílio e residência do filho. Muito embora este direito não tenha caráter absoluto, tendo em vista que está condicionado aos superiores interesses do filho.

Desta forma, realmente haveria uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, de poderes entre o genitor guardião e não guardião.

B) Guarda conjunta ou compartilhada

Nesta modalidade de guarda há igualdade nos poderes³⁵ (similitude de deveres e direitos)³⁶ exercidos pelos pais em relação aos filhos. Os genitores compartilham as obrigações pelas decisões importantes relativas ao filho. Pai e mãe, portanto, seriam referências, muito embora morem em casas separadas e, até mesmo, em localidades diferentes.

Seu conteúdo transcende a questão da localização espacial do filho, pois onde ele irá ficar é somente um dos aspectos. A guarda compartilhada implica em outros igualmente relevantes. São os cuidados diretos com os filhos, o acompanhamento escolar, o crescimento, a formação da personalidade, bem como a responsabilidade conjunta³⁷.

O filho, contudo, continua a residir somente com um dos pais, cabendo ao genitor não guardião o direito de visita (art. 1.589 do Código Civil).

³² O genitor não guardião continuaria, a meu ver, sem o dever de visitar e ter em sua companhia os filhos, nos termos do art. 1.589 do Código Civil, no entanto estaria agora, por força do parágrafo 3º, do art. 1.583, obrigado, sob pena, do ponto de vista penal, responder por crime comissivo por omissão, desde que, evidentemente, tome conhecimento de condutas que caracterizem maus tratos ou outros delitos de maior gravidade perpetrados pelo genitor guardião, e nada faça para impedi-los.

A parte final do art. 1.589 do Código Civil, portanto, teria sido revogado pelo parágrafo 3°, do art.1.583, do Código Civil

Código Civil.

33 Em pedido de indenização por danos morais formulado pelo filho em desfavor de seu genitor, em razão deste não lhe prestar assistência psíquica e moral, evitando-lhe o contato, apesar de cumprir a obrigação alimentar, o STJ entendeu que escapa ao Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, e que nenhuma finalidade positiva seria alcançada com a indenização pleiteada. Recurso Especial, Nº 757.4111 – MG (2005/0085464-3), Relator: Min. Fernando Gonçalves, data do Julgamento: 29 de novembro de 2005.

³⁴ Orlando Gomes. Obra citada, p. 395.

³⁵ Parágrafo 1° do art. 1.583, do Código Civil.

³⁶ Parágrafo 1ª do art. 1.584 do Código Civil.

³⁷ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

A guarda compartilhada, consoante dispõe o parágrafo 2º do art. 1.584 do Código Civil³⁸ seria, agora, a regra, vez que sempre que não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho esta, *sempre que possível*, será aplicada.

A expressão sempre que possível significa que o juiz verificará o melhor interesse e necessidade do filho, ou seja, que a referida guarda não prejudique o seu desenvolvimento. Aliás, o inciso II do mencionado artigo já reforça esta idéia ao aduzir que o julgador verificará as necessidades específicas do filho³⁹. Vale reafirmar – para ratificar -, que em direito de família cada caso é um caso e exige uma decisão baseada em dados e informações concretas⁴⁰.

A definição da guarda compartilhada, portanto, *não* deve ter em conta a conveniência dos pais, mas os superiores interesses dos filhos.

Esta forma de guarda é possível se existir entre os genitores uma relação marcada pela harmonia⁴¹, vale dizer, se os pais concordarem com esta forma de guarda, bem como o modo pela qual ela será implementada⁴². A sua adoção não pode prejudicar o desenvolvimento dos filhos e, que tal modelo de guarda não seja tomada como regra geral, devendo ser examinado o caso concreto.

Oportuno o julgado trazido do TJERJ:

³⁸ Parágrafo 2º do art. 1.584, do Código Civil: "Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a guarda compartilhada".

³⁹ Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I [...]

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

⁴⁰ Neste sentido, mais uma lição de Silvana Maria Carbonera: "A criação de fórmulas prontas para solução de litígios é incompatível com o principal princípio orientador do direito de família: a dignidade da pessoa humana, valorizada dentro de uma perspectiva de repersonalização das relações de família". Silvana Maria Carbonera, *in* op. Citada, p. 151.

⁴¹ Leila Maria Torraca de Brito, psicóloga e professora adjunta do Instituto de Psicologia da UERJ, em participação, juntamente com este subscritor, na apresentação do Projeto "Palco Acadêmico", na EMERJ, VIII Núcleo – Niterói – RJ, debatendo o tema Guarda Compartilhada, aos 29 de agosto de 2008, tem posição diferente, entendendo que a guarda compartilha deve ser aplicada mesmo não havendo acordo ou harmonia entre os pais, como "instrumento de engenharia social".

os pais, como "instrumento de engenharia social".

42 "A ausência de litígio diz respeito ao estabelecimento da guarda, o que não obsta a existência de litígio sobre a divisão pat imonial ou estabelecimento de alimentos para o cônjuge. Ao julgador cabe tomar providências para que os filhos não sejam usados para atingir os objetivos dos pais". Silvana Maria Carbonera. In nota de rodapé de obra citada, p. 151.

Medida cautelar postulada pelo genitor, convertida em ação ordinária de posse e guarda. Sentença de improcedência. Apelação pleiteando a modificação da guarda ou seu compartilhamento. Impossibilidade. A definição da guarda não deve ter em conta a conveniência dos pais, mas o interesse da criança. A prova carreada aos autos em nada desautoriza a outorga da guarda à genitora. A adoção do sistema de guarda compartilhada só é recomendável se existir entre os genitores um relação marcada pela harmonia, onde não existam disputas nem conflitos. O equilíbrio na relação entre as partes é requisito indispensável para a concessão desse modelo de guarda, sob pena de ser, ao contrário do esperado, prejudicial ao infante. Apelação a que se nega provimento. Provimento do recurso adesivo para fixação dos honorários advocatícios em R\$3.000,00 (três mil reais". (TJERI. Apelação cível – nº 2007.001.18864, Des. Agostinho Teixeira de Almeida Filho – julgamento: 11/09/2007 – 16ª Câmara Cível).

C) Guarda alternada ou pendular

Fica estabelecido que o filho irá conviver um determinado período com o pai e outro com a mãe. O filho na prática terá duas casas e dois núcleos familiares.

Antes da entrada em vigor da lei em estudo⁴³ os Tribunais já consagravam a guarda compartilhada e a alternada, não obstante alguma resistência a esta última por se entender que não seria benéfica ao interesse do filho.

A ausência de texto expresso de lei não era óbice a adoção das referidas guardas, pois, conforme é sabido, o nosso ordenamento jurídico não exige que haja previsão legal, em abstrato, do pedido, bastando que não haja a proibição do provimento desejado⁴⁴.

Hoje, no entanto, o codificador definiu os tipos de guarda aceitos pelo nosso ordenamento jurídico e não contemplou a guarda unilateral. Assim, entendo que a partir da entrada em vigor da lei só será permitida a adoção da guarda unilateral ou compartilhada (conjunta), não sendo mais possível a adoção da guarda alternada (pendular), por falta de uma das condições para o regular exercício do direito de ação, no caso, possibilidade jurídica do pedido.

⁴³ Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008.

⁴⁴ "A possibilidade jurídica do pedido não é simplesmente a "previsão, *in abstracto*, no ordenamento jurídico, da pretensão formulada pela parte", pois, com bem explica Moniz de Aragão: "A possibilidade jurídica, portanto, não deve ser conceituada, como se tem feito, com vistas à existência de uma previsão no ordenamento jurídico, que torne o pedido viável em tese, mas, isto sim, com vistas à inexistência, no ordenamento jurídico, de uma previsão que o torne inviável" (Fredie Didier Jr.. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo, p. 178. Ed. Bahia: EDIÇÕES PODIVM, 2006).

6. RESPONSABILIDADE DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR SEUS FILHOS MENORES

Em excelente artigo, RONALDO ALVARO LOPES MARTINS⁴⁵ aduz, sobre o tema, que, "como conseqüência do exercício do poder familiar, em razão da autoridade concedida aos pais sobre a pessoa dos filhos, têm aqueles o dever de vigiar a conduta dos menores sob sua autoridade, sendo responsabilizado por eventuais danos produzidos pelo filho contra terceiros".

Esclarece, ainda, que o fato de os filhos estarem sob a autoridade e na companhia de um dos pais não isenta o outro de responsabilidade.

Ou seja, basta o fato de os pais exercerem autoridade (poder familiar) sobre o filho menor para que a responsabilidade de indenizar o dano por ele provocado incida sobre ambos os pais, mesmo que estes estejam separados e um dos genitores exerça a guarda unilateral, pois mesmo separados os pais continuam a exercer autoridade (poder familiar) sobre os filhos menores⁴⁶ 47 48.

Nesta linha de raciocínio disciplina CONRADO PAULINO DA ROSA⁴⁹, ao aduzir que "o dever de vigilância decorre do poder familiar, cabendo aos pais a direção da criação e da educação (art. 1.634, I, do CC e previsto também no Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 220)".

Assim, vale reafirmar, mesmo que o filho menor esteja sob a guarda de somente um dos pais permanece inalterado tanto o poder familiar, quanto a guarda jurídica⁵⁰, portanto, o

⁴⁵ Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in* Revista de Direito, TJ-RJ. Nº 65, p. 83. Rio de Janeiro: Ed. Espaço Jurídico, 2005.

⁴⁶ Art. 1.632 e 1.636, parágrafo único do Código Civil.

⁴⁷ A propósito comenta Ronaldo Álvaro Lopes Martins, *in* artigo citado, p. 97: "Por essa razão, nos parece bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso sistema jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos, o que só se justifica naqueles sistemas em que o poder familiar é concedido em razão da guarda ou da custódia dos filhos".

⁴⁸ Parágrafo único do art. 1.690 do Código Civil e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

⁴⁹ Conrado Paulir o da Rosa, *in* artigo citado, pp. 59 e 60.

patrimônio de ambos os genitores, e não só do genitor guardião, deve responder pelos danos causados pelos filhos⁵¹ 52.

Desta maneira o autor em apreço arremata informando que, para que os pais sejam responsabilizados pelos danos causados por seus filhos menores, necessita-se de apenas dois requisitos: a menoridade e o fato de os filhos estarem sob os seus poderes ou autoridades⁵³.

Embora compartilhemos da posição esposada, reconhecemos que a mesma não é unânime na doutrina, em razão do preconizado pelo art. 932, I (antigo 1.521) do Código Civil⁵⁴.

A responsabilidade dos pais, segundo esta outra corrente, decorreria da vigilância que decorre da guarda (culpa in vigilando) e não do poder familiar e, a reparação do dano, por conseguinte, caberia aos genitores enquanto titulares da guarda.

JOSÉ ANTÔNIO DE PAULA SANTOS NETO 55, citado por SILVANA MARIA CARBONERA, esclarece que, examinando o (antigo) art. 1521, I, do Código Civil brasileiro, afirma que "[...] é de se entender que só poderão ser responsabilizados e demandados, aqueles genitores que forem detentores da guarda. Nada mais natural, pois decorre da guarda o dever de vigilância do guardião em relação ao filho".

Ressalva ainda o autor: "[...] não poderá ser responsabilizado o genitor que, embora conservando o pátrio poder, não exerça a guarda. Salvo se o menor estiver exclusivamente

⁵¹ Os art. 1.635, 1.637 e parágrafo único e art. 1.638 do Código Civil.

⁵² Leciona Ana Florinda Dantas, in obra citada, p. 141, leciona que: "A perda também é denominada na doutrina de destituição, não havendo, também, unanimidade acerca dos seus efeitos: para uns a perda é definitiva, enquanto para outros ela pode ser revertida.

Entendemos que o nosso ordenamento distingue a perda da extinção, discriminando expressamente, no art. 1.635, as hipóteses de extinção, pelo que somente as últimas são irreversíveis.

A perda se distingue da suspensão não pelo fato de ser uma definitiva e a outra temporária, mas por abranger necessariamente o exercício de todos os direitos inerentes ao poder familiar, quando a suspensão pode abrnager apenas parte deles.

A perda também apresenta uma graduação para mais em relação à suspensão, cabendo nos casos mais graves de descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Finalmente, a suspensão deve ser aplicada por prazo determinando, enquanto a perda não requer uma limitação temporal".

53 Conrado P. da Rosa, citando Mário Moacyr Porto. Responsabilidade dos pais pelos danos causados pelos

filhos. Revista dos Tribunais, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 555, p. 14, jan. 1982, in artigo citado, p. 60, afirma: "O poder familiar não é fonte de responsabilidade civil, mas a ação ou omissão em relação aos deveres a ele inerentes pode ser".

54 Art. 952. São também responsáveis pela reparação civil:

I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia.

⁵⁵ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 94.

sob sua responsabilidade e vigilância [...]. Nesse caso, equiparar-se-á ao guardião o genitor incumbido da vigilância imediata".

SERGIO CAVALIERI FILHO⁵⁶, em sua preciosa obra, afirma: "[...] Observe-se, todavia, que os pais só são responsáveis pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia [...]". Explica, por fim, que "ter o filho sob sua autoridade e em sua companhia significa tê-lo sob o mesmo teto, de modo a possibilitar o poder de direção dos pais sobre o menor e a sua eficiente vigilância".

Aduz ainda que: "no caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção".

Esse também é o pensamento de CARLOS ROBERTO GONÇALVES⁵⁷ que afirma: "[...] se sob a guarda e em companhia da mãe se encontra o filho por força de separação judicial, responde esta, e não o pai". E traz à colação o excerto que se segue:

Indenização. Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Veículo dirigido por menor. Ilegitimidade passiva do pai que não tem poderes de vigilância sobre ele, por deferida a guarda à própria mãe. Hipótese em que não se há de falar em culpa *in vigilando*. Exclusão do pai. Recurso provido para esse fim⁵⁸.

Entendo, contudo, que a presente divergência deva arrefecer, ao menos quando se tratar de guarda compartilhada, eis que esta, conforme já dito, implica, dentre outros aspectos relevantes, a responsabilidade conjunta dos pais⁵⁹, não importando qual o genitor que irá morar com o menor.

7. ALIMENTOS NA GUARDA COMPARTILHADA

*

⁵⁶ Sergio Cavalieri Filho. Programa de Responsabilidade Civil, pp. 191 e 192. Editora São Paulo: Malheiros, 2003.

 ⁵⁷ Carlos Roberto Gonçalves. Direito Civil Brasileiro, vol. IV, pp. 104 e 105. Editora São Paulo: Saraiva, 2007.
 ⁵⁸ RJTJSP, 54/182. No mesmo sentido: TJSP, 6ª câm., AgI 272.833-SP, rel. Des. César de Moraes, j. 31-08-1978, v.u.

⁵⁹ Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

Parágrafo 1º[...] por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

A Lei nº. 11.698, que alterou a redação dos arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil, não fez nenhuma alusão sobre os alimentos⁶⁰ devidos pelo genitor não guardião na guarda compartilhada, não vemos, portanto, razão para qualquer discussão, até porque neste modelo de guarda, ao contrário da guarda alternada (ou pendular), o filho continuará a residir somente com um dos pais.

Dessarte, permanece a obrigação alimentar 61 do genitor não guardião, do mesmo modo que se dá na guarda unilateral.

8. VISITAÇÃO NA GUARDA COMPARTILHADA

Aqui, também, não houve alteração alguma, embora sejamos muito questionados sobre as mudanças nas regras de alimentos e visitação na guarda compartilhada, e estas dúvidas dão-se em razão de os genitores, em sua grande maioria, confundirem guarda compartilhada com alternada, onde o filho, conforme já dito, convive um determinado período com o pai e outro com a mãe, dispensando, assim, a visitação, o que não ocorre na guarda compartilhada, onde a criança só convive com um dos genitores.

Dessa maneira, os pais, em cuja guarda não estejam os filhos, *poderão* visitá-los e têlos em sua companhia, segundo acordar com o outro genitor, ou for fixado pelo juiz⁶³, *com*

⁶⁰ Apontou a propósito Luiz Edson Fachin: "Numa das definições possíveis, alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si [...]". "[...] Na exegese estrita da expressão "necessidades vitais" uma idéia inexata do Juízo de necessidade. É vital sim sugerir o que nem sempre está no conteúdo dos alimentos. Não é possível viver dignamente sem a educação, mesmo que se possa sem ela subsistir. É reticente adjetivar a necessidade como sendo vital, pois há necessidades que são vitais para a sobrevivência, só que não do ponto de vista biológico, mas que devem estar contidas, o quanto possível, na prestação alimentícia. A educação, na formação e na realização do indivíduo como ser social, é fundamental, mesmo que não seja vital no sentido estrito". Luiz Edson Fachin. Curso de direito civil. Elementos críticos do direito de família, coordenador Ricardo Pereira Lira, pp. 268 e 269. Editora Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

⁶¹ Oportuno lembrar que a obrigação alimentar não é sanção aplicada ao cônjuge não guardião, e sim solidariedade humana. Neste sentido, Arnaldo Rizzardo: "Natureza da obrigação alimentar: Funda-se o dever de prestar alimentos na solidariedade humana e econômica que deve impera entre os membros da família ou os parentes. Há um dever legal de mútuo auxílio familiar, transformando em norma, ou mandamento jurídico". (Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: ...III – Mútua assistência. IV – Sustento, guarda e educação dos filhos.) Direito de família, p. 717. Editora Rio de Janeiro: Forense, 2004.

⁶² A propósito, consoante lição de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes: "Partindo da hipótese de que os alimentos tenham sido fixados na sentença prolatada pelo juízo da comarca X e que, no momento da propositura da ação de execução da obrigação alimentar, o credor alimentando tenha mudado sua residência para outra comarca, surge o confronto entre o disposto no art. 575, II e o art. 100, II, ambos do CPC.

Diante de tal conflito de normas, tem prevalecido a regra do art. 100, II, CPC. Este é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção, CC, 2.933-7 - DF, Rel. Min. Waldemar Zveiter, 28/10/92, DJU 17/12/92, P.24.206). *In* Questões importantes de processo civil. Teoria geral do processo, p.p. 61 e 62. Rio de Janeiro: Editora DP & A. 1999.

observância ao melhor interesse e necessidade da criança e do adolescente^{64 65 66}, que será alcançado por meio de uma abordagem interdisciplinar, com o auxílio da psicologia e do serviço social, dentre outros.

O ideal, no entanto, é que os genitores exerçam as suas autonomias na regulação de suas relações de intimidade e estabeleçam, de forma consensual, a guarda e a visitação de seus filhos, evitando, assim, a invasão do Estado no espaço privado familiar, o que é sempre ruim; pois a decisão, em regra, desagrada aos dois.

Cabe ressaltar, que o art. 1.589 do Código Civil autoriza o pai ou mãe em cuja guarda não estejam os filhos, o direito de visitá-los e tê-los em sua companhia, tanto na guarda unilateral quanto na guarda compartilhada.

 $^{^{63}}$ Art. 1.589 do Código Civil.

⁶⁴ Sobre o melhor interesse da criança e do adolescente, expressão oriunda do direito Anglo-saxão, best interest of the child, a preciosa lição de Ana Florinda Dantas, in obra citada, pp. 127, 128 e 129: "Como ao interesse do menor podem ser atribuídos os mais diversos conteúdos, ele pode ora ser identificado com a possibilidade de uma melhor posição social, ora com o acesso a maior conforto material, e nem sempre são privilegiados os laços de natureza afetiva, além de não serem considerados também os interesses dos pais. É preciso ver ainda que, se considerarmos o interesse do menor sem levarmos em conta o interesse dos pais, podemos estar consagrando o individualismo exacerbado dos filhos nas relações familiares, quando a cooperação e a solidariedade são valores hoje mais exaltados nas ralações familiares".

Arremata dizendo: "Dentro desse contexto, embora entendamos que o melhor interesse do filho continue a ser um critério prioritário a ser levado em conta nas decisões judiciais acerca do poder familiar, também os interesses dos pais devem ser considerados, não em confronto com os interesses do filho, mas como interesses da família como grupo social que é a base da sociedade por definição constitucional, na qual devem prevalecer as relações de cooperação, afeto e solidariedade, criando condições propícias para o desenvolvimento da sua pessoa".

No mesmo sentido, Gisele Groeninga, citada por Ana Florinda Dantas, sustenta: "o conceito do melhor interesse da criança tem a sua força e a sua fraqueza justamente na falta de conteúdo preciso, que permite ao Direito de Família adaptar-se para responder melhor às mudanças sociais, tomando emprestado das ideologias prevalentes a definição do que é o melhor para criança, e como devem ser os bons pais, devendo atentar-se para o fato de que o melhor interesse do filho não pode ser conflitante com o interesse de todos os demais indivíduos que compõem a família". Giselle Groeninga. Do interesse à criança ao melhor interesse da criança — contribuições da mediação interdisciplinar, in Revista do advogado, nº 62/março 2001, pp.72 - 83.

⁶⁵ Ainda sobre o tema, Ronaldo Álvaro Lopes Martins: "É bem verdade que a noção do que seja "interesses das crianças" é conceito indeterminado, mas podemos dizer que há consenso mundial em torno de alguns aspectos, como está na Convenção Internacional dos Direitos das Crianças, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990 e promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, publicado no DOU de 22.11.90, Seção I, p. 22.256.

No documento citado, levou-se em consideração "que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais...", foi reconhecido "...que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão", foi também tomado em conta que "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento". Ronaldo Álvaro Lopes Martins. Artigo citado, p. 87.

⁶⁶ O codificador nos incisos I, II e III, do parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, elenca alguns aspectos, como paradigmas, para se alcançar os melhores interesses da criança e do adolescente. O julgador certamente poderá apreciar outros fatores e condições, pois cada caso é um caso, não existe fórmula pronta em direito de família.

O parágrafo 3ª do art. 1.583 do Código Civil, que revogou a parte final do art. 1.589 do estatuto em comento, tornando obrigatória a supervisão dos interesses dos filhos, só se aplica, por sua vez, na guarda unilateral.

Ainda, a visitação poderá ser livre, vale dizer, sem regras, onde não são estipulados nem dias e nem horários para os encontros do visitador. Ou mínima, que consiste em visitas em finais de semana alternados⁶⁷.

Sabemos que o relacionamento da criança com ambos os pais é de fundamental importância para o seu pleno desenvolvimento e que a visita está a serviço deste desenvolvimento sadio da personalidade da criança, e o seu descumprimento poderá causar danos na esfera psicológica (danos psíquicos), pois são inúmeros os estudos sobre a ausência paterna e materna.

A ausência da função paterna é um fenômeno social alarmante, que tem gerado, inclusive, o aumento da delinquência juvenil. E, nas mulheres, a ausência paterna pode proporcionar complicações na aquisição de feminilidade, dificultando, assim, a identificação feminina positiva nas meninas ⁶⁸.

E muito desses casos, dentre outros, oriundos dos abusos emocionais, poderiam ser evitados se estivéssemos acostumados com a prevenção, conforme ocorre na área da saúde (medicina preventiva), se nos fosse possível uma estrutura onde psicólogos e assistentes sociais atuassem como agentes de prevenção, orientando e ensinando aos pais que o fim da conjugalidade (ou união) não é o fim da parentalidade.

9. DO DIREITO DE FIXAR A RESIDÊNCIA DOS FILHOS NA GUARDA COMPARTILHADA

⁶⁷ Flávio Guimarães Lauria. A regulamentação de visitas e o princípio do melhor interesse da criança, pp. 84 - 85. Rio de Janeiro: Editora *Lúmen Júris*, 2002.

O já citado magistrado fluminense Ronaldo Álvaro Lopes Martins⁶⁹, em seu excelente artigo escrito no ano de 2005, entende, de acordo com a nota de rodapé de nº. 41, que seria bizantina qualquer proposta de introdução, em nosso ordenamento jurídico, do conceito de guarda compartilhada para que os pais possam decidir de comum acordo os interesses dos filhos.

Justifica - e fundamenta - o seu posicionamento aduzindo que o instituto da guarda compartilhada só faz sentido em outros países onde se discute a quem caberá o exercício da autoridade parental, que corresponderia ao nosso poder familiar, em caso de separação⁷⁰.

Acrescenta dizendo que em nossa legislação mesmo separados os pais continuam a exercer autoridade sobre os filhos menores, ao contrário de outras legislações onde o poder familiar pertence àquele ao qual for confiada a guarda ou custódia do filho.

Oportuno, em razão da eloquência, descrever parte de seu pensamento:

Durante o casamento a guarda dos filhos não é compartilhada, mas comum a ambos os cônjuges, e essa circunstância deve continuar existindo com a separação do casal esteja o filho residindo com qualquer um deles, porque a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (art. 1.632 C.C.).

Se vivendo filhos e pais sob o mesmo teto a guarda é comum, e as decisões, a respeito dos filhos são tomadas de comum acordo, para que assim continue a guarda a ser exercida depois de separados não se torna necessário dizer que a guarda será compartilhada, conjunta, alternada, dividida ou adjetivada por outros qualificativos.

O grande equívoco, a nosso ver, é apenas dizer-se que a guarda será exercida por um dos pais⁷¹.

Em síntese, o referido autor aponta uma diferença entre ter a companhia do filho e ter a guarda deste. A separação do casal, segundo ele, apenas altera as oportunidades para que um dos genitores tenha a companhia dos filhos, por estarem residindo em imóveis distintos,

69 Ronaldo Álvaro Lopes Martins, in artigo citado, pp. 96 - 97.

Ronaldo Lopes Martins, exemplifica com o art. 1.906 do Código Civil Português que, "a ausência de acordo dos pais, deve o tribunal, através de decisão fundamentada, determinar que o poder parental seja exercido pelo progenitor a quem o filho for confiado". *In* artigo citado, p. 96. ⁷¹ Ronaldo Lopes Martins. *In* artigo citado, p. 97.

mas não tem efeito quanto ao exercício da guarda, aspecto inerente ao poder familiar que não sofre restrições a não ser quanto às oportunidades de estarem juntos, pais e filhos. Ou seja, a guarda dos filhos de pais separados sempre pertencerá a ambos os genitores⁷².

Assim, em que pese o pensamento esposado, que é lastreado pelo parágrafo único do art. 1.631, 1.632, parágrafo único do art. 1.690, todos do Código Civil, e art. 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o fato é que o legislador, conforme já dito, não foi claro quanto aos limites de atuação do genitor não guardião, a ele restaria o direito de visitar, ter a companhia e, agora, a obrigação de supervisionar os interesses dos filhos, conforme dicção do parágrafo 3° do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil, embora, de fato, lhe seja sempre facultado o direito de recorrer ao judiciário quando entender necessário questionar a forma da condução do cuidado e educação dirigidos ao filho por parte do genitor guardião.

Os referidos artigos (parágrafo 3º do 1.583 e 1.589, ambos do Código Civil) indicam que haveria na guarda unilateral uma desigualdade, pelo menos em alguns aspectos, dos poderes descritos no art. 1.634 do Código Civil entre o pai e a mãe em cuja guarda não estejam os filhos, ou seja, o genitor não guardião suportaria uma redução nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da guarda.

E isto por que, a nosso sentir, o legislador assim o quis, ao dizer que cabe ao genitor não guardião o direito de visitar os filhos e tê-los em sua companhia; bem como a obrigação de supervisionar os seus interesses (parágrafo 3º do art. 1.583 e art. 1.589, ambos do Código Civil).

Entendemos que, a quem cabe o dever de fiscalizar ou supervisionar (genitor não guardião) não cabe o dever de realizar, praticar, executar. Portanto, o dever de executar, praticar, realizar, ou seja, o de exercer *todos* os poderes decorrentes do poder familiar caberia ao genitor guardião, por expressa determinação legal.

Oportuno, neste sentido, a digressão que se segue:

Após a redistribuição de papéis operada pela guarda, incumbe ao genitor guardião dar continuidade a todas as atribuições

⁷² Ronaldo Lopes Martins. *In* artigo citado, pp. 98 e 99.

da autoridade parental, uma vez que, a seu respeito, pouco foi alterado. Quanto ao genitor não guardião, ocorre uma redução significativa nas atribuições que originariamente tinha quando do exercício conjunto da mesma.

Entretanto, determinados aspectos da autoridade parental não sofrem qualquer alteração diante da atribuição exclusiva da guarda, emancipação e da adoção. São situações cujo resultado afetam-na diretamente, provocando sua extinção, razão pela qual seu exercício é sempre conjunto.

Quanto aos demais poderes, o exercício conjunto da autoridade parental persiste, mas os poderes que passarão a deter cada um dos genitores são desiguais. Enquanto o genitor que detém a guarda mantém o filho junto de si, para educá-lo, mantê-lo e protegê-lo, o genitor não guardião tem os direitos de visita, de fiscalização e de companhia, perfeitamente assegurados pelo texto de legal⁷³.

E, segundo ORALANDO GOMES⁷⁴, conforme já dito em página anterior, decorre do direito de ter o filho consigo o direito de fixar seu domicílio e residência, de forma que seja possível organizar a vida comum que se desenvolverá entre ambos. Contudo, não tem ele caráter absoluto, posto que está condicionado ao interesse maior do filho.

Podemos concluir que na guarda unilateral, e somente nesta, por força de dispositivo de lei (parágrafo 3º do art. 1.583 do Código Civil), há uma desigualdade dos poderes entre o genitor guardião e o não guardião.

Em suma, na guarda unilateral caberá ao genitor guardião a escolha do domicílio dos filhos, desde que resguardados os superiores interesses destes e que aquele não se oriente por motivações mesquinhas, com o manifesto propósito de afastar a presença do genitor não guardião, sob pena de ocorrer tal hipótese em abuso de direito⁷⁵.

No sentido do exposto, o excerto que se segue:

⁷⁴ Orlando Gornes. Obra citada, p. 395.

⁷⁵ Art. 187 do Código Civil.

⁷³ Silvana Maria Carbonera, citando Eduardo de Oliveira Leite. *In* obra citada, p. 85.

Guarda de filho. Casal separado. Filho na companhia da mãe. Direito de visitas do pai. Mudança de domicílio da mãe para o exterior. Irrelevância. Embora para o exterior, a mudança de domicílio da mulher separada, ou divorciada, que tenha a guarda do filho, não constitui impedimento juridicamente considerável ao exercício do direito (rectius, dever) paterno de visitas, e, por conseguinte, a menos que importe reflexos nocivos à guarda, não é razão para modificá-la. (Revista de Jurisprudência do TJ do RS, 143/224).

Família. Suprimento judicial onde a autora requer autorização para viajar com as filhas, sendo uma delas menor, para morar na França enquanto durar seu curso de especialização em psiquiatria. Ocorre que o pai das meninas não aceita tal mudança, ainda que seja a mãe quem detém a guarda das filhas". "[...] Não estamos insensíveis para a perplexidade que pode gerar na pessoa do pai o fato de se impor, por razões relevantes, o afastamento dos filhos. Todavia, essa circunstância constitui um desdobramento possível e que precisa ser enfrentado com ponderação diante da realidade que a separação impõe aos casais. Dentro da liberdade que se confere ao Juiz para investigar os fatos e não estando ele desobrigado de observar o critério de legalidade estrita, conforme preceituado no art. 1.109 do CPC, entendemos que no caso em tela existe um aspecto de suma relevância a sinalizar para a concessão da providência judicial pleiteada. É que o pai da menor Carolina, ao oferecer resistência à pretensão inicial, não apresentou qualquer queixa contra a ex-esposa no que tange ao seu convívio com as filhas e, também, quanto à necessidade de extinguir-se a guarda da menor. É intuitivo, pois, que o convívio da mãe com as filhas é bom e producente, sendo certo que a necessidade de viagem para o exterior implicaria em uma intolerável cisão do relacionamento entre as irmãs. Apelo improvido. (TJERJ. Apelação cível - nº 2005.001.50726, Des. Celso Ferreira Filho - julgamento: 15/02/2006 - 15ª Câmara Cível).

Tal fato, entretanto, não poderá ocorrer na guarda compartilhada, onde a igualdade de poderes entre pai e mãe que não vivam sob o mesmo teto, ou seja, o genitor não guardião não fica circunscrito a obrigação de supervisionar os interesses do filho. Nesta hipótese ocorre um prolongamento do exercício conjunto da autoridade parental, ao contrário da atribuição exclusiva verificada na guarda unilateral.

Oportuna a digressão que se segue:

Guarda. Visitação. Modificação. Mudança de residência para outro estado. A Agravante pretende rever a decisão pela qual a juíza **a quo**, usando do seu poder de cautela, que, aliás, se acentua muito na área de família, mormente quando envolve interesse de menores, ao contrário, manteve as crianças com o pai e deferiu à mãe um regime de visitação

⁷⁶ Silvana Maria Carbonera. Obra citada, p. 150.

semanal, nos finais de semana. Desta decisão é que veio este agravo. A agravante tem todo o direito de procurar novas oportunidades de emprego, mas ao fazê-lo deveria atentar para o fato de que tem dois filhos menores, está separada, ajustou a guarda compartilhada e que não tem um direito maior do que o do pai das crianças em tê-los consigo. Agravado e Agravante têm idênticos direitos e obrigações em relação aos filhos. A Lei não privilegia um em detrimento do outro. Por isso parte-se para o que é melhor para as crianças. Esta a visão moderna do direito de família quando se discute posse e guarda de filhos. No caso concreto, o pouco que se apresenta até o momento, deixa para esta relatoria a certeza da sensatez da decisão agravada. Não há nenhum relato sério desabonador da conduta paterna. Ao contrário, há elementos que indicam ser ele um pai cuidadoso, sempre presente na vida dos filhos, ao contrário da mãe. [...] [...] o laudo provisório da perita psicóloga sugere a manutenção do convívio dos filhos com a mãe, que por óbvio não está impedida de tê-los e de vê-los, mas indica o preparo dos menores para que sejam transferidos para São Paulo, se esta for a decisão judicial. Desta forma, se conclui que a possível, mas não se sabe, se estariam bem com a mãe em São Paulo. Portanto, neste momento, considerando o princípio do melhor interesse das crianças e, certo do que o convívio materno não restará obstaculizado, é que se impõe a manutenção da decisão agravada. Recurso desprovido nos termos do voto do Desembargador Relator. G.N. (TJERJ. Agravo de instrumento nº. 2008.002.05052, Des. Ricardo Rodrigues Cardozo - Julgamento: 24/04/2008 - 15ª Câmara Cível).

Conclui-se, desta maneira, que na guarda compartilhada a escolha do domicílio, bem como de médicos, religião, colégios e outras decisões importantes do filho não depende da vontade exclusiva do genitor guardião, também é necessário a participação do genitor não guardião.

10. DAS SANÇÕES PELO DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULAS PACTUADAS NA GUARDA COMPARTILHADA

O parágrafo 1º do Art. 1.584 do Código Civil, informa que o juiz poderá aplicar sanções pelo *descumprimento* de cláusulas pactuadas na guarda compartilhada. E o parágrafo 4º do mesmo artigo acrescenta, por sua vez, que a alteração não autorizada ou o descumprimento *imotivado* de cláusula de guarda, *unilateral* ou *compartilhada*, poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor, inclusive quanto ao número de horas de convivência com o filho.

O que se depreende, portanto, é que o descumprimento das cláusulas pactuadas na guarda compartilhada (parágrafo 1º do art. 1.584 do CC) terá que ser, evidentemente, imotivado, conforme preceitua o parágrafo 4º do art. 1.584 do CC.

Extrai-se, ainda, que o codificador *exemplifica*, no parágrafo 4º do art. 1.584 do CC, o tipo de sanção que poderá ser aplicada ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo 1º do mesmo artigo, não estando o julgador, portanto, adstrito a esta modalidade de punição trazida pelo legislador, pensamento que vale para o caso de descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada.

De modo que, havendo descumprimento imotivado de cláusula de guarda, unilateral ou compartilhada, poderá o juiz aplicar, além da sanção indicada no parágrafo 4º do art. 1.584 do Código Civil (a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor), outras modalidades que tenham como objetivo dar efetividade as decisões judiciais, que é questão de ordem pública, sempre salvaguardando os melhores interesses da criança.

Neste contexto, o juiz poderá determinar, como forma de sanção, a busca e apreensão, inversão de guarda, suspensão e destituição do poder familiar e multa cominatória - astreintes.

No que atine a busca e apreensão, importante lembrar que todos os esforços devem ser utilizados para procurar resguardar o filho desta medida extrema, cujos prejuízos psíquicos dela advindos podem se mostrar superiores ao bem que se pretende proteger⁷⁷.

E ignorar essas advertências implica em negar vigência ao art. 227 da Constituição da República⁷⁸ e ao art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷⁹.

Já no que diz respeito ao preceito cominatório de obrigação de fazer, como instrumento de efetividade do processo, vejo como medida adequada e idônea, uma vez que dirigida à parte recalcitrante em cumprir determinada ordem judicial, desde que não se transforme em mecanismo de enriquecimento.

 $^{^{77}}$ Flávio Guimarães Lauria, in obra citada, pp.100 – 101.

⁷⁸ Gustavo Binenbojm. Uma Teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização, pp.61 – 66 e 67. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006: Com a constitucionalização do direito a Constituição, agora preocupada com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno, deixa de ser uma proclamação retórica de valores e diretrizes políticas e passa a incorporar de fato ao dia-a-dia dos tribunais, sendo invocada com grande freqüência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos e privados.

⁷⁹ Art. 18 do ECA: É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Bastante oportuna a transcrição feita por Flávio Guimarães Lauria⁸⁰ da lição de Piero Perlingieri:

Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individuar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema processual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes. 81

11. COMPETÊNCIA PARA AS AÇÕES DE GUARDA COMPARTILHADA

Em primeiro lugar, terá que se definir a competência do órgão jurisdicional para apreciar pedido de guarda, impõe-se analisar o fundamento da pretensão. Caso a *causa petendi* diga respeito a qualquer das hipóteses do art. 98 do ECA, a competência material será do Juízo da Infância e da Juventude. Do contrário, não se embasando o pedido de guarda naquelas hipóteses a competência será do Juízo da Vara de Família, nos termos do art. 85 do CODJERJ⁸².

Por fim, quanto à competência territorial do Juízo da Vara de família, aplica-se o art. 147, I da Lei 8.069/90, consoante o julgado do STJ que se segue:

PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO POSITIVO. AÇÕES DE REVISÃO DE ACORDO JUDICIAL DE SEPARAÇÃO DO CASAL E DE GUARDA DA FILHA. CONEXÃO. PREVENÇÃO. GUARDA COMPARTILHADA. PLURALIDADE DE DOMICÍLIOS. INEXISTÊNCIA. LOCAL ONDE REGULARMENTE EXERCE. PRESERVAÇÃO DO INTERESSE DA MENOR. LEI N°. 8.069/1990, ART. 147. PRECEDENTE.

I. A guarda, ainda que compartilhada, não induz à existência de mais de um domicílio acaso os pais residam em localidades diferentes, devendo ser observada a prevenção do Juízo que homologou a separação do casal, mediante acordo.

II. Preserva os interesses do menor o foro do local onde exercia regularmente a guarda para dirimir os litígios dela decorrentes (Lei nº. 8.069/90, art. 147, I). Precedente.

*

⁸⁰ Flávio Gu marães Lauria, in obra citada, p.134.

⁸¹ Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil, pp. 156-157.

III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 11ª Vara de Família e Registro Civil de Recife, PE.(STJ – Conflito de Competência – CC 40719/PE (2003/0201570-9) – Min. Aldir Passarinho Júnior – S2 – SEGUNDA SEÇÃO, data da publicação: DJ 06/06/2005, p.176).

12. CONCLUSÃO

Em considerações finais, podemos dizer que a guarda compartilhada se trata de um instituto cujo regramento legal é recente e, por isso, ainda demandará a definição de seus contornos e pressupostos à reflexão doutrinária e, principalmente, jurisprudencial.

Neste contexto, pretendemos ter dado uma contribuição a este objetivo, trazendo temas que são objetos de questionamentos em nossa rotina de trabalho.

A ALTERAÇÃO DOS ARTIGOS 112 E 114 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL PELA LEI Nº 11.280/2006 E A POSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO DE OFÍCIO DA INCOMPETÊNCIA RELATIVA: O CASO DOS CONTRATOS DE ADESÃO

Gabriela Bahri de Almeida Samia¹

Analisam-se questões controvertidas surgidas com a alteração legislativa efetivada pela Lei nº 11.280/2006, que trouxe nova possibilidade de declaração de ofício da incompetência do juízo. O presente trabalho trata dos aspectos gerais que disciplinam a competência no Direito Processual Civil brasileiro e sua sistemática tradicional, apresentando as principais críticas a essa inovação legislativa e suas incongruências.

Controverted subjects appeared with the legislative changed executed in 2006 and brought a new possibility of automatic declaration of the judge incompetence. For a better understanding of them and of the controversy that surrounds it, this work treats of the general aspects that discipline the competence in the Brazilian Civil Procedure and the traditional systematic, showing the main critics to that law innovation.

Palavras-Chave: DIREITO PROCESSUAL CIVIL; REFORMA; COMPETÊNCIA; CONTRATOS DE ADESÃO.

1. INTRODUÇÃO

Historicamente, o direito processual, tanto o civil como o penal, surgiu como apêndice do direito material, sem qualquer autonomia científica². Em 1868, Oscar Von Büllow apresentou a Teoria dos Pressupostos Processuais, inaugurando a fase científica do estudo desse ramo do direito, na qual ele se tornou autônomo em relação ao direito material, passando a deter características e pressupostos de existência próprios.³

Aos poucos, percebeu-se que, embora autônomo e independente em relação ao direito civil, o direito processual civil era ligado a ele e voltado à sua concreção. Percebeu-se seu

¹ Gabriela Bahri formou-se em dezembro/2007 pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de

Janeiro- UERJ- e atualmente é advogada da Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras.

² ARRUDA ALVIM. *Manual de Direito Processual Civi*l. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. I,

CÂMARA, Alexancre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, v. I, p.7.

³ *Ibidem* p. 9.

caráter instrumental em relação às demandas dos cidadãos, chegando-se à fase da instrumentalidade, na qual a maior preocupação não é apenas estudar o direito processual como ramo autônomo, mas revertê-lo em favor da sociedade através de sua atuação prática. Assim, continua o estudo de questões eminentemente científicas, porém, a ênfase maior recai na busca de mecanismos para melhorar a prestação jurisdicional, satisfazendo os anseios daqueles que recorrem ao Poder Judiciário para ver sua pretensão realizada.

Nosso Código de Processo Civil data de 1973 e surgiu como uma das últimas manifestações da fase científica, refletindo grande preocupação com a técnica e com a autonomia desse ramo do Direito, sem atentar de forma crítica para seu encaixe na realidade social. Aos poucos, com a evolução da sociedade e com o surgimento de novas demandas, nosso Código de Processo Civil tornou-se defasado.

Entre os anos de 1994 e 1995, ocorreu a primeira reforma do Código de Processo Civil, visando a adequá-lo a essa nova realidade social que se afigurava. Tal reforma, feita já na fase da instrumentalidade, caracterizou-se pela forte preocupação com a efetividade do processo, introduzindo mecanismos para melhorar a prestação jurisdicional.⁴ No biênio 2001/2002, houve a segunda parte da reforma, também chamada de "reforma da reforma", que com a Lei nº 10.444/02 alterou, entre outras coisas, a redação do artigo 461 e introduziu o artigo 461-A do referido diploma legal.

A nova reforma do Código empreendida em 2005 e 2006, visou, de forma geral, a fortalecer a idéia de efetividade do processo e a garantir maior celeridade na sua tramitação, criando diversos expedientes como a súmula impeditiva de recursos e alterando a sistemática da execução por título executivo judicial. Na esteira dessas recentes reformas do Código de Processo Civil, entre as diversas alterações no aludido diploma processual civil destaca-se, pela polêmica gerada, a inserção de um parágrafo único ao artigo 112, pela Lei 11.280/06 publicada em 17/02/2006, o que, à primeira vista, trouxe uma exceção ao regime tradicional de caracterização das incompetências no processo civil brasileiro.

⁴ PACHECO, José da Silva. *Evolução do Processo Civil brasileiro*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 30 e ss.

Nesse sentido, inicialmente, cabe tratar do surgimento e desenvolvimento da função jurisdicional como atribuição estatal decorrente da evolução da sociedade e dos conflitos de interesses, da consequente necessidade de disciplina e repartição da competência, passando pelos critérios de sua fixação, pelos tipos de incompetência decorrentes de sua inobservância e suas diferenças, bem como as consequências da declaração de incompetência, até chegar à alteração legislativa, objeto central do presente estudo.

O Estado, como ente central de poder, concentra a função legislativa, executiva e jurisdicional. Todas elas, com se sabe, são unas e indivisíveis, podendo, contudo, ser exercidas de modo limitado pelos diversos órgãos estatais. Assim porque a Constituição da República Federativa do Brasil prevê matérias que podem ser objeto de lei federal, estadual e municipal no exercício de competência concorrente e poderes a serem exercidos pelo Chefe do Executivo federal com simetria para o Executivo estadual.

O mesmo ocorre com a função jurisdicional. A idéia de competência como a medida da jurisdição que será exercida por cada órgão que compõe o Poder Judiciário impõe o limite dentro do qual esse órgão pode exercer a jurisdição. Por isso, diz-se que todos os órgãos jurisdicionais têm competência plena em abstrato, eis que a competência está ligada a uma das funções estatais e, como as demais, é una e indivisível. No entanto, em concreto, por razões práticas, esses órgãos devem exercer suas competências dentro de certos limites de modo a facilitar e aprimorar a prestação jurisdicional. Essa necessidade de se repartir a competência jurisdicional, limitando a esfera de atuação de cada órgão responsável por prestar a *juris dictio*, é fundamental ante a complexa rede de relações entre os membros da sociedade moderna. Com a população numerosa, a escassez cada vez maior de bens e a conseqüente diversidade na natureza dos litígios, o antigo juízo único não mais basta.

Ademais, a evolução da sociedade também mostrou insuficiente a figura do juiz que limitava sua atividade jurisdicional ao enquadramento do caso concreto à norma abstrata fornecida pelo ordenamento. A prestação jurisdicional passou a envolver, sobretudo, atividade

*

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 83.
 THEODORO JUNIOR, Humberto. "Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento" in Curso de Direito Processual Civil. 36ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I, p. 137.
 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 144.

interpretativa, conjugando os elementos do caso concreto com a solução apresentada pela lei, de modo a solucionar, da melhor forma possível, o conflito apresentado. Aos poucos, a idéia de um juízo para dirimir todas as sortes de litígios se mostrou contra-indicada às novas demandas sociais. A essa repartição de competência se somou a garantia do juiz natural expressa nas idéias de juiz imparcial e vedação a tribunais de exceção, tornando de suma importância a prévia fixação da competência concernente a determinado juízo, de modo a garantir ao jurisdicionado o conhecimento prévio do juízo perante o qual deve propor sua demanda. Daí decorre a necessidade de previsão legal dos critérios para fixação da competência e as conseqüências da sua inobservância.

Como se exporá adiante, as modalidades de incompetência têm características e conseqüências próprias. Ocorre que a introdução do parágrafo único ao artigo 112 do Código de Processo Civil, aparentemente, excepcionou esse regime trazendo dúvidas acerca da real intenção do legislador. Como a interpretação da lei e o encontro da *mens legis* muitas vezes dependem de um trabalho conjunto de seu aplicador e da doutrina, faz-se mister que novos e antigos temas que criam certa celeuma ou sugerem alterações sejam a fundo debatidos, sobretudo no meio científico, visando a evitar eventual desvio de finalidade em desfavor do objetivo inicialmente almejado.

Pela leitura da norma do artigo 112 do Código de Processo Civil *caput* e parágrafo único, este introduzido pela Lei 11.280/06⁸, fica evidente que sua lógica diverge da disciplina tradicional da incompetência relativa, ao permitir que o juiz a declare de ofício quando decorrer de cláusula estabelecida em contrato de adesão. Isso porque, como é sabido, em regra, a incompetência relativa depende de argüição da parte por meio de exceção de incompetência, enquanto a incompetência absoluta pode ser declarada de ofício ou alegada pela parte ré em preliminar da contestação e pela parte autora por simples petição.

Por outro lado, o artigo 114 do Código de Processo Civil, cuja redação foi alterada pela Lei 11.280/06, prevê que, caso a parte não oponha exceção de incompetência e o juiz não

⁷ FUX, Luiz. Op. cit. p. 83.

⁸ Art. 112. Argiii-se por meio de exceção a incompetência relativa. Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

a reconheça de ofício, sua competência será prorrogada e ele passará a ser competente para apreciar aquela demanda.

Questiona-se, por isso, a real intenção do legislador bem como o alcance dessa norma. A ampla possibilidade do juiz reconhecer de ofício a incompetência em razão do lugar e, portanto, relativa, sempre que decorrer de cláusula de eleição de foro aposta em contratos de adesão, parece desconsiderar o fato de que nem sempre os contratos de adesão envolvem uma parte mais fraca. Ora, se pode haver um contrato de adesão no qual o aderente tenha poder de negociação, não é razoável pensar que o juiz poderia, em desacordo com a vontade da parte supostamente prejudicada com o foro eleito, declinar de ofício de sua competência, ainda que se considerasse incompetente em tese para apreciar e julgar o caso concreto.

Cria-se uma situação excepcional, eis que, em se tratando de contrato de adesão, havendo incompetência relativa em virtude de cláusula de eleição de foro, o juiz poderá declará-la de ofício, sem necessidade da oposição de exceção de incompetência pelo aderente e, se não o fizer, torna-se competente para o feito. Seria dar a uma hipótese clássica de incompetência relativa (em razão do lugar) efeitos de incompetência absoluta.

Outros aspectos, não só da norma que se depreende do dispositivo, como também da sua redação serão tratados no presente trabalho de forma crítica e corretiva, apontando as aparentes falhas, sugerindo formas de melhor interpretá-lo para alcançar a finalidade aparentemente pretendida pelo legislador, qual seja, proteger o consumidor, quando parte mais fraca. Nesse sentido, e aí está o principal problema do dispositivo, a proteção ao aderente, quando parte mais fraca, sem poder de barganha, deve ser na medida em que ele necessite de proteção, ou seja, respeitando sua vontade e sem se sobrepor a ela, quando a mesma se coadunar com os termos da cláusula de eleição de foro.

Diante disso, o objetivo do presente trabalho é, com base na teoria e nas repercussões práticas do dispositivo, buscar esclarecer a questão, interpretando o dispositivo de modo a

#

sanar a suposta dicotomia entre a nova proposta e a visão clássica do regime de competências, delimitando seu alcance.

2. JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

A jurisdição, como uma das funções do Estado, surgiu a partir da verificação da fragilidade causada ao tecido social pela autotutela e do fortalecimento da figura do Estado como ente centralizador de poder. Nas primeiras organizações sociais, os conflitos eram solucionados pelos próprios interessados. Era a fase da justiça privada, da justiça com as próprias mãos e não havia limites à intensidade ou natureza da resposta do prejudicado. Vencia a parte mais forte, com mais recursos, sem que houvesse qualquer intervenção do Estado ou de terceiros imparciais. Daí porque a lei de Talião representou significativo avanço ao implementar alguma limitação a esse sistema determinando que a resposta do ofendido deveria ser proporcional à ofensa que lhe foi perpetrada, vedado o excesso.

Surge, assim, a função jurisdicional, cujas características devem ser brevemente expostas para melhor compreendê-la. A jurisdição como atividade do Estado "destinada à solução imperativa de conflitos e exercida mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos" é imperativa em virtude da presença do poder estatal. Também pode ser definida como atividade substitutiva, como já citado, além de imparcial e inerte, eis que o Estado só substitui a vontade das partes no processo quando é por elas provocado para solucionar um conflito, atuando de forma imparcial. O Estado-juiz não defende os interesses de nenhuma das partes em específico, mas apenas viabiliza a concreção do direito daquela que comprovar ter razão.

Ocorre que com a evolução das sociedades, com a consequente ampliação da teia de relações sociais, aliada ao fato de os recursos serem escassos e as necessidades humanas infindáveis, os conflitos sociais se tornaram cada vez mais numerosos e complexos. A prevalência da justiça privada prejudicava o desenvolvimento e comprometia a vida em

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 20º edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 21.

sociedade. O Estado como ente central que viabilizava a vida em sociedade se fortaleceu, culminando com a vedação à autotutela.

A partir daí o Estado assumiu a função jurisdicional, ou seja, chamou para si a responsabilidade de intervir nas relações sociais e solucionar os eventuais conflitos de interesses, aplicando o direito ao caso concreto. Com isso, o Estado substituiu a atividade das partes envolvidas no conflito e "ao assumir a função de resolver conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela que correspondesse à realização da ação privada que foi proibida". ¹¹ O Estado teria de assegurar aos jurisdicionados o amplo acesso à justiça, o amplo acesso a um provimento jurisdicional justo, garantindo o bem comum e pacificando os conflitos sociais.

O poder de dizer o direito, embora concentrado nas mãos do Estado e exercido através dos órgãos jurisdicionais, ante a evolução das sociedades modernas, a extensão territorial e a diversidade cada vez maior de demandas, precisava ser exercido pelos seus detentores de forma mais limitada para viabilizar alguma especialização. A idéia de um juízo único que solucionava qualquer tipo de litígio, não mais poderia prevalecer. ¹² Era preciso delimitar a atividade dos seus órgãos para garantir celeridade na tramitação e assegurar a observância do Princípio da Igualdade.

A especialização dos juízos permite, assim, a análise mais técnica dos processos, pois que a apreciação dos casos semelhantes envolvendo a mesma matéria por um número limitado de julgadores ou por um só juiz assegura decisões mais uniformes, atentas à necessidade de tratamento isonômico dos jurisdicionados. Por isso, muitos autores afirmam ser a competência uma divisão de trabalho entre os órgãos jurisdicionais, conforme critérios fixados em lei¹³. Enquanto a jurisdição seria a função estatal entendida como o poder de julgar abstratamente considerado, a competência seria a medida concreta dessa função quando exercida em resposta à demanda do cidadão.

12 FUX, Luiz. Op. cit. p. 83.

3

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I, p. 329.

¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Manual do Processo do Conhecimento. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 31.

Cabe mencionar que a despeito da divisão de competências, a jurisdição, como as demais funções estatais, é una e indivisível¹⁴, embora o Estado a exerça através de inúmeros órgãos de acordo com as regras de fixação de competência. Assim, nas palavras de Arruda Alvim, "a competência é a decorrência de uma especificação gradual e sucessiva do poder jurisdicional". ¹⁵ Por isso, a correção em afirmar que a competência é a medida da jurisdição, não no sentido de parte, mas no sentido de limite, imposto à atuação de cada órgão que compõe o Judiciário.

3. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA COMPETÊNCIA

A divisão da competência interna entre os órgãos que compõem o Poder Judiciário deve observar determinados critérios pré-fixados pelo constituinte e pelo legislador pátrio. No entanto, antes de observá-los, deve-se verificar as previsões constitucionais acerca da competência originária dos tribunais superiores, que são tribunais de superposição, ou seja, não integram nenhuma das "justiças" componentes do Poder Judiciário e conjugá-las com as previsões do Código de Processo Civil brasileiro para determinar perante qual "justiça" deverá tramitar o feito. Há regras de fixação de competência também nos regimentos internos dos Tribunais e em leis especiais como a Lei nº 8213/91.

Alguns autores sustentam haver pressupostos de existência e de validade do processo indicando a competência do juiz, ao lado da capacidade das partes e da regularidade da demanda como pressupostos de validade da relação jurídica processual que devem estar presentes para que ela se desenvolva validamente. Ocorre que em caso de irregularidade da demanda decorrente da inobservância dos requisitos da petição inicial, que vêm elencados no artigo 282 do Código de Processo Civil, o processo existe mas padece de vício de validade, devendo ser extinto sem julgamento do mérito. Já a incompetência do juízo pode ser sanada através da remessa dos autos ao juiz competente ou da prorrogação da competência do juiz, caso seja hipótese de inobservância de competência relativa, não levando à extinção do feito

¹³ Loc.cit. p. 83.

¹⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podium, 2007, v. I, p. 74.

sem apreciação do mérito, razão por que muitos autores não enumeram a competência do juízo como um dos pressupostos de validade do processo. 16

Diante do caso concreto, primeiro é preciso confirmar se a justiça brasileira é competente para apreciar a questão, nos moldes dos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil¹⁷. Em alguns casos o será de forma exclusiva e em outros concorrentemente a outro Estado soberano. Caso seja competência concorrente, a existência de demanda já oferecida em outro Estado não gera litispendência em relação à atividade da jurisdição brasileira sobre o caso, não impedindo, portanto, a propositura da demanda também no Brasil.

Porém, sendo competente a justiça brasileira, deve-se partir para a segunda etapa e verificar se há ou não foro por prerrogativa de função (competência ratione personae), pois esta prevalece em relação aos demais critérios de fixação da competência interna. Em não havendo, parte-se para a terceira etapa que consiste em verificar se a questão é de competência de alguma das "justiças" especiais, ou seja, se é de competência da justiça militar da União ou dos estados, da justiça eleitoral ou da justiça do trabalho que têm suas competências definidas de forma geral na Constituição da República.

Passada essa etapa sem o enquadramento da causa à jurisdição de um desses órgãos, a competência será da justiça comum, que engloba a federal e a estadual, ressaltando-se que a competência da justiça estadual é residual em relação à das demais e também em relação à competência da justiça federal. Assim, primeiro verifica-se o artigo 109 da Constituição da República Federativa do Brasil para certificar se o caso é de competência da justiça comum federal. Em caso negativo, a competência deve ser atribuída à justiça comum estadual.

Findo esse processo de determinação da competência interna, e encontrada a justiça competente, parte-se para os critérios específicos para determinar qual será o foro onde será processada a causa e qual o juízo competente para julgá-la. Assim, com base nos critérios *

 ¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit. v I, pp. 237 e ss.
 17 Vale ressaltar que parte da doutrina ressalva essa hipótese, afirmando que não se trata de divisão de competência, mas de limitação do exercício da função jurisdicional pelo Estado brasileiro. Nesse sentido ver Alexandre Freitas Câmara em Lições de Direitos Processual Civil, 16ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. I, pp. 98 e ss.

territorial, funcional e objetivo é possível determinar exatamente qual o juízo que terá competência em concreto para exercer o *iuris dicto* em determinado caso levado ao Judiciário pelas partes interessadas.

Através do critério territorial é definido qual o foro competente para determinada causa de acordo com as previsões do Código de Processo Civil brasileiro que dispõe, por exemplo, no artigo 94 que será da competência do foro do domicílio do réu as ações que versarem sobre direito pessoal. Esse critério visa a limitar a dimensão territorial atribuída à atividade de cada órgão jurisdicional como uma forma de facilitar o acesso das partes à justiça e de levar a justiça para perto de onde está a demanda. Por isso, esse critério pode ser livremente afastado pelas partes, conforme seja mais conveniente para elas fixar a competência perante outro foro, ainda que mais distante do que aquele indicado pela legislação processual civil como originalmente competente.

O critério funcional, por outro lado, considera a divisão de competência entre os órgãos jurisdicionais que atuarão no mesmo processo. Assim, por exemplo, a demanda executória deve ser proposta perante o juízo que julgou a ação de conhecimento e cabe ao tribunal apreciar recurso de apelação interposto contra a decisão do juiz de primeiro grau de jurisdição. Como envolve a distribuição de competência dentro dos órgãos jurisdicionais feita no interesse do Estado-juiz e fixada no Código de Processo Civil brasileiro e nas regras de organização Judiciária, esse critério não pode ser livremente afastado pelas partes conforme seus interesses.

Por fim, o critério objetivo considera aspectos da própria causa, quais sejam, seu valor e matéria sobre a qual versa. O valor da causa está ligado à competência dos juizados especiais e a matéria à existência de varas especializadas no tratamento de determinados assuntos como família, órfãos e sucessões, fazenda pública. Muitos autores afirmam que o critério baseado no valor da causa só poderia ser objeto de disposição pelas partes quando o valor indicado, em concreto, na petição inicial da demanda ultrapassasse o valor da alçada, ou seja, para litigar no juizado especial estadual, por exemplo, o limite é de 40 (quarenta) salários-mínimos, conforme artigo 3°, I da Lei n° 9099/95. Para causas acima desse valor, a

parte poderia abrir mão da diferença e optar pelo juizado. Para causas abaixo desse valor seria obrigatória a propositura da demanda no juizado.

Pela doutrina majoritária, no entanto, a competência dos juizados especiais cíveis estaduais não é absoluta, podendo ser sempre afastada pelas partes, que têm a opção de propor suas demandas em varas da justiça comum estadual¹⁸. Já a competência dos juizados especiais federais, conforme previsão expressa do artigo 3°, § 3° da Lei n° 10.259/01 será absoluta, de modo que sempre que o valor da causa não ultrapassar 60 (sessenta) salários-mínimos, havendo Vara do Juizado Especial Federal, sua competência será absoluta, devendo a demanda ser proposta no juizado e não na Vara Federal. Nesse caso, ainda que a parte prefira ajuizar sua demanda em uma vara federal, caso o valor da causa seja igual ou inferior a 60 (sessenta) salários-mínimos, não poderá fazê-lo, sob pena de incompetência absoluta do juízo comum federal.

Em relação à competência em razão da matéria, é sempre absoluta, pois assim como a competência funcional, envolve regras de organização judiciária e representa a própria lógica da repartição de competência: especialização dos juízos como forma de, entre outras coisas, aprimorar a prestação jurisdicional, tornando-a mais célere e isonômica em relação aos jurisdicionados que apresentarem ao Judiciário o mesmo tipo de pretensão. Assim, uma causa que envolve, por exemplo, investigação de paternidade deve ser proposta perante uma Vara de Família, nas localidades em que existir e não, na Vara Cível.

Ainda no que toca à fixação da competência, cabe destacar os princípios da perpetuatio iurisdicionis¹⁹ e da kompetenz-kompetenz²⁰. De acordo com o primeiro, a competência é determinada no momento da propositura da demanda, não sendo afetada por alterações posteriores dos fatos que a determinaram ou do direito vigente à época, salvo em duas hipóteses previstas na parte final do artigo 87 do Código de Processo Civil. Dessa forma, por exemplo, se uma ação de indenização baseada no descumprimento de uma obrigação é proposta no foro do domicílio do réu, atendendo à previsão do artigo 94 do Código de

FUX, Luiz. Op. cit., p. 97.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op.cit., v. I, p. 147.

2

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 45.

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz Op. cit., pp. 48 e ss.

Processo Civil e, posteriormente ao seu ajuizamento, o réu muda seu local de domicílio, o foro onde foi ajuizada a demanda continua sendo competente para julgá-la, a despeito da mudança de domicílio do réu.

Pela norma do artigo 87 do Código de Processo Civil, apenas alterações supervenientes relativas à supressão do órgão judicial originalmente competente e à alteração da competência em razão da matéria ou hierarquia, podem acarretar mudança da competência em processo já iniciado.²¹ Por isso, a modificação da competência após a propositura da demanda é medida excepcional.

Já o segundo princípio indica que somente o próprio juiz é competente para apreciar sua competência para julgar determinado caso concreto. Assim, por exemplo, quando a União manifesta interesse de intervir em uma causa em curso na justiça comum estadual, o que causaria deslocamento da competência para a justiça federal, conforme artigo 109, inciso I da Constituição da República, o juiz federal, e não o juiz estadual perante o qual foi feito o requerimento, será competente para decidir se há ou não interesse da União que implique esse deslocamento da competência para apreciar o feito. O processo deve ser remetido para o juiz federal e, caso ele entenda não haver esse interesse, o processo será devolvido ao juízo estadual que não poderá se pronunciar sobre essa questão.

Diante do exposto, afigura-se a dúvida se o parágrafo único do artigo 112 fixa competência com base no local ou na matéria envolvida na causa, ou seja, se a ênfase maior é para o direito material envolvido, direito do consumidor, ou para o local onde deve ser proposta a demanda envolvendo contrato de adesão.

4. CARACTERIZAÇÃO DA INCOMPETÊNCIA

Luiz Guilherme Marinoni destaca que a definição de dois gêneros distintos de competência ocorre "segundo a maior ou a menor disponibilidade da vontade das partes sobre a regra determinadora do regime"²². Será absoluta e, portanto, improrrogável a competência sempre que envolver normas de ordem pública, firmadas no interesse do Estado

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., v. I, p. 112.

e que não podem ser afastadas pelas partes. Por outro lado, será relativa a competência firmada no interesse das partes e que puder ser por elas afastada através, por exemplo, da cláusula contratual que estabelece o foro de eleição para dirimir eventuais litígios envolvendo os contratantes.²³ De acordo com o tipo de critério determinador da competência que é desrespeitado, a forma e o momento da argüição da incompetência mudam, assim como as consequências de seu reconhecimento pelo juiz.

Desta feita, em caso de incompetência do juízo por violação de normas cogentes que implicam competência de outro órgão julgador para o feito, a parte deve arguí-la em preliminar de contestação ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, podendo o juiz reconhecê-la de ofício e a qualquer tempo, conforme previsto no artigo 113, caput e parágrafo primeiro do Código de Processo Civil. Isso ocorre quando há inobservância do critério funcional ou do critério material objetivo em razão da pessoa e da matéria, esclarecidos no tópico anterior.

Nesses casos, como citado, se não for reconhecida a incompetência absoluta, o juiz não se torna competente para apreciar o feito, gerando possibilidade de se rescindir, posteriormente, através da propositura de uma demanda rescisória da decisão proferida. Já no caso de incompetência decorrente da inobservância de um critério relativo (territorial ou objetivo em razão do valor da causa), a parte deverá alegá-la por meio de exceção no prazo para a contestação, caso contrário, haverá prorrogação da competência, tornando competente o juízo antes incompetente para processar e julgar a causa, o que vem previsto nos artigos 112, caput e 114 do Código de Processo Civil.24

Os tipos de competência quando desrespeitados pelas partes também trazem consequências distintas. Quando reconhecida a incompetência absoluta de determinado juízo, todos os atos decisórios por ele tomados no decorrer do processo serão nulos conforme norma do artigo 113, § 2º do Código de Processo Civil: "declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente." Já no caso

²² MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sergio Cruz. Op cit., p. 31.

²⁴ Art. 112. Argüi-se, por meio de exceção, a incompetência relativa.

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13 * edição. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 87.

de incompetência relativa, todos os atos decisórios do juiz incompetente relativamente serão anuláveis, prevalecendo, salvo se argüida tempestivamente a incompetência pela parte, caso em que, deve haver a remessa dos autos ao juízo competente para que nova decisão seja proferida.

Nesse ponto, cabe destacar pertinente observação realizada em nota de rodapé por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart em seu Manual de Direito Processual Civil, 5ª edição. Nela os autores destacam que, em se tratando de incompetência relativa, as decisões do juiz incompetente que são anuláveis a depender de argüição da parte são aquelas de caráter liminar, já que a sentença "jamais será proferia por juiz relativamente incompetente, seja em razão de não ter sido apresentada exceção, seja em virtude de seu não acolhimento"25. Isso porque, em ambos os casos, quando da prolação da sentença já terá ocorrido a prorrogação da competência do referido juízo, tornando-o competente para julgar o feito. Por isso, apenas os atos decisórios do juiz absolutamente incompetente são causa de ação rescisória, permitindo o desfazimento da coisa julgada até 2 (dois) anos após o trânsito em julgado da decisão, nos moldes do artigo 485, inciso II do Código de Processo Civil.²⁶

Por fim, vale mencionar que parte da doutrina pátria, na qual se inclui o ilustre professor e Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux²⁷, sustenta que, dos artigos 96 ao 100, o Código de Processo Civil traz normas que fixam foros especiais, todos relativos e, portanto, plenamente renunciáveis pelas partes, eis que visam a proteger seus beneficiários, podendo ser por eles afastado conforme sua vontade. Assim, por exemplo, segundo o inciso I do artigo 100 do Código de Processo Civil, é competente o foro "da residência da mulher para a ação de separação dos cônjuges e a conversão desta em divórcio, e para a anulação de casamento". Contudo, se a mulher preferir, pode propor essas demandas em outros foros e, da mesma forma, se seu cônjuge propuser uma dessas demandas em outro foro, a mulher pode deixar de opor exceção de incompetência, acarretando a prorrogação da competência do referido juízo, se isso lhe convier.

Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

25 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Op. cit., p. 47.

²⁶ Art. 485.A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente.

Esses foros especiais visam, de forma geral, a proteger a parte supostamente mais frágil, dando-lhe mais chances de obter provimento favorável no processo. Aí se incluem, por exemplo, o ausente, no caso do artigo 97, o incapaz, conforme artigo 98 e o alimentando, vide artigo 100, II, todos do Código de Processo Civil. A competência absoluta, assim, por ser fixada com base em normas de ordem pública, não pode sofrer modificações pela vontade das partes. Já a competência relativa, firmada no interesse das partes, visando a facilitar seu acesso à justiça, pode ser livremente afastada por elas de forma expressa, por meio de cláusula de eleição de foro, ou tácita, através da inércia em opor exceção de incompetência do juízo.²⁸

Fica evidenciada, assim, a sistemática bipolar clássica de fixação da competência. Pela teoria tradicional, ou um juiz é competente de forma absoluta ou de forma relativa para apreciar determinado caso e, a partir daí, se determina quais as conseqüências de sua inobservância e qual a forma de sua argüição.

5.CAUSAS DE MODIFICAÇÃO DA COMPETÊNCIA

O Código de Processo Civil, do artigo 102 ao 111, prevê causas que implicam a modificação da competência para julgamento de determinada demanda quando fixada com base em critérios que podem ser afastados pelas partes, destacando-se a conexão, a continência e a manifestação de vontade das partes. Pela definição do artigo 103 do Código de Processo Civil, serão "conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir". Da norma contida no texto desse dispositivo se depreende que serão conexas duas demandas se um desses dois elementos for comum ou se ambos o forem. Assim, demandas propostas por pessoas diferentes, mas que envolvam a mesma situação de fato e/ou o mesmo pedido são consideradas conexas, relacionadas, devendo ser reunidas para julgamento perante o mesmo juízo. A continência, por outro lado, ocorre, nos moldes do artigo 104 do Código de Processo Civil, "entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras". Uma das demandas "contém" a outra.

²⁷ FUX, Luiz. Op. Cit., pp. 89 e ss.

Conforme prelecionam os artigos 105 e 106 do Código de Processo Civil, tanto a conexão como a continência, podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz ou por alegação das partes sendo que, em ambos os casos, a conseqüência será a mesma: as demandas oferecidas em separado devem ser reunidas perante o juízo prevento. Essa reunião dos processos perante um só juízo está diretamente ligada a razões de economia processual, eis que sendo semelhantes as ações, o julgamento por um só juiz será mais eficiente e célere. Ademais, também visa a evitar decisões conflitantes em ações semelhantes, privilegiando o Princípio da Igualdade que deve reger o tratamento dos jurisdicionados que se encontram na mesma situação. 30

Dessa forma, a reunião dos processos requer a identificação do juízo prevento, ou seja, do juízo que primeiro teve contato com o caso e que, por isso, será o responsável por julgar todas as demandas relacionadas, seja por conexão, seja por continência³¹. Pelo artigo 106 do Código de Processo Civil, entre juízes com a mesma competência territorial, isto é, que atuam na mesma Comarca ou Seção judiciária, é prevento aquele que deu o primeiro despacho. Já entre juízes com competência territorial diversa, considera-se prevento o juízo onde ocorreu primeiro a citação, vide artigo 219 do Código de Processo Civil, que prevê como uma das conseqüências da citação válida a prevenção do juízo. Essas duas causas de modificação da competência são hipóteses de prorrogação legal, pois estão delimitadas na legislação processual e sua ocorrência não depende da vontade das partes.

A terceira e principal forma de modificação da competência relativa é a vontade das partes, eis que, como já exposto, essa modalidade de competência é baseada em normas firmadas no interesse das partes, podendo ser por elas afastada através de manifestação unilateral ou bilateral de vontade, pelo que dispõe o artigo 111, *caput* do Código de Processo Civil.³²

²⁸ *Ibidem*, p. 101.

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit. p. 126.

³¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 245.

Por acordo de vontades, as partes podem modificar a competência em razão do valor da causa e do território usando a chamada cláusula de eleição de foro (e não de fórum)³³ que deve ser aposta em contrato escrito (artigo 111, § 1º do Código de Processo Civil). Desta feita, em demanda proposta no foro de eleição, em regra a parte ré não irá opor exceção de incompetência no prazo para contestação, por concordar com o foro eleito tornando o juízo, antes incompetente relativamente para o processo, competente para o mesmo, por ampliação da sua competência.³⁴ Nas palavras de Luiz Fux, esta é uma hipótese de prorrogação voluntária expressa da competência, admitida apenas em causas de cunho patrimonial³⁵.

O problema surge quando a cláusula de eleição de foro é aposta em contrato de adesão, definido pelo artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor como "aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo". Esse tipo de contrato se contrapõe aos chamados contratos de comum acordo, pois suas cláusulas não são objeto de negociação entre as partes. Assim, se o aderente for hipossuficiente pode ser seriamente prejudicado pelas imposições da parte mais forte, proponente do contrato.

Dessa forma, nem sempre a inércia da parte contratante em opor a exceção de incompetência caracteriza sua concordância com o foro eleito no contrato, podendo apenas sinalizar sua fragilidade justificadora da intervenção estatal, permitida pelo parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil. Em muitos casos, o consumidor, parte mais vulnerável, deixa de opor exceção de incompetência por falta de condições materiais que lhe assegurem o auxílio de um bom advogado e, até mesmo, por desconhecimento da possibilidade de buscar a assistência da Defensoria Pública caso existente em seu estado.

³² Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações. CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., v. I, p. 109.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 244. ³⁵ FUX, Luiz. Op. Cit. p. 104.

Qualquer das partes também pode, por manifestação unilateral de vontade, afastar a competência relativa de determinado órgão, preferindo a propositura ou a continuidade da demanda em foro diverso, independentemente de acordo prévio com a parte contrária. Isso ocorre quando a parte, como ré, como já citado, deixa de opor exceção de incompetência para argüir a incompetência do juízo, ou quando opta, como parte autora, por propor a demanda perante juízo diverso daquele originalmente competente para apreciar a causa. Essas possibilidades, que, assim como a anterior, permitem a ampliação da competência do juízo são chamadas pela doutrina de prorrogação voluntária tácita de competência.

Portanto, por não envolver competência absoluta, a cláusula de eleição de foro, em tese, não pode ser afastada de ofício pelo juiz e isso se depreende da leitura do verbete nº 33 da Súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça³⁶ e do caput do artigo 112 do Código de Processo Civil, antes da introdução do parágrafo único pela Lei nº 11.280/2006. De qualquer forma, o foro de eleição não pode configurar um ônus para a parte e, por isso, antes mesmo desta inovação, a doutrina e a jurisprudência já admitiam o afastamento de ofício desse tipo de cláusula.

Nesse sentido, cabe destacar o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça³⁷:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ADESÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO (ART. 51, I, DA LEI 8.078/90 - "CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR"). FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA CONSIDERADA ABUSIVA. - INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 33/STJ PRECEDENTES DA SEGUNDA SEÇÃO.

- I A cláusula de eleição de foro inserida em contrato de adesão não prevalece se "abusiva", o que se verifica quando constatado que da prevalência de tal estipulação resulta inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário.
- II Pode o juiz, de oficio, declinar de sua competência em ação instaurada contra consumidor quando a aplicação da cláusula de eleição de foro dificultar gravemente a defesa do réu em Juízo. Precedentes da Segunda Seção.

III - Recurso conhecido e provido.

(STJ; RESP nº 142936/SP; Órgão Julgador - TERCEIRA TURMA Relator(a) Ministro WALDEMAR ZVEITER; Data do Julgamento 17/11/1998 ;DJ 01.02.1999 p. 185) grifos nossos

³⁶ Verbete nº 33 da súmula de jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça: "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício".

37 Podem ser encontrados em www.stj.gov.br. Acessado em 20/10/2007.

Assim, a possibilidade de desconsideração de ofício da cláusula de eleição de foro, já era tida como possível, em nome do Princípio da Vulnerabilidade, que orienta a atuação do legislador pátrio no que toca à legislação ligada às relações de consumo e, consequentemente, às normas de direito processual voltadas a sua concreção.

6. A REFORMA DE 2006 E A NOVA SISTEMÁTICA

A Lei nº 11.280/2006 acrescentou o parágrafo único ao artigo 112 do Código de Processo Civil³⁸ contrastando com a sistemática que tradicionalmente regia a possibilidade de eleição de foro pelos contratantes. Esse dispositivo foi bem recebido por parte da doutrina e muito criticado por outra. Com base na teoria tradicional acerca da fixação da competência exposta no presente trabalho, é evidente que a citada alteração legal trazida pela introdução desse dispositivo ao artigo 112 do Código de Processo Civil é de certa forma polêmica e passível de diversas críticas, tanto do ponto de vista formal, como do ponto de vista material.

Inicialmente, tenta-se enquadrar essa modalidade de incompetência prevista no parágrafo único do artigo 112 entre as já existentes, ou seja, como relativa ou absoluta, para determinar qual a sistemática a ela aplicada de forma global. E justamente nesse ponto residem as principais controvérsias que giram em torno desse dispositivo.

Como exposto, o Código de Processo Civil em seu artigo 111 prevê uma possibilidade de modificação voluntária da competência ao autorizar a eleição de foro pelas partes contratantes para alterar a competência em razão do valor e do território nas chamadas ações pessoais. Como forma de proteger o contratante mais vulnerável, a jurisprudência, antes mesmo da alteração legislativa por ora debatida, já entendia que nos contratos de adesão essa cláusula seria considerada abusiva sempre que afastasse a competência originária de determinado juízo, fixando-a em favor de juízo distante do domicílio do aderente, de forma a comprometer seu acesso à justiça. Assim, em regra, a cláusula de eleição de foro que consta em alguns contratos é perfeitamente lícita, desde que não vise a prejudicar o consumidor.

ŧ

³⁸ Art. 112. (...)

Parágrafo único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu.

Conforme preleciona o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor são nulas de pleno direito, ou seja, independentemente da alegação da parte prejudicada, as cláusulas abusivas em contratos que envolvam relações de consumo. Na mesma linha, pelo artigo 6°, incisos VI e VII do Código de Defesa do Consumidor, é direito do consumidor, entre outras coisas, o acesso aos órgãos judiciários e aí a cláusula de eleição que inviabilizasse o exercício desse direito seria abusiva e, portanto, nula de pleno direito.

Nesse caso, o juiz pode decretar de ofício a nulidade de tal cláusula por considerá-la abusiva, tendo em vista a necessidade de proteção do consumidor, hipossuficiente, o que justifica a intervenção judicial. Ao mesmo tempo em que se conforma com os artigos 6°, incisos VI e VII e 51 do Código de Defesa do Consumidor, a norma do parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil, afasta a aplicação do verbete nº 33 da Súmula da jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.

O legislador, corroborando a preocupação com a vulnerabilidade do consumidor que permeia nosso sistema de defesa e proteção do consumidor, procurou intensificá-la para abranger não só o consumidor litigante, já beneficiado pela prerrogativa do artigo 101, I do Código de Defesa do Consumidor, que permite a ele litigar no foro de seu domicílio, mas também aquele que é acionado e que se encontra em posição de desvantagem. A previsão do artigo 112, parágrafo único do Código de Processo Civil, portanto, é voltada à preservação da igualdade material entre as partes do processo e da garantia de amplo acesso à justiça. Como conseqüência, a demanda poderá ser remetida de ofício pelo juiz para o foro do domicílio do consumidor, caso verifique que o foro de eleição é prejudicial ao consumidor aderente. Daí decorre a incongruência da norma.

Pela teoria clássica que rege a competência, a cláusula de eleição de foro é usada pelas partes para afastar a competência relativa de determinado juízo atribuindo a outro a função de julgar determinada ação. Não poderia, por esse motivo, ser desconsiderada de ofício pelo juiz

³⁹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar ."Um estudo sobre as novas redações dos arts. 112 e 114 do CPC, modificados pela Lei nº 11.280/2006" in A nova reforma processual. Coordenador Gustavo Santana Nogueira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007 p. 22.

com base na presunção de que os contratos de adesão sempre envolvem relações de consumo, com uma parte mais fraca. Por outro lado, a incompetência absoluta, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, independentemente da vontade das partes e não se prorroga, impedindo que o juiz incompetente se torne competente após a inércia da parte em opor exceção.

Fica a dúvida se a norma traria hipótese de competência relativa com tratamento diferenciado, ou de competência absoluta e aí a disciplina obedeceria à regra do artigo 113 do Código de Processo Civil. Nesse aspecto, cabe citar brevemente que a nova redação do artigo 114 do Código de Processo Civil, também determinada pela Lei nº 11.280/2006, confunde ainda mais a questão ao dispor que a competência será prorrogada se o juiz não declarar de ofício a incompetência.

Parece ter sido dada à incompetência decorrente da nulidade da cláusula de eleição de foro em contrato de adesão uma disciplina híbrida. Ao mesmo tempo em que pode ser declarada de ofício pelo juiz, caso ele não o faça e a parte ré/aderente não oponha exceção de incompetência, a competência será prorrogada e o juízo antes incompetente para processar e julgar a demanda se tornará o juízo competente para tanto, fato incompatível com a disciplina clássica da incompetência absoluta, que, ao contrário da relativa, não admite prorrogação. Nesse sentido vale ressaltar Fredie Didier Jr:

O sistema da incompetência foi alterado (...).

O legislador reformista inovou: há hipótese de incompetência que pode ser conhecida *ex officio*, mas não pode sê-lo a qualquer tempo. É um novo regime jurídico de reconhecimento de incompetência, com características dos outros dois tipos (...).⁴⁰

O parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil traz, portanto, hipótese de competência relativa firmada em cláusula de eleição de foro que pode ser afastada pelo juiz de ofício. Traz uma hipótese, no mínimo, bizarra de competência relativa absoluta, ou seja, que é firmada no interesse das partes, mas que pode ser afastada de ofício pelo juiz e prorrogada caso ele não o faça.

⁴⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Op. cit.*, p. 121.

Seria algo semelhante ao previsto na parte final do artigo 95 do Código de Processo Civil que traz caso de competência territorial que não pode ser afastada pelo autor quando se tratar de litígio envolvendo direito real que recaia sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova. Nesse caso, haveria na lei a previsão de uma competência territorial funcional⁴¹, que nos casos elencados não poderia ser afastada pelas partes, a despeito de ser firmada por critério que considera o interesse das partes em litigar no lugar que melhor lhes convêm, prevalecendo nesses casos o local do imóvel.

Traçando um paralelo dessa norma com a norma do parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil, pode-se dizer que esta traz uma hipótese de competência territorial material, pois, embora envolva a fixação de competência territorial, relativa, considera a matéria da causa, qual seja contratos de adesão, diretamente relacionados às relações de consumo para permitir seu afastamento de ofício pelo juiz. Criou-se, como já dito, uma disciplina híbrida, subversiva das idéias clássicas, e passível de inúmeros questionamentos e críticas. Como admitir que um juízo incompetente escolhido através de cláusula de eleição de foro possa reconhecer de ofício sua incompetência e, se não o fizer, tornar-se competente? Porque permitir ao juiz afastar a vontade das partes expressa em cláusula de eleição sempre que envolver contrato de adesão determinando a remessa dos autos ao juízo do domicílio do réu?

7. CRÍTICAS

A despeito da incipiente incursão da doutrina pátria nesse tema ainda recente, apenas da leitura do texto do parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil, já se pode depreender a problemática decorrente dessa norma. A proposta central do presente estudo, como já citado, é tentar explicitar as principais críticas que devem ser feitas ao dispositivo, visando de forma mediata ao aperfeiçoamento da redação legislativa e de forma imediata à aplicação adequada do instituto, de modo a evitar a supressão da vontade das partes através de uma ponderação dos interesses envolvidos, verificando a real necessidade da medida de ofício pelo magistrado.

⁴¹ LIEHMAN, Enrico Túlio. Manual de direito processual civil. Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 192 e ss.

As principais críticas ao dispositivo por ora debatido envolvem seu conteúdo prático. Primeiramente, ele prevê a possibilidade de declinação de ofício da competência fixada em virtude de cláusula de eleição de foro em contrato de adesão. A justificativa provável para esse tratamento diferenciado quando a cláusula estiver inserida em contrato de adesão é a presumida vulnerabilidade do aderente.

Ocorre que isso nem sempre se verifica. Nem sempre um contrato de adesão envolve, necessariamente, uma relação de consumo e, nem sempre, o aderente é parte vulnerável, merecedor de tutela especial e mais benéfica. Pensemos, por exemplo, em um contrato de adesão em que a parte aderente é uma empresa tão forte e poderosa quanto a proponente, tendo plenas condições de conhecer as minúncias das cláusulas gerais preestabelecidas por esta. ⁴² Nesse caso, claramente não haveria abusividade da cláusula que justificasse sua anulação pelo juiz, eis que a aderente, na assinatura do contrato, teria condições de antever as conseqüências da cláusula em questão e até mesmo negociar sua alteração caso verificasse que poderia acarretar-lhe prejuízos no exercício de sua defesa em eventual litígio judicial. Assim, o dispositivo em testilha permite que a declinação de ofício da competência ocorra genericamente em qualquer contrato de adesão e não somente nos contratos de consumo. ⁴³

Por outro lado, ainda que se parta da premissa que o aderente é a parte mais vulnerável na negociata, nem sempre o foro eleito será prejudicial a ele. Tomemos como exemplo o caso do aderente domiciliado na cidade de Petrópolis que tem um parente advogado que reside na Capital. Para ele, a eleição do foro da capital para dirimir eventuais conflitos advindos do contrato de adesão é mais benéfica, pois facilitará a atividade de seu advogado e por via de conseqüência, seu acesso à justiça. Nesses casos, a declaração da incompetência de ofício pelo juiz e a remessa dos autos para o juízo do domicílio do réu/aderente é que lhe será prejudicial, invadindo sua esfera de escolhas privadas.

Isso demonstra que, em algumas hipóteses, a previsão legal caracterizará invasão excessiva do Judiciário na esfera de vida privada dos cidadãos, sobrepondo a vontade do julgador à vontade do jurisdicionado sem que este seja, sequer, consultado. A inteligência das

⁴² PEREIRA, Caio Mario da Silva. "Fontes das Obrigações" in Instituições de Direito Civil. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III, pp. 72 e ss.

normas do Código de Defesa do Consumidor que prevêem a nulidade de pleno direito das cláusulas abusivas apostas em contratos de consumo é proteger o consumidor dos abusos do fornecedor, presumivelmente parte mais forte. Por isso, quando não há esse prejuízo ao aderente, não seria preciso e, tampouco, razoável se declarar a nulidade da cláusula.

De outra maneira, permitir a declaração de ofício pelo juiz, mas condicioná-la à aquiescência da parte para garantir sua autonomia da vontade, seria prever outro meio de a parte requerer a declaração de incompetência relativa, diferente da exceção e traria mais polêmicas. A negativa da parte vincula ou não o juiz? Manifestando-se a parte no prazo para a resposta sem nada falar acerca do foro eleito, o juiz estaria vinculado a essa manifestação ou poderia decidir segundo seu convencimento e reconhecer de ofício sua incompetência para o caso?

Caso se entenda que essa manifestação vincula o juiz, estar-se-á limitando sua atuação e equiparando essa hipótese à sistemática clássica da incompetência relativa, embora por meio de nova forma de argüição. Por outro lado, caso a manifestação da parte não o vincule, seria apenas mais uma ferramenta para auxiliar o juiz na formação de seu convencimento acerca da pertinência ou não da cláusula de eleição de foro e aí, a declaração já não seria de ofício nos moldes clássicos, pois dependeria da oitiva prévia da parte ré.

Parece que a segunda solução é a mais plausível e protetiva da independência do juiz e do contraditório como direito de influência das partes sobre o convencimento do juiz. Embora crie novo expediente dentro do trâmite, ajudará a garantir a aplicabilidade da norma sem prejudicar a disponibilidade das partes sobre a competência relativa.

Também há críticas na doutrina sobre o alcance prático da teleologia da norma⁴⁴. Se a incompetência relativa decorrente de cláusula de eleição de foro aposta em contrato de adesão puder ser declarada de ofício, as empresas proponentes simplesmente não incluirão mais nesses contratos tal cláusula, limitando-se a propor a demanda no foro que lhes convém.

⁴³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit. p. 119.

⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. Op. cit., v. I, p. 112.

Nesse caso, ficaria a cargo do outro contratante, parte ré, alegar eventual incompetência relativa do juízo, inexistindo a possibilidade de reconhecimento de ofício pelo juiz.

Se a incompetência relativa não decorrer de cláusula de eleição de foro, esta não poderá ser declinada de ofício pelo juiz, dependendo de exceção de incompetência oposta pelo aderente. Fica evidente que nesse caso, pode restar, de fato, prejudicada a parte mais fraca tão somente em virtude de o foro não constar no contrato de adesão. A proteção garantida pela norma depende de contrato de adesão e não apenas, da exposição de uma parte contratante mais fraca e com poucos recursos às imposições da outra, como seria de se esperar.

Além disso, como destaca Alexandre Freitas Câmara, restaria mais protegido quem demandou em foro incompetente (sem ter havido eleição de foro) do que aquele que se baseou em uma cláusula de eleição de foro que o juiz considerou inválida, o que não parece razoável. ⁴⁵ A previsão fica ainda mais obscura com a disposição do artigo 114 do Código de Processo Civil, que teve sua redação alterada pela mesma Lei nº 11.280/06 que acrescentou o parágrafo único ao artigo 112 do Código de Processo Civil. ⁴⁶

Assim, por essa norma caso o juiz não se valha da possibilidade de reconhecer a nulidade da cláusula de eleição de foro e declinar de ofício da sua competência para o juízo do domicílio do aderente, esta será ampliada, tornando-o competente para julgar a questão que foi levada à sua apreciação por conta desse tipo de cláusula aposta em contrato de adesão.⁴⁷ Isso torna a nova sistemática ainda mais inovadora, eis que subverte a idéia tradicional da doutrina processualista e da jurisprudência pátria no sentido de que a incompetência absoluta é aquela que pode ser declarada de ofício pelo juiz e que não se prorroga pela inércia dele ou das partes.⁴⁸

2

⁴⁵ *Ibidem*, p. 113.

⁴⁶ Art. 114. Prorrogar-se-\(\alpha\) a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o r\(\alpha\) não opuser exceç\(\alpha\) declinat\(\alpha\) in so casos e prazos legais.

⁴⁷ NERY JUNICR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit. p. 324.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Op. cit. pp. 121 e ss.

Os novos dispositivos trazem uma hipótese de competência firmada em razão do lugar, em tese, relativa, que pode ser declinada de ofício pelo juiz, aproximando-se da incompetência absoluta, mas que se não o for e se a parte não opuser exceção declinatória, é prorrogada, conseqüência típica da incompetência relativa. Há uma disciplina verdadeiramente híbrida, que mistura aspectos da incompetência absoluta e aspectos da incompetência relativa, sem sistematizar de forma prática a aplicação dessa nova possibilidade.

As peculiaridades do caso concreto deverão nortear o juiz a tomar a decisão descrita no parágrafo único do art. 112 do Código de Processo Civil, de modo que se não o fizer, sua competência será prorrogada de forma definitiva, esvaziando a idéia consolidada na jurisprudência de que o foro do domicílio do consumidor teria aspecto absoluto, não podendo ser afastado pela inércia do juiz ou da parte em questionar a validade da cláusula de eleição de foro. Confira-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça⁴⁹:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CLÁUSULA ELETIVA DE FORO LANÇADA EM CONTRATO DE ADESÃO. NULIDADE COM BASE NA DIFICULDADE DE ACESSO AO JUDICIÁRIO COM PREJUÍZO À AMPLA DEFESA DO RÉU. CARÁTER DE ORDEM PÚBLICA DA NORMA QUE INSTITUI O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE DO ENUNCIADO Nº 33 DA SÚMULA/STJ.

- Tratando-se de contrato de adesão, a declaração de nulidade da cláusula eletiva, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do réu ao Judiciário, com prejuízo para a sua ampla defesa, torna absoluta a competência do foro do domicílio do réu, afastando a incidência do enunciado nº 33 da súmula/STJ em tais casos.

(STJ; Órgão Julgador - SEGUNDA SEÇÃO; CC 20826/RS Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Data do Julgamento 13/05/1998 DJ 24.05.1999 p. 89) – grifos nossos

A aplicação da norma, assim, não depende apenas da existência de um contrato de adesão, mas também do direito material envolvido, sendo necessário haver interesse público que justifique a atuação do Estado a se sobrepor à vontade das partes expressa no foro eleito. Como bem destaca Arruda Alvim: "o preceito legal *não estabelece que são nulas* as cláusulas de eleição de foro fixadas em contrato de adesão, mas apenas que se constatada tal nulidade, esta pode ser declarada pelo juiz". ⁵⁰ A grande questão é que a constatação da nulidade ficará a cargo, exclusivamente, do juiz.

⁵⁰ ARRUDA ALVIM. Op. cit., v. I, p. 301.

⁴⁹ Pode ser encontrado em <u>www.stj.gov.br</u>. Acessado em 20/10/2007.

8. CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho procedeu-se uma análise crítica dessa nova sistemática, mostrando os acertos e desacertos do legislador, que na tentavia de proteger o consumidor hipossuficiente, tradicionalmente prejudicado com o foro de eleição previsto no contrato de adesão de acordo com os interesses do proponente, acabou por limitar de forma excessiva a dispoição das partes sobre a competência relativa. Uma das questões mais recorrentes sobre o tema é a dúvida sobre o enquadramento dessa, supostamente, nova modalidade de incompetência entre as já existentes. Como já citado, a alteração legislativa feita pela Lei nº 11.280/06 combinou aspectos da incompetência relativa com aspectos da incompetência absoluta para construir uma sistemática mais protetiva ao consumidor hipossuficiente vítimia dos contratos de adesão.

Ocorre que não há prevalência de traços da incompetência relativa e, tampouco, da absoluta o que dificulta a caracterização da incompetência prevista no parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil como amplamente disponível pelas partes ou como passível de ser declarada de ofício e a qualquer tempo pelo juiz. Na doutrina pátria, alguns autores já se pronunciaram sobre o tema no sentido de que essa incompetência decorrente da reforma pela Lei nº 11.280/06 seria relativa em função da possibilidade de prorrogação prevista no artigo 114 do Código de Processo Civil 51.

Nessa esteira, embora o juiz possa declarar de ofício a nulidade da cláusula de eleição de foro e declinar de sua competência em favor do foro de domicílio do réu/aderente, caso ele não o faça e a parte interessada não apresente exceção de incompetência, esse juiz antes incompetente relativamente para apreciar o feito, se tornará competente para tanto. Como já tratado, a alteração legislativa em questão mescla características das incompetências relativa e absoluta, gerando dúvidas acerca do seu enquadramento em uma dessas espécies.

⁵¹ BASTOS, Antonio Adonias Aguiar ."Um estudo sobre as novas redações dos arts. 112 e 114 do CPC, modificados pela Lei nº 11.280/2006" in A nova reforma processual. Coordenador Gustavo Santana Nogueira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 37 e ss.

No entanto, tamanha polêmica talvez tenha se instaurado como decorrência de um vício doutrinário antigo. Em todos os campos do conhecimento, é comum se tentar enquadrar tudo aquilo que surge como novidade nas categorias e espécies já conhecidas, embora isso nem sempre seja possível ou mesmo interessante.

Muitas vezes o que surge é apenas um novo instituto, diverso dos já existentes e com características e objetivos peculiares. Muitas vezes é algo novo que decorre daquilo que já existe e aproveita algumas de suas características, embora com objetivos diferentes. E em alguns casos é algo que realmente deve ser enquadrado entre as categorias já existentes como uma variante de algo que já existe. Por isso, para apresentar uma solução à questão que veio a baile com a alteração legislativa de 2006, é preciso desconstituir a idéia recorrente de que tudo que surge no ordenamento deve se enquadrar integralmente na disciplina de algum instituto semelhante já existente e amplamente tratado na doutrina.

As normas do Código de Processo Civil sobre competência alteradas em 2006, trazem uma disciplina verdadeiramente híbrida que visa a favorecer o consumidor, parte mais vulnerável no contrato de adesão. Os artigos alterados pela Lei nº 11.280/06 combinam a principal característica da competênca absoluta, que é a possibilidade dela ser reconhecida de ofício pelo juiz, com uma das características típicas da competência relativa, qual seja, o fato de a mesma poder ser ampliada caso não excepcionada no prazo oportuno.

O que se vê é uma disciplina mais flexível em prol do consumidor, eis que caso o juiz não se utilize tempestivamente da prerrogativa de declinar de sua competência e remeter o feito para o foro de domicílio do réu, esta será ampliada e ele será competente para o julgamento, não podendo posteriormente aplicar o parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil.

Dessa forma, beneficia o consumidor hipossuficiente que não tem condições materiais de contestar o conteúdo de uma cláusula de eleição de foro que lhe é prejudicial e, ao mesmo tempo, não expõe esse consumidor à possibilidade de declaração a qualquer tempo da incompetência. Caso contrário, esse consumidor hipossuficiente correria o risco de, no curso do processo, o magistrado reconhecer essa incompetência e remeter o feito para outro foro,

obrigando a parte a constituitr novo advogado ou a arcar com os custos desse deslocamento, o que prejudicaria seu pleno acesso à justiça.

Assim, concluo no sentido de que essa possibilidade aberta ao juiz pelo parágrafo único do artigo 112 do Código de Processo Civil, combinada com a previsão do artigo 114 do Código de Processo Civil não constitui nem incompetência relativa e nem absoluta, mas uma modalidade autônoma, embora construída a partir da combinação de características típicas das modalidades já existentes.

É uma nova possibilidade de declaração de ofício da incompetência, nos casos de nulidade da cláusula de eleição de foro firmada em contrato de adesão. Esta, diferentemente da declaração de incompetência absoluta clássica, não pode ocorrer a qualquer tempo e prorroga-se caso não seja impugnada pela parte ou reconhecida pelo juiz oportunamente.

No entanto, é de suma importância para uma aplicação menos traumática dos dispositivos em questão que sejam observadas suas nuances e incongruências, de modo a melhor adaptá-los à realidade fática que se afigura. É preciso que o juiz, ao analisar a lesividade dessa cláusula, verifique questões de fato que demonstrem o prejuízo efetivo do consumidor e considere sua manifestação de vontade, sobretudo quando ele não opuser exceção de incompetência e em contestação não sustentar a necessidade de remessa do feito para o foro de seu domicílio.

Embora o juiz possa desempenhar essa atividade de ofício, diante do permissivo do parágrafo único introduzido ao artgo 112 do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.280/06, ele deve levar em consideração esses outros fatores, evitando a simples desconsideração da vontade das partes, eis que, como já analisado no capítulo seis, esse foro eleito no contrato de adesão, em regra elaborado sem a participação do aderente, pode lhe ser mais benéfico do que o foro de seu domicílio.

Por tudo isso, essa nova modalidade de competência deve ser aplicada com parcimônia pelos juízes, respeitando a autonomia da vontade que cerca a competência

7

relativa, sem descuidar do interesse público que orienta sua atuação de ofício no reconhecimento da incompetência absoluta, conforme as peculiaridades do caso concreto que é levado à sua apreciação.

BIBLIOGRAFIA

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006 v. I.

FUX, Luiz. Curso de Direito Processual Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20^a edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. "Fontes das Obrigações" in Instituições de Direito Civil. 11ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. III.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. "Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento" in Curso de Direito Processual Civil. 36ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. I.

ARRUDA ALVIM. Manual de Direito Processual Civil. 10º edição. São Paulo: Revista dos Tribunais 2006, v. I.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. A nova reforma processual. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Salvador: Edições Podium, 2007, v. I.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, v. I.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e Competência*. 13º edição. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PACHECO, José da Silva. Evolução do Direito Processual Civil brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DIREITO À INFORMAÇÃO E MEIO AMBIENTE: uma abordagem da efetividade da preservação ambiental na experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil)¹

PATRICIA FONSECA CARLOS MAGNO DE OLIVEIRA*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Diálogos entre o direito de acesso à informação pública e o direito intergeracional ao meio ambiente sadio; 2.1. Meio Ambiente como direito humano; 2.2. Direito de acesso à informação como direito humano; 2.3. Relações do direito de acesso à informação pública com o direito intergeracional ao meio ambiente sadio; 3. Direito à Informação: elemento do direito do acesso à justiça; 3.1. A Defensoria Pública no Brasil: instituição fundamental à democratização do acesso à Justiça; 4. Projeto Microbacias: democracia participativa e o novo paradigma do preservador-recebedor, na experiência concreta da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil); 5. Conclusões; 6. Referências.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a análise jurídica da relação do direito de acesso à informação pública (no direito internacional e no direito interno) com o direito intergeracional ao meio ambiente sadio, com o fim de avaliar a repercussão do acesso à informação pública ambiental na efetividade preservacionista e na concretude do processo de participação democrática. Tratando do direito à informação como elemento do acesso efetivo à Justiça, delineia-se a experiência concreta brasileira da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro na seara ambiental com construção de novo paradigma, qual seja: o preservador-recebedor.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente; direitos humanos; direito de acesso à informação pública; efetividade da preservação ambiental; Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (Brasil).

ABSTRACT: This work has as objective the juridical analysis in relation to the right of access to public information (international and internal law) with the inter-managing right to a healthy environment, in order to evaluate the access to environmental public information of preservation effectiveness and in the concrete process of a democratic participation. Considering the right to information as an element of effective access to the Justice, it comes to a concrete Brazilian experience of the Public Defenders of Rio de Janeiro State in the environmental area with construction of a new paradigm, i.e.: the preserving-reception.

2

¹ Este estudo consiste em monografia apresentada ao Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos (OEA) com o fim de obter certificado de aprovação no XXXIV Curso de Direito Internacional, em março de 2008.

^{*} A autora é Defensora Pública do Estado do Rio de Janeiro, em atuação no Núcleo de Defesa do Direitos Humanos; Mestre em Direito pela UERJ e professora da FESUDEPERJ.

1. INTRODUCÃO

No pós 1945 (II Grande Guerra), tem ocorrido verdadeira mudança de paradigma² na seara do direito ambiental, graças, sobretudo, ao reconhecimento de que a pessoa humana é sujeito de direitos no Direito Internacional dos Direitos Humanos³ e sua tutela, o epicentro axiológico dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos⁴.

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. Neste contexto, o Direito Ambiental é o novo marco jurídico de emancipação que permitirá a ampliação da cidadania no século XXI⁵.

Considerando que o direito de acesso à informação pública tem abrangência muito ampla, foi necessária a depuração do objeto da análise para possibilitar um enfoque minimamente científico da questão proposta, qual seja: seu aspecto relacionado com o direito intergeracional ao meio ambiente sadio.

Em que medida o acesso à informação pública ambiental repercute na efetividade preservacionista e na concretude do processo de participação democrática? Esta é a hipótese do trabalho que pretende, também, tratar do direito à informação como elemento do acesso efetivo à Justiça, para delinear a experiência concreta brasileira da atuação da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Partir-se-á do debate sobre meio ambiente como direito humano para analisar em que aspecto o direito de acesso à informação pública se relaciona com o direito intergeracional ao meio ambiente sadio e reflete em uma efetiva preservação ambiental.

2. DIÁLOGOS ENTRE O DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA E O DIREITO INTERGERACIONAL AO MEIO AMBIENTE SADIO

2.1. Meio ambiente como direito humano.

² 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."

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.
 No Brasil, o princípio da dignidade da pessoa humana está insculpido na CRFB, artigo 1°, III.

⁵ PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: EITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004. p. 639.

A tutela dos direitos humanos e a preservação do meio ambiente, assim como os temas do desenvolvimento humano (como a luta pela erradicação da pobreza extrema) e do desarmamento, constituem as grandes prioridades da agenda internacional contemporânea, adverte ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE⁶. Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, se faz imperiosa a busca por uma maior aproximação entre eles, vez que correspondem aos principais desafios dos tempos hodiernos, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano.

A ênfase do estudo se dá no paralelo entre ambos os domínios, a revelar as afinidades e os pontos de contato em suas linhas de evolução. O foco de atenção deverá, neste propósito, transcender a problemática de escassez dos recursos naturais e sua exploração, pela qual tendem a inclinar-se muitos governos, para alcançar, numa visão antropocêntrica, o tema crucial das condições de vida e do bem-estar da população, favorecendo a aproximação entre os universos dos direitos humanos e do direito ambiental. ⁷

Numa perspectiva histórica⁸, a exemplo do que ocorreu com os direitos humanos, a preservação ambiental só se tornou uma questão internacional no segundo pós-guerra. A primeira menção ao meio ambiente consta do artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966 e faz decorrer o direito a um nível de vida adequado do direito à saúde.

Entretanto, o grande marco da internacionalização do direito ao meio ambiente e do seu reconhecimento como um direito humano surgiu com a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano, realizada pela ONU, em 5-16 de junho de 1972, na cidade de Estocolmo. A necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano proclamou, na Declaração da Conferência da ONU no Ambiente Humano, 26 princípios que fomam o pilar do Direito Internacional do Meio Ambiente.

7

⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 23-25.

⁷ A pedra de toque, para EDSON FERREIRA DE CARVALHO (Meio Ambiente e Direitos Humanos. Paraná: Juruá, 2005. p. 257.) está no reconhecimento de objetivos comuns e pontos de convergência entre direitos humanos e proteção ambiental, a estimular o estudo e aperfeiçoamento dos direitos ambientais pelos doutrinadores dos dois ramos do Direito Internacional.

⁸ Para JORGE ALBERTO DE OLIVERA MARUM (Meio Ambiente e direitos humanos. R. de Direito Ambiental, São Paulo, v.7, n.28, p.117-138, out./dez., 2002.), "da mesma forma que ocorreu com os direitos humanos em geral, também com o meio ambiente se pode identificar uma evolução histórica que se inicia na antigüidade, se consolida – ainda que um tanto tardiamente – com a formação dos Estados nacionais e que, numa fase mais atual, desborda das fronteiras nacionais e passa a ser uma preocupação de toda a humanidade, estampada em declarações e tratados internacionais."

No Princípio 1 da "Declaração de Estocolmo" consagrou-se o meio ambiente como um direito fundamental do ser humano, essencial para a dignidade da vida humana e que deve ser preservado não só para os atuais, como para os futuros habitantes do planeta. ¹⁰

Ainda no plano global, a Declaração do Rio de Janeiro e a Agenda 21, adotadas pela Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (junho de 1992), contêm, ambas, elementos próprios ao direito internacional dos direitos humanos e hoje comuns aos dois domínios de proteção (do ser humano e do meio-ambiente). A Declaração do Rio é especialmente atenta à condição e proteção dos seres humanos e à vindicação de seus direitos. Nessa mesma linha de raciocício, a Agenda 21 volta-se com igual atenção ao atendimento das necessidades humanas básicas e à participação social nos esforços globais em prol do desenvolvimento sustentável. 11

O direito à vida é hoje universalmente reconhecido como um direito humano básico ou fundamental, porque seu gozo é uma condição necessária do gozo de todos os demais direitos humanos. Portanto, em sua ampla dimensão, ele está na base da *ratio legis* do direito internacional dos direitos humanos e igualmente ancora o direito ambiental internacional, voltado à proteção e sobrevivência da pessoa humana e da humanidade.

Sob os instrumentos internacionais de direitos humanos, a obrigação negativa de a ninguém privar arbitrariamente de sua vida, assim como a obrigação positiva de tomar todas as providências apropriadas para proteger e preservar a vida humana, faz com que o direito à vida pertença, a um só tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, e ao dos direitos

⁹ Princípio 1: "O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o *apartheid*, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas."

No mesmo sentido é o entendimento de JOSÉ AFONSO DA SILVA (Direito Ambiental Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 69-70.): "A Declaração de Estocolmo abriu caminho para que as Constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental entre os direitos sociais do Homem".

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 34. O professor CANÇADO TRINDADE anota quais foram as conclusões a que chegou o Seminário Interamericano sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente, de Brasília, elaboradas pelo Comité de Redação e aprovadas em plenário em 07 de março de 1992: "I. Existe una relación íntima entre desarrollo y médio ambiente, desarrollo y derechos humanos. Posibles vínculos se pueden encontrar, v.g., en los derechos a la vida y a la salud con su amplia dimensión, que requieren medidas negativas asi como positivas por parte de los Estados. En realidad, la mayoria de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos más básicos demuestran esta relación íntima. Al final, hay un paralelo entre las evoluciones de la protección de los derechos humanos y de la protección del médio ambiente, habiendo ambas pasado por un proceso de internacionalización y de globalización; II. El proceso democrático es esencial para asegurar el desarrollo sustentable, en particular porque garantiza la participación pública y promueve el acceso a la información relativa ai médio ambiente. Los ejemplos de diferentes países latinoamericanos demuestran que los problemas varían pê o que las distintas estratégias nacionales de protección ambiental deben basarse en el respeto de los derechos humanos y la búsqueda del desarrollo sustentable".

econômicos, sociais e culturais, ilustrando assim a indivisibilidade de todos os direitos humanos. Estabelece, no sentir de ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE¹², um "vínculo" entre os domínios do direito internacional dos direitos humanos e do direito ambiental e é inerente a todos os indivíduos e todos os povos, com atenção especial às exigências da sobrevivência. Tem como corolários o direito a um meio-ambiente sadio e o direito à paz (e desarmamento), além de encontrar-se intimamente relacionado com o direito ao desenvolvimento como um direito humano (direito de viver com as necessidades humanas básicas satisfeitas).

Por meio ambiente sadio entende-se a salvaguarda da própria vida humana sob dois aspectos, quais sejam: (1) a existência física e saúde dos seres humanos, e (2) a dignidade desta existência, a qualidade de vida que faz com que valha a pena viver. "O direito a um meio-ambiente sadio desse modo compreende e amplia o direito à saúde e o direito a um padrão de vida adequado ou suficiente, e tem ademais uma ampla dimensão temporal" 13, dado seu aspecto intergeracional¹⁴.

EDSON FERREIRA DE CARVALHO¹⁵ esclarece que a ausência de apoio à inclusão do direito humano ao ambiente, durante e após a Conferência do Rio (ECO 92), levou a comunidade ambientalista a desviar a atenção dessa ampla abordagem para identificar direitos humanos cujo gozo poderia ser considerado pré-requisito à proteção ambiental, dando-se ênfase aos direitos à informação, à participação e aos recursos jurídicos para reparação dos danos ambientais, que serão analisados a seguir, no item 2.3..

2.2. Direito de acesso à informação pública como direito humano

O valor do acesso à informação pública compreende os objetivos mais importantes das democracias reais e transparentes que se preocupam com o respeito pelos direitos humanos, mercados econômicos estáveis e justiça sócio-econômica (distribuição de renda).

A informação pública, ou informação de interesse coletivo, não se confunde com a informação pessoal, passível de ser obtida por intermédio de habeas data (remédio que tutela o direito à intimidade). A informação pública não é o mesmo que direito à informação. Isso porque este só abrange o direito de receber informação, enquanto aquela é parte do direito à

¹² CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de

proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 81.

¹³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos Humanos e Meio Ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 76.

Sobre Teoria da Equidade Intergeracional, ver: CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005, p. 376-379.

15 CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005, p. 258.

verdade e engloba tanto o direito de buscar, como o de receber, e também o de difundir a

Considerado faceta do direito à liberdade de expressão e instrinsecamente relacionado com o ideal democrático, no sistema universal, o direito de acesso à informação pública está previsto no Artigo XIX, da Declaração Universal dos Direitos do Homem16 e no Artigo 19 [2], do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos¹⁷.

No sistema regional interamericano, o acesso à informação em poder do Estado está protegido pelo Artigo 13.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁸ de forma bastante ampla, englobando o ato de procurar, receber e difundir informação. A expressão "procurar" tem como decorrência o dever dos Estados partes de promoverem os meios para que o aludido direito seja efetivo, adotando as medidas necessárias para a criação de práticas e mecanismos facilitadores.

Sem a mesma amplitude que a previsão interamericana, os sistemas regionais europeu e africano também aludem ao direito de acesso à informação pública. Na Carta Africana de Direitos Humanos dos Povos (1982 - Carta de Banjul), o direito se consagra no artigo 9º, de forma bastante simplificada e genérica¹⁹. Na Convenção Européia, a previsão se dá no artigo 10, sem alusão ao direito de acessar, buscar ou procurar a informação. Havendo referência apenas ao direito de receber e ao de transmitir.²⁰

¹⁶ Declaração Universal, Artigo XIX. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e

idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras.

17 Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Artigo 19. [2]. Toda a pessoa tem direito à liberdade de expressão; este direito compreende a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e idéias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher.

O exercício do direito previsto no parágrafo 2 deste artigo implica deveres e responsabilidades especiais. Por conseguinte, pode estar sujeito a certas restrições, expressamente previstas na lei, e que sejam necessárias para:

a) Assegurar o respeito pelos direitos e a reputação de outrem;

b) A protecção da segurança nacional, a ordem pública ou a saúde ou a moral públicas.
 18 Conv. Americana, Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

^{1.} Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

19 Carta de Banjul. Artigo 9º. 1.Toda pessoa tem direito à informação.

^{2.} Toda pessoa tem direito de exprimir e de difundir as suas opiniões no quadro das leis e dos regulamentos. ²⁰ Convenção Européia, Artigo 10.° (Liberdade de expressão)

^{1.} Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou idéias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia.

^{2.} O exercício desta liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formal dades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a proteção da saúde ou da moral, a proteção da honra ou dos direitos de outrem,

No panorama interno dos países americanos, observam-se três tendências. Há países que contam com o reconhecimento do direito de acesso à informação pública em nível constitucional; outros no qual há reconhecimento infraconstitucional e, em outros, a previsão legal é inexistente, mas a jurisprudência se encarrega de suprir o vazio normativo, em nome do direito humano, de caráter internacional.

Anote-se que dentre os países que só contam com legislação infraconstitucional, há a possibilidade de haver desrespeito à norma internacional, como se observa no Caso Claude Reyes vs. Chile²¹, em cuja sentença a Corte Interamericana de Direitos Humanos determinou que fossem revogadas as normas contrárias ao direito de acesso efetivo à informação pública.

A Assembléia Geral da OEA, em junho de 2003, reconhecendo a importância do direito de acesso à informação pública, adotou a Resolução AG/Res.1932 (XXXIII-O/03)²², na qual rearfimou o direito insculpido no Artigo 13. 1 da Convenção Americana para apontar que se trata de um requisito do exercício e do fortalecimento das democracias americanas. Dessa forma, sendo recomendado aos Estados que efetuem avanços concentrados e simultâneos, ao menos, nos seguintes três níveis.

Em primeiro lugar, repita-se que o direito de acesso à informação é um direito humano protegido pelo direito internacional, de natureza interdependente com outros direitos fundamentais, que contém um direito individual e um direito coletivo. Individual de manifestação do próprio pensamento, e coletivo, de receber qualquer informação do pensamento alheio ou que tenha reflexo no destino de todos os cidadãos. Esta é a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva de 13 de novembro de 1985:

"(...) quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.... por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno." ²³

3

para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.

 ²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Disponível em http://www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=17529>. Acesso em: 20 de mar.2008.
 ²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Relatoria para la Liberdad de Expresión 2003. Disponível em: . Acesso em 20. mar.2008. p. 141.
ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS G. ACESSO EN 2008. p. 141.

²³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Relatoria para la Liberdad de Expresson 2003. Disponível em: ">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20a%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20Acceso%20a%20a%20Informacion.doc>">http://www.oas.crg/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20Acceso%20Acceso%20a%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20Acceso%20

Em segundo lugar, este cimento conceitual deve ser acompanhado de um regime de acesso à informação bem concebido e baseado em uma confluência equilibrada de coordenação de procedimentos, ativismo cívico e vontade política. Somente uma estrutura legislativa e regulamentar, que se submeta a tais princípios pode alcançar o grau de abertura que está definida no Artigo 13. 1 da Convenção Americana.

Orientam a disciplina da matéria no nível interno, os seguintes princípios:

- (1) presunção de publicidade da informação ou princípio da máxima publicidade, que se insere como condição de controle democrático e configura o exercício da cidadania, sendo certo que a não divulgação de informação fundada em vazio normativo vulnera a presunção de máxima divulgação da informação e os princípios da proporcionalidade e necessidade que fundamentam restrições ao direito à liberdade de expressão. ²⁴
- (2) dever de publicação básica, que possibilita a consulta, reprodução e difusão da informação;
- (3) promoção de contato direto com o cidadão, viabiliza uma gestão democrática e transparente da coisa pública, assim como o controle social efetivo;
- (4) procedimento ágil e simples, a fim de que as barreiras burocráticas não retirem a efetividade do direito;
- (5) silêncio administrativo positivo; este princípio significa que o silêncio da Administração, após um prazo razoável (de preferência previsto em lei), produz efeito pró-cidadão, ou seja: o direito de receber ou exigir a informação.
- (6) legitimação ativa difusa, que significa que não é necessária a demonstração de interesse individual diretamente relacionado com o evento.

No Caso Claude Reyes vs. Chile²⁵ restou bem delineada a natureza jurídica coletiva do instituto em comento, uma vez que se trata de direito coletivo da cidadania, não havendo necessidade de ser demonstrado o interesse individual para acessar a informação pública pretendida. Em havendo exigência de demonstração de interesse individual de agir, há violação de direitos humanos.

(7) é geral o âmbito de aplicação do direito de acesso à informação pública

²⁴ Conforme decisão da Corte Interamericana no Caso Claude Reyes vs. Chile (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Disponível em http://www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=17529>. Acesso em: 20 de mar 2008.)

Acesso em: 20 de mar.2008.).

²⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Disponível em http://www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=17529>. Acesso em: 20 de mar.2008.

(8) gratuidade do acesso, sendo possível exigir tarifas módicas pela prestação da informação, em regra, relacionadas com os custos operacionais da divulgação, tal como reprografia. Se houver a taxação elevada do direito, há violação, pois obstaculizar a materialização do exercício do direito equivale a denegá-lo formalmente.

Por fim, exige-se que o sistema de exceções ao direito de acesso à informação pública seja específico (previsto em lei), claro (sem ambigüidades) e transparente (admitindo apenas as exceções taxativo-legais). É inevitável que os Estados, ocasionalmente, se deparem com uma situação de colisão entre a garantia do direito de acesso à informação pública e outros interesses válidos do Estado, como a proteção da privacidade das pessoas ou a manutenção da segurança nacional. "La definición y ponderación de estos diversos intereses plantea un desafío muy delicado e importante." ²⁶

Quanto à regulamentação das limitações do direito de acesso à informação pública, a Corte Interamericana, na sentença do Caso Claude Reyes vs. Chile²⁷, decidiu que:

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho.

Nesse sentido, a carga da prova da exceção cabe ao Estado que deve demonstrar, fundamentadamente, que a informação não é acessível, havendo, inexoravelmente, a possibilidade de recurso às instâncias superiores, sejam administrativas ou judiciais.

2.3. Relações do direito de acesso à informação pública com o direito intergeracional ao meio ambiente sadio.

No sentido de prevenir os riscos da poluição ambiental e reduzir ou eliminar seus efeitos danosos, reconhecem-se, como corolários do direito intergeracional ao meio ambiente sadio, os seguintes direitos: o direito à informação (ambiental), o direito de participação (inclusive no processo decisório), e o direito a recursos legais disponíveis e eficazes (acesso à

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Relatoria para la Liberdad de Expresión 2003. Disponível em: . Acesso em 20. mar.2008. p. 144.
ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença

²⁷ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 19 de setembro de 2006. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Disponível em http://www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=17529>. Acesso em: 20 de mar.2008.

Justica)²⁸. Esses direitos vinculam-se ao princípio do desenvolvimento sustentável (também denominado princípio da conciliação do desenvolvimento sócio-econômico com a proteção do patrimônio ambiental saudável) e são indispensáveis à adequada execução da Política Ambiental em todos os âmbitos, para a permanente defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e bem-estar das presentes e futuras gerações.²⁹

O Direito Ambiental tem uma das vertentes de sua origem nos movimentos reivindicatórios dos cidadãos e, como tal, é essencialmente democrático³⁰, sendo certo que o sistema de livre acesso³¹ à informação pública ambiental potencializa o regime democrático e a organização civilizada da comunidade, contribuindo assim para a desconcentração do poder, à igualdade de oportunidades, à redução das discricionariedades administrativa e política, a um governo honesto e a uma administração pública confiável.

São intimamente relacionados o direito à informação e o direito ao meio ambiente sadio, uma vez que o primeiro é instrumento essencial à implementação do segundo³². Na lição de EDSON FERREIRA DE CARVALHO³³, "acesso à informação e a transparência nos processos decisórios são ferramentas fundamentais para se prevenir ações que venham a degradar o meio ambiente e afetar a vida das pessoas. Assim, quanto mais amplo possível o acesso à informação, quanto mais próximos do cidadão e quanto mais abertos forem os

CUSTÓDIO, Helita Barreira. Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes. São Paulo: Millenium,

²⁸ CANCADO TRINDADE, Antônio Augusto. Direitos Humanos e Meio Ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. p. 29.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 29. Sobre o AMBIENTALISMO, enquanto "filosofia de vida que preconiza a defesa, necessía e urgente, do ambiente natural e dos sistemas de suporte à vida (rios, lagos, oceanos, solos, florestas e atmosfera), ou da biosfera de uma forma geral", ver: MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina - jurisprudência - glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 1055.

O sentido da expressão "livre acesso" à informação ambiental, neste trabalho, é o que lhe confere HELITA BARREIRA CUSTÓDIO (Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes. São Paulo: Millenium, 2005.), para quem não é possível nenhuma exceção ao acesso à informação pública ambiental, uma vez que se trata de um direito essencial que pertence à humanidade. Confira-se: "É oportuno advertir que as expressas exceções às regras gerais asseguradoras do direito à informação, referentes aos sigilos definidos nas normas constitucionais citadas e vinculados, respectivamente, ao segredo necessário ao exercício da profissão (de interesse comercial, industrial, de produção ou fabricação no sentido de evitar concorria desleal) e ao segredo imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (de interesse da soberania nacional, defesa e segurança do Estado democrático contra ato de terrorismo, conflito ou guerra prejudicial à segurança social e ao País), não se aplicam ao direito à informação ambiental, vez que tal direito, assegurado por expressos princípios constitucionais de direito fundamental vinculado à inviolabilidade e preservação do direito à vida, e indispensável à proteção da sadia qualidade ambiental propícia à vida, à saúde pública, à harmonia social e, consequentemente, à segurança da própria sociedade e do próprio País.". (p. 5; grifos no original).

³² No mesmo sentido: SILVA, Américo Luís Martins da. Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais. vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 425-426.; SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: nossa casa planetária. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 105.; ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p 30.; MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina - jurisprudência glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 222.; MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 15. ed.. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 86.

33 CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005, p. 260.

processos decisórios, maiores serão as chances de se proteger o ambiente e, por que não dizer?, de efetivar-se o emergente direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado".

Essa linha de idéias deposita imensa esperança no potencial da participação popular na proteção ambiental, através do aprofundamento da democracia, do mais amplo acesso às informações ambientais³⁴ e do debate qualificado dos atores sociais, com o envolvimento de todos os segmentos da sociedade nas questões ambientais como forma do pleno exercício da cidadania.

Para ELIDA SEGUIN³⁵, é por intermédio da participação que a coletividade deixa de ser espectadora e assume seu papel de ator social e de parceira na preservação ambiental, já que a torna também um fiscal das atividades poluidoras.

Contudo, quem é chamado a participar deve contar com os elementos necessários para que seus argumentos não sejam facilmente rebatidos por parte dos agentes estatais que detêm a informação. Nesse sentido, a informação ambiental está diretamente relacionada com a educação, que é verdadeira pedra angular da efetiva participação nos processos de tomada de decisão e é capaz de gerar conscientização por intermédio do conhecimento sobre a importância do ambiente e sua vulnerabilidade à degradação. 36

A possibilidade de saber o que está ocorrendo, a simples percepção dos problemas possibilita uma quase imediata mudança de postura e funciona como ponto de partida para a sua superação. A educação é instrumentalizadora da defesa ambiental, porque permite que as pessoas se mobilizem e participem da preservação. É por isso que ELIDA SÉGUIN afirma que a educação, enquanto forma de transformação social, "é o alicerce e princípio densificador do Estado Democrático"³⁷.

Os documentos internacionais demonstram haver inegável ligação entre meio ambiente e os direitos (1) à informação (de ser informado) e (2) ao acesso à informação (de buscar, receber e poder difundir a informação), tendo sido expressamente abordada nos

Ţ.

³⁴ Há diferença entre direito à informação ambiental e direito ao acesso à informação. Enquanto o primeiro pode ser satisfeito com a produção de informação pelo Estado, o segundo refere-se à possibilidade de qualquer cidadão selecionar a informação que quer receber da administração pública. (CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005. p. 261.) Neste trabalho, a referência a amplo acesso abrange as duas vertentes do direito à informação: (1) a de receber e (2) a de buscar, receber e difundir.

³⁵ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: nossa casa planetária. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p. 314. "Na verdade, só pode existir cidadania se houver participação. A vida social impõe solidariedade e comprometimentos, incabíveis numa concepção hedonista de vida" (p. 106).

³⁶ CÂRVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005. p. 286-287.
³⁷ SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: nossa casa planetária. 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 109. No mesmo sentido, é a lição de EDSON FERREIRA DE CARVALHO (Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005.): "O aspecto educacional da participação pública nos processos de decisão ambiental tem a função de elevar a consciência a respeito da gravidade dos problemas ambientais e da necessidade de ações articuladas dos orgãos governamentais e da sociedade civil para proteção e preservação ambiental." (p. 287-288).

princípios 19 e 20 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente - DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO/72³⁸ (que preconiza a importância da divulgação de informações, da pesquisa científica e do livre intercâmbio de experiências) e nos princípios 9, 10, 18, 19 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento - DECLARAÇÃO DO RIO/92³⁹ e no Capítulo 40 da AGENDA 21, onde foram instituídos os Programas de redução das diferenças em matéria de dados e de melhoria da disponibilidade da informação.⁴⁰

Digna de referência é a Convenção sobre Acesso à Informação, à Participação Pública nos Processos Decisórios e à Justiça em Matéria Ambiental, firmada em 1998, em Aarhus, Dinamarca, por 35 Estados e Comunidade Européia, sob os auspícios da Comissão Econômica das Nações Unidas para a Europa (UNECE). Considerada "o mais destacado tratado de promoção dos direitos ambientais", comporta três pilares: o primeiro, que se

Princípio 19: "É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos."

Princípio 20: Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, a pesquisa e o desenvolvimento científicos referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. Neste caso, o livre intercâmbio de informação científica atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais. As tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países."

39 Declaração do Rio, 1992.

Princípio 9: Os Estados devem cooperar no fortalecimento da capacitação endógena para o desenvolvimento sustentável, mediante o aprimoramento da compreensão científica por meio do intercâmbio de conhecimentos científicos e tecnológicos, e mediante a intensificação do desenvolvimento, da adaptação, da difusão e da transferência de tecnologias, incluindo as tecnologias novas e inovadoras.

Princípio 10: A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

Princípio 18: Os Estados notificarão imediatamente outros Estados acerca de desastres naturais ou outras situações de emergência que possam vir a provocar súbitos efeitos prejudiciais sobre o meio ambiente destes últimos. Todos os esforços serão envidados pela comunidade internacional para ajudar os Estados afetados.

Princípio 19: Os Estados fornecerão, oportunamente, aos Estados potencialmente afetados, notificação prévia e informações relevantes acerca de atividades que possam vir a ter considerável impacto transfronteiriço negativo sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seia possível e de boa fé

sobre o meio ambiente, e se consultarão com estes tão logo seja possível e de boa fé.

40 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** doutrina – jurisprudência – glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 223.

⁴¹ CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio Ambiente e Direitos Humanos.** Paraná: Juruá, 2005. "A Convenção é considerada um verdadeiro marco na política ambiental européia. Segundo Shelton (2001), foi o primeiro tratado a incorporar e reforçar o princípio 1° da Declaração de Estocolmo, ao afirmar, no preâmbulo, que *cada*

³⁸ Declaração de Estocolmo, 1972.

refere ao acesso do público à informação, foi aplicado a nível comunitário pela diretiva relativa ao acesso do público à informação no domínio do ambiente; o segundo, transposto pela Directiva 2003/35/CE, trata da participação do público nos procedimentos ambientais; finalmente, o terceiro refere-se ao acesso do público à justiça em matéria ambiental⁴².

No plano interno, tendo como referência o ordenamento jurídico brasileiro, a conjugação das normas constitucionais com as infraconstitucionais garante às pessoas, pelo menos em tese, o mais amplo direito à informação sobre matéria ambiental⁴³. Como exemplo, cite-se a Lei 10.650, de 16.04.2003, que facilita o acesso público aos dados e às informações existentes nos órgãos e entidades integrantes do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), garantindo "a qualquer indivíduo, independentemente da comprovação de interesse específico, o acesso a tais informações, mediante requerimento por escrito, no qual assumirá o compromisso de não utilizar as informações colhidas para fins comerciais, sob as penas da lei civil, penal, de direito autoral e de propriedade industrial, assim como de citar as fontes, caso, por qualquer meio, venha a divulgar aludidos dados. A resposta do órgão ambiental deve ser prestada no prazo de trinta dias, contados da data do pedido, conforme § 5° do art. 2.°. Em caso de indeferimento, a decisão deverá ser motivada e ficará sujeita a recurso hierárquico."44

Trata-se, no dizer de ÉDIS MILARÉ, de "instrumento valiosíssimo na implementação do direito à informação ambiental e do princípio da participação democrática, pressupostos \$

pessoa tem o direito de viver em um ambiente adequado à sua saúde e seu bem estar, e o dever, individual e em associação com outros, de proteger e melhorar o ambiente para benefício das presentes e futuras gerações. Para ser capaz de fazer valer esse direito e observar o correspondente dever, os cidadãos devem ter acesso à informação, aos processos decisórios e à justiça em questões ambientais. Fato considerado inovador nessa Convenção foi o de, pela primeira vez, o direito das presentes e futuras gerações ao ambiente saudável ter sido reconhecido em tratado internacional vinculante juridicamente". (p. 266)

42 Disponível em: [http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l28141.htm]. Acesso em 20 mar. 2008.

⁴³ EDSON FERREIRA DE CARVALHO (Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005, p. 271-272) observa que "o ordenamento jurídico brasileiro deu ao direito à informação o status de direito fundamental, consagrando-o na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu art. 5°, XIV, (...) inc. XXXIII (...) O inc. XXXIV, alínea "a" (...)". Para o autor, "o direito à informação possui duas faces, de um lado, o direito de acesso às informações em matéria de meio ambiente (art. 5°, XIV. XXXHI e XXXIV, da CF, art. 14,1, do Decreto 99.274/90, art. 8° da Lei 7.347/85) e de outro, o dever de o Poder Público informar periodicamente à população a \$K respeito do Estado do meio ambiente e as ocorrências ambientais importantes (art. 4°, V, e 9°, X e XI, da Lei 6.938/81, art. 6° da Lei 7.347/85 e art. 2°, §§ 4° e 5°, da Lei 4.717/65), antecipando-se, assim, nas palavras de Mirra (1996), a curiosidade do cidadão."

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina - jurisprudência - glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 225. Também merecedora de menção é a Lei Federal n. 9.795, de 27.04.1999, que dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. O art. 1º traz a definição de educação ambiental como "os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade". No art. 2º, a lei define a educação ambiental como "um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal".

necessários e fundamentais da concretização do direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado."45

Em sentido inverso, contudo, "a inacessibilidade a informações ambientais traz como consequência a impossibilidade do exercício do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e de opção sobre o mundo em que se pretende viver e o que legar às futuras gerações". 46

¥.

Nesse sentido, a legitimidade do processo normativo é fator decisivo no cumprimento efetivo da legislação. Como esclarece EDSON FERREIRA DE CARVALHO⁴⁷, as normas à cuja percepção social reconhece como legítimas são, em tese, muito mais efetivas, uma vez que cada participante do processo democrático investiu tempo e esforço em sua formulação e contribuiu para o resultado. Aqui reside força e potencial da participação popular que aperfeiçoa a regulamentação, enxerga a justiça do processo e desencadeia a probabilidade de ocorrer a aceitação voluntária das normas.

Por outro lado, sem o investimento dos atores sociais na construção da norma ambiental, o cumprimento coercitivo frequentemente torna-se o meio primário para assegurar seu cumprimento. Considerando que a carência de recursos para monitorar e fazer cumprir a abundância de normas ambientais em vigor contribui para a sua falta de efetividade, assim como para a descrença no sistema jurídico e para o afastamento do apoio público, mais importante ainda se torna o cumprimento da norma pela convicção de sua justiça e não pela coercitividade dos meios estatais. Da perspectiva dos direitos humanos, portanto, a participação é parte fundamental da governança democrática e da auto-expressão dos cidadãos, fatores essenciais à proteção efetiva do meio ambiente.

3. DIREITO À INFORMAÇÃO: ELEMENTO DO DIREITO DO ACESSO À **JUSTICA**

A questão da efetividade do acesso à Justiça é tratada, por MAURO CAPPELLETTI⁴⁸, como premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas. O autor italiano - com o fito de definir estratégias de combate - identifica quais seriam os obstáculos ao acesso efetivo à Justiça. Dentre eles, destacam-se as barreiras

⁴⁵ MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente: doutrina - jurisprudência - glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos

Tribunais, 2005, p 226.

46 MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** doutrina – jurisprudência – glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p 223.

CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos, Paraná: Juruá, 2005, p. 271.

⁴⁸ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988. p. 15-26.

relativas às "possibilidades das partes" que, por sua vez, abrangem a questão da "aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa". Essa "capacidade jurídica pessoal" tem especificidades que demandam uma superação *pessoal*, antes que um direito possa ser efetivamente reivindicado, por intermédio do Poder Judiciário.

Se, sob um aspecto, avalia-se a questão de reconhecimento de um direito juridicamente exigível, por outro, detecta-se que o desconhecimento de dado direito conduz não só à inacessibilidade, como também, à violação. Aquele que não está informado sobre o conteúdo e extensão de um direito é tanto uma potencial vítima de lesão que, provavelmente, não chegará a ser conhecida pelo Judiciário, como também um potencial violador do direito alheio, ou de seu próprio, no caso de direito difuso ao meio ambiente sadio.

Desse contexto, exsurge a "função educativa do direito" ⁴⁹, que nem sempre é indicada pelos autores, mas que inexoravelmente acompanha a regulação da sociedade pelo direito.

O processo educacional de uma sociedade se desenvolve conforme os princípios jurídicos que o amoldam. Assim sendo, o direito serve de elemento de "estabelecimento e conservação da ordem" e de "continuidade e transformação dessa mesma ordem", tornando-se fator de educação social.

O fato e a norma retro-alimentam-se, dialeticamente, de modo que é possível identificar duas funções básicas no direito: a conservadora e a transformadora. A função conservadora, na análise de PAULO CESAR SANTOS BEZERRA, corresponde ao aspecto estático da realidade social e à caracterização do direito como instrumento de controle social e protetivo do *status quo*. Enquanto isso, a função transformadora identifica-se com o aspecto dinâmico da realidade social, promovendo modificação das relações e valores sociais, posto que o direito atua como controle social das áreas sociais de não-conformidade, incrementando a mudança social⁵⁰.

Se se entende que a verdadeira "proteção jurídica" não é mero acesso formal ao Poder Judiciário ou à proteção dos órgãos administrativos. Se se compreende que há "formas e meios de amparo conferidas pelas normas jurídicas, que o próprio titular pode praticar diretamente, sem invocar, ou antes, de invocar a intervenção da autoridade administrativa ou

⁴⁹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 51-54.

^{50 &}quot;A mudança social é processo extremamente complexo, cuja compreensão como tal e cuja percepção como algo que ocorre sempre e em todas as sociedades, tem sido menor do que seria desejável. É que mudança é princípio permanente no universo e, no que se refere ao universo social, mais ainda se marca essa presença, pois fenômenos sociais são fenômenos da vida e da vida coletiva, o que multiplica a números astronômicos as possibilidades de movimento, e, portanto, de transformação". (BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 53.)

judicial" 51, o direito à informação é, sem dúvida, elemento essencial da efetividade do acesso à Justiça. E mais: é indispensável ao pleno exercício do direito de participação política e à construção do processo relativo à democracia participativa.

3.1. A Defensoria Pública no Brasil: instituição fundamental à democratização do acesso à Justica

Ž.

Em 05.10.1988, foi instaurada uma nova ordem jurídica, com a promulgação de Constituição democrática, que pôs fim a um longo período autoritário referente ao regime de exceção que os militares impuseram ao Brasil, com o golpe de 1964.

No artigo 1º da Carta, restou estabelecido que "a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V o pluralismo político".

No artigo 2°, o constituinte tratou das manifestações do exercício do poder⁵², determinando que "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

No artigo 5º foram enumerados os direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o direito de acesso à Justiça, implícito e decorrente dos princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional e da assistência jurídica gratuita aos carentes de recursos⁵³-54.

A Defensoria Pública foi contemplada no Capítulo "Das Funções Essenciais à Justica", como instituição diretamente relacionada com o direito fundamental de acesso à justiça, no artigo 134, da Constituição⁵⁵.

⁵¹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito.

Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 55.

Se O artigo 2º da Constituição de 88 consagra a teoria das funções do Estado, mais comumente denominada teoria da divisão dos poderes. O poder é uno, mas dada a complexidade crescente das atividades do poder público e o progresso material e moral dos povos, constata-se a especialização de três distintas modalidades de funções do poder: a função legislativa ou Poder Legislativo, a função executiva ou administrativa ou Poder Executivo e a função judiciária ou Poder Judiciário. Por todos, vide: AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 29. ed.. São Paulo: Globo, 1992. p. 176-177.

Cfe. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado Democrático de Justiça. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro (46), 1993. p. 48.

C.R.F.B, "Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...) LXXIV - O Estado prestará assistência jurídica e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

C.R.F.B., "Art. 134. 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. 5°, LXXIV.

Apresentado o cenário normativo-constitucional, algumas colocações se fazem necessárias.

A primeira delas, diz respeito ao modo de estruturação da Defensoria Pública, no Brasil. Seguindo, de certo modo, a lógica da organização federativa (União, Estados e Distrito Federal e Municípios) em sintonia com a do Poder Judiciário, há: (1) uma Defensoria Pública da União, com atribuição para as questões atinentes à função jurisdicional exercida na seara de competência da Justiça Federal e (2) Defensorias Públicas dos Estados e Distrito Federal e Territórios⁵⁶, com atribuição para as demandas relativas à função jurisdicional exercida na esfera das respectivas Justiças Estaduais⁵⁷.

Situa-se, portanto, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, dentro da estrutura do Poder Executivo Estadual⁵⁸, sendo a mais antiga das instituições do gênero no Brasil, cuja criação data de 1954⁵⁹.

A Defensoria Pública presta "assistência jurídica integral" (artigo 5°, LXXIV) que é conceito bem mais amplo que o da antiga "assistência judiciária". Sua atuação passou a envolver as duas funções características da advocacia: a de consultoria e de representação, não só perante os órgãos do Judiciário, mas também extrajudicialmente, no que necessário for à plena defesa dos interesses dos hipossuficientes econômicos. 61

Parágrafo único. 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 de integrantes a garantia de odvesorio foro dos atribuições institucionais."

inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais."

56 Hoje não há nenhum Território no Brasil. Contudo, face à possibilidade de algum vir a ser criado, o constituinte previu também que neste Território deverá haver Defensoria Pública, com atribuição para as questões de nível estadual.

⁵⁷ Considerando que os Municípios não têm competência jurisdicional, mas tão-só competências administrativas e legislativas, não há previsão de Defensorias Públicas Municipais. No Estado do Rio de Janeiro, na maioria dos casos, cada Município representa uma Comarca do Poder Judiciário Estadual e, em alguns deles, há seções da Justiça Federal. Acompanhando a competência do juízo estadual, há sempre um órgão da Defensoria Pública Estadual do Rio de Janeiro.

⁵⁸ Aprofundando o organograma apresentado e a título de exemplo, vale indicar que o Defensor Público Geral (chefe administrativo da instituição) tem o *status* de Secretario de Estado.

³⁹ No conturbado período 1951 a 1955, o Estado do Rio de Janeiro foi governado por Ernani do Amaral Peixoto, ex-ajudante de ordens do Presidente da República, Getúlio Vargas (1933-37), e principal referência política fluminense entre as décadas de 1930 e 1980. "Durante seu governo aprovou-se a Lei Estadual na 2.188, de 21 de julho de 1954, criando, na estrutura administrativa da Procuradoria Geral da Justiça, os seis primeiros cargos de defensor público. Eram cargos isolados, de provimento efetivo, isto é, para ocupá-los não havia concurso público, mas simples indicação do Poder Executivo". (ROCHA, Jorge Luis. História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editore. 2004 p. 7.8.)

Editora, 2004. p. 7-8.)

60 A lei federal 1060, de 05 de fevereiro de 1950, em vigor até a atualidade, trata das normas para o deferimento do exercício do direito à gratuidade de custas judiciais e emolumentos extrajudiciais e pode ser acessada na íntegra na página oficial do Governo Brasileiro, disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L1060.htm]. Acesso em 20.07.2007.

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado Democrático de Justiça. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro (46), 1993. p. 54.

A garantia constitucional da proteção jurídica torna-se, portanto, elemento constitutivo da própria concepção do Estado Democrático de Direito, densificado⁶² no princípio constitucional da isonomia material⁶³. Nesse sentido, democratizar o acesso à Justiça significa adotar procedimentos que retirem, ou ao menos minimizem os obstáculos porventura antepostos à prestação jurisdicional⁶⁴, sempre com o fito de tornar mais efetivo o acesso à Justiça, ou seja, de densificar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana⁶⁵.

Assim, o acesso à justiça é um direito social do qual decorrem todos os outros⁶⁶, verdadeira condição para o pleno gozo da cidadania⁶⁷. Ou, na dicção de MAURO CAPPELLETTI, o acesso à justiça pode ser tido "como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos".⁶⁸

Trata-se, a um só tempo, de direito e de instrumento de outros direitos. Ou melhor: de direito instrumentalizador de outros direitos. Na primeira situação, o acesso à justiça assume o papel de "o mais básico dos direitos do homem", pois é um direito-garantia de realização de outros direitos fundamentais consagrados; e, na segunda, o acesso à justiça deve ser encarado como o "requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos". 69

⁶² Densificar significa conferir maior grau de concretude e é expressão cunhada por J.J. GOMES CANOTILHO para referir-se aos níveis de concretização da norma constitucional (que pode ser norma-regra e norma-princípio). Os princípios fundantes densificam-se nos princípios gerais e estes nos princípios especiais ou setoriais e estes nas regras. Assim como o caminho inverso (das regras para os princípios) refere-se ao maior grau de abstração da norma. Vide: CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1999. p. 1055-1080; p. 1085-1113.

⁶³ MORAES, Guilherme Braga Peña de. Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997. p. 13.

⁶⁴ NAVES, Nilson. Acesso à Justiça. In: Conferência de abertura proferida no Seminário sobre Acesso à Justiça realizado pelo Centro de Estudos Judiciários. Abril/2003. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 5-7, jul./set.2003. Sobre obstáculos para o efetivo acesso à Justiça, vide CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002. p. 15-30.

Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 13-30.

65 Cfe. MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 55-140.

⁶⁶ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 236. Para o autor: "Não deve ser visto apenas como "um direito dos desvalidos, dos excluídos, dos pobres", embora a estes, principalmente, sejam negados. Não se lhe confira esse hálito de discurso político porque este é justamente um discurso que jamais levou a lugar algum; mas um direito de todos. Que aos pobres seja dispensado e garantido e aos ricos garantidos vez que já os possuem."

⁶⁷ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasil, 2006. p. 17.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. (tradução Ellen Gracie Northfleet). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 12.

⁶⁹ SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha; MATTOS, Liana Portilho. A Simplificação do Direito e o Acesso a Justiça. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Direitos Fundamentais. Vol. XII. APERJ e Editora Lumen Juris.

O direito fundamental de acesso à Justiça, à luz do princípio democrático, é assegurado aos necessitados, de modo não exclusivo, por intermédio da Defensoria Pública, instituição instrumentalizadora desse direito constitucional de índole igualmente instrumental. A Defensoria seria o "instrumento do instrumento".

Observe-se que a enunciação formal do dever de prestação de assistência jurídica gratuita não é nova, em nível constitucional. Desde 1934 este direito já era previsto. "Ali eram explicitamente abrangidas duas origens de prestações voltadas a possibilitar o acesso do necessitado à jurisdição: o patrocínio gratuito da causa e a dispensa de remuneração dos serviços judiciários. Jamais se pôs em dúvida de que na assistência estavam compreendidos ambos os benefícios." A diferença da Constituição de 1988 para as anteriores, contudo, está no fato de que a Lei Maior não só enunciou o direito como também instituiu o órgão com atribuição de cumprir o aludido dever do Estado, tendo-o caracterizado como "essencial a função jurisdicional".72

Nos moldes do II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, resultado de parceria com o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento),

> não há dúvidas de que todas as instituições do mundo jurídico têm um papel relevante na construção do acesso à Justiça. No entanto, é certo que, quanto a isso, a Defensoria Pública tem um papel diferenciado. A Defensoria é a instituição que tem por objetivo a concretização do acesso à Justiça, ou pelo menos do acesso ao judiciário, sendo, portanto, vital neste processo de efetivação de Direitos.

Para DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁷⁴, a essencialidade à Justiça da Defensoria Pública significa que se trata de instituição imprescindível à existência do Estado Democrático de Direito, de modo que seria inconstitucional qualquer emenda à Constituição

⁷⁰ Para LARISSA WEYNE TORRES DE MELO (A Defensoria Pública como meio de acesso do cidadão à justiça. 2007. 75 folhas. Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Amélia Soares da Rocha e orientação metodológica da Professora Áurea Zavam. Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza, 2007.), "o objetivo explícito do constituinte de 1988 era o de assegurar efetividade ao acesso à justiça, porém para que tal efetividade fosse concretizada, era preciso a criação de canais adequados para que os distintos interesses juridicamente relevantes fossem levados à instância judicial".

NAVES, Nilson. Acesso à Justiça. In: Conferência de abertura proferida no Seminário sobre Acesso à Justiça

realizado pelo Centro de Estudos Judiciários. Abril/2003. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. R. CEJ, Brasília, n. 22, p. 5-7, jul./set. 2003.

⁷² LARA, Rubens. Acesso à Justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de

direito. São Paulo: Método, 2002. p. 95. Para o autor, a Constituição de 88 "Trata-se de notável avanço, se considerarmos os regimes anteriores, nos quais era dado aos entes componentes da federação, fazerem direcionar para o mesmo departamento estatal atribuições antagônicas como a defesa dos interesses patrimoniais do Estado em face do cidadão e a defesa dos interesses patrimoniais do cidadão em face do Estado, a acusação e a defesa criminal etc." (p. 95-96)

73 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. II Diagnóstico da Defensoria Pública no

Brasil. Brasil, 2006. p.7.

⁷⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado Democrático de Justiça. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro (46), 1993. p. 48-49.

tendente a aboli-la, constituindo-se o artigo 134 em cláusula pétrea, pertencente ao núcleo imodificável da Constituição (artigo 60, parágrafo 4°, III). O autor complementa:

> Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade estaria condenada a mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofreram, a econômica e a social: a 🧗 marginalização política. Condenados, os necessitados, a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito - pela ilegalidade sem sanção, se afirme o Estado Democrático – pela cidadania sem ação, e se caminhe para o Estado de Justiça – pela imoralidade sem oposição.⁷⁵

4. PROJETO MICROBACIAS: DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E O NOVO PARADIGMA DO PRESERVADOR-RECEBEDOR, NA EXPERIÊNCIA CONCRETA DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (BRASIL)

Entendendo o acesso à justiça como um movimento de maior fidelidade aos fundamentos democráticos76, é possível alargar a abrangência da atuação da Defensoria Pública para além da acessibilidade ao Poder Judiciário. A atividade funcional pode e deve ser dirigida à seara preventiva de conflitos. Assim, ao invés de se ter uma atuação repressiva, post lesão ao meio ambiente, apoiada no princípio do poluidor-pagador e baseada na força coercitiva estatal, faz-se uma leitura mais ampla, no sentido de um mais intenso atuar preventivo, sintonizado com a função educativa do direito, com fundamento nos direitos ambientais de acesso à informação pública e de participação democrática.

Nesta parte final do estudo, será exemplificada a hipótese do trabalho, tratada na modalidade de caso-referência, que densifica o direito de acesso à informação pública e sua relação direta com a maior efetividade da preservação ambiental e com a concretude do processo de participação democrática.

Nesse panorama, insere-se uma experiência, em construção, na qual figura a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPGE) como parceira da Secretaria de Agricultura, Pesca, Pecuária e Abastecimento do Estado do Rio de Janeiro (SEAPPA)⁷⁷ para a realização do Projeto de Gerenciamento Integrado de Agroecossistemas em Microbacias Hidrográficas do Norte-Noroeste Fluminense, financiado pelo Fundo Mundial para o Meio

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado Democrático de Justiça. Revista de Direito Processual Geral. Rio de Janeiro (46), 1993. p. 51.

SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha; MATTOS, Liana Portilho. A Simplificação do Direito e o Acesso a Justiça: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Direitos Fundamentais. Vol. XII. APERJ e Editora Lumen Juris.

77 Vide processo administrativo do Convênio: E-20/12.144/2006 (tramita na DPGE).

Ambiente (GEF)⁷⁸ e denominado, no âmbito da DPGE, "Projeto Microbacias", por intermédio da Resolução n. 309, de 03.09.2007.⁷⁹

O Projeto Microbacias pretende fortalecer a organização comunitária na área rural do Estado do Rio de Janeiro, disseminar tecnologias de baixo impacto ambiental e criar um ambiente favorável ao desenvolvimento de políticas, planos, normas e à instituição de mecanismos financeiros voltados a sustentabilidade da agricultura fluminense e assim contribuir para o alcance dos objetivos nacionais e internacionais na busca do desenvolvimento rural sustentável.

É objetivo específico do Projeto, promover a autogestão sustentável dos recursos naturais por comunidades rurais através da adoção das práticas de manejo sustentável de recursos naturais (MSRN) dentro da abordagem de manejo integrado de ecossistemas (MIE), utilizando a microbacia hidrográfica como unidade de planejamento, contribuindo para a diminuição das ameaças à biodiversidade, a inversão do processo de degradação das terras e o aumento dos estoques de carbono na paisagem agrícola em ecossistemas críticos e únicos de importância global da Mata Atlântica do Norte-Noroeste Fluminense, melhorando a qualidade de vida dessas populações.

Para atingir seus objetivos, o Projeto buscará: (i) aprimorar as estruturas política, legal e institucional existentes de apoio à agricultura sustentável, através do suporte de conhecimento, instrumentos e ferramentas essenciais para o estabelecimento de um ambiente favorável à construção participativa de condutas responsáveis dos agricultores para o MSRN/MIE; (ii) motivar os agricultores à mudança de comportamento, visando a adoção de sistemas produtivos e alternativas econômicas ambientalmente amigáveis e socialmente justas, consoantes com as abordagens de MSRN/MIE; (iii) aprimorar a capacidade local para o MSRN/MIE através de atividades de educação ambiental, capacitação e organização comunitária; (iv) gerenciar, monitorar e disseminar o projeto de forma democrática e coordenada com outras ações e programas locais, estaduais e nacionais.

18

⁷⁸ Vide cópia do contrato na página do Banco Mundial: WORLD BANK. **Project Appraisal Document on a proposed grant from the Global Environment Facility Trust** Fund: in the amount of USD 6.75 million to the State of Rio de Janeiro for a Rio de Janeiro Sustainale Integrated Ecosystem Management in production landscapes of the North-Northwestern Fluminense (GEF) Project. April, 2005. Disponível em: [http://www.gefonline.org/projectDetails.cfm?projID=1544]. Acesso em 20. mar.2008.

A Resolução n. 309/207, disciplina a gestão, cria o grupo de trabalho para execução do projeto de gerenciamento integrado de agroecossistemas no norte-noroeste fluminense - rio rural/gef, financiado pelo Fundo Mundial para o Meio Ambiente (GEF), denominado "projeto microbacias", no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, define atribuições e dá outras providências. Publicada no DOERJ, de 06.09.2007, parie II.

A implementação do Projeto abrange em(x) 50 microbacias piloto inserido nos 24 municípios e nas cinco sub-bacias selecionadas⁸⁰ para diagnóstico e intervenção do Projeto – Bacia do Rio Imbé, Bacia do Rio Doce/Canal Quitingute, Bacia do Rio Muriaé, Bacia do Rio Macabu e Bacias Costeiras do Entorno da Mata do Carvão (Bacias dos Rios Guaxindiba, Buena e Baixa do Arroz), representativas dos quatro principais ecossistemas, de importância global, remanescentes do bioma Mata Atlântica, situadas nas Regiões Norte, Noroeste e Serrana Fluminense do Estado do Rio de Janeiro.

As premissas do Projeto Microbacias consistem em (1) gestão descentralizada (utilização de estruturas descentralizadas para deliberação das decisões, conferindo total transparência ao projeto); (2) gestão participativa (democratização da gestão do projeto, conferindo participação nas deliberações, fortalecendo as organizações comunitárias); (3) gestão integrada (procura pela integração dos atores regionais e locais, apoiada no conceito sistêmico de microbacia hidrográfica como ferramenta ideal de desenvolvimento sustentável no setor rural) e (4) gestão sustentável (oferecer sustentabilidade às ações conservacionistas, através da elaboração dos Estatutos Comunitários de Conduta, instrumentos da autogestão dos recursos naturais e do estabelecimento de co-financiamentos).

O produto da DPGE consiste na elaboração de Estatutos Comunitários de Conduta (ECC) para uso e manejo responsável dos recursos naturais nas microbacias beneficiadas. Mas em que consiste esse ECC?

Este instrumento objetiva ajudar as comunidades rurais envolvidas no projeto na melhoria da percepção ambiental, construindo de forma participativa seu regimento interno de conduta em relação ao uso dos recursos naturais das microbacias, inclusive normas de resolução de conflitos, procurando buscar a autoregulação por parte dos agricultores familiares.

A SER (Sub-Secretaria Executiva Regional – Norte e Noroeste) e o Técnico executor da microbacia, responsáveis pela elaboração dos ECC, com assessoria da Defensoria Pública e com base nas informações coletadas nos DRPs (Diagnósticos Rurais Participativos),

⁸⁰ A seleção das microbacias hidrográficas ancorou-se em 4 critérios, quais sejam: (a) Biodiversidade: serão priorizadas as microbacias que possuírem remanescentes florestais; (b) Água para abastecimento público: serão priorizadas as microbacias cujas águas abasteçam áreas urbanas; (c) Organização Comunitária: serão priorizadas as microbacias que possuírem representações formais e atuantes de agricultores; (d) concentração de agricultores: serão priorizadas as microbacias que possuírem maior número de famílias de agricultores residentes. Cfe.: WORLD BANK. Project Appraisal Document on a proposed grant from the Global Environment Facility Trust Fund: in the amount of USD 6.75 million to the State of Rio de Janeiro for a Rio de Janeiro Sustainale Integrated Ecosystem Management in production landscapes of the North-Northwestern Fluminense (GEF) Project. April, 2005. Disponível em: [http://www.gefonline.org/projectDetails.cfm?projID=1544]. Acesso em 20. mar.2008.

realizará uma reunião (plenária) na comunidade e identificará a conduta comunitária em relação ao uso dos diversos tipos de recursos naturais como solo, água, fauna e flora. Este registro comporá o marco zero do processo de autoregulação.

Na etapa seguinte, utilizando os recursos de capacitação do Componente 3, agricultores escolhidos pela própria comunidade serão capacitados pelos Defensores Públicos da Comarca onde está situada a microbacia hidrográfica e coordenados pelo Núcleo de Defesa dos Direitos Humanos, na forma da Resolução DPGE n. 309/2007, quanto aos aspectos relativos à legislação ambiental, uso das normas na prevenção de conflitos e no processo de construção normativa, sempre utilizando metodologias de fácil absorção popular.

Após esta etapa de capacitação, nova reunião plenária na comunidade é realizada procurando cotejar a legislação ambiental vigente com o marco zero de conduta, onde possíveis diferenças serão verificadas, fomentando discussões a respeito das soluções a serem empreendidas pela comunidade para se chegar a um consenso de autonormatização do uso sustentável dos recursos naturais do ponto de vista legal.

Espera-se nesta fase, que muitas tecnologias preconizadas pelo projeto estejam internalizadas pelos agricultores. Por outro lado, o ideal legislativo nem sempre corresponderá à realidade vivenciada pelos agricultores, assim a formação de uma visão mútua por parte deles será buscada.

O ECC a ser construído ao final, pretende registrar as condutas necessárias dos agricultores com base na realidade sócio-econômica da comunidade para o manejo sustentável dos recursos naturais, imprimindo ao mesmo os efeitos de um marco regulatório da comunidade a ser consensualmente respeitado pelo conjunto das famílias de agricultores.

Além desse objetivo principal acima descrito, a Defensoria Pública também assessorará os beneficiários na legalização das associações, cooperativas, bem como aspectos relativos à cidadania, com o fim de promover uma real democracia participativa.

Observe-se que este projeto está marcado por valor totalmente diverso do que inspira o princípio do poluidor-pagador. Ao invés de punir a conduta legalmente contrária à norma ambiental, investe-se na promoção de acesso à informação pública com empoderamento dos agricultores familiares, enfatizando-se a educação ambiental, para se chegar a um consenso de auto-normatização a ser naturalmente incorporado ao atuar das comunidades.

Considerando a previsão de incentivos (inclusive financeiros), no Projeto, para as comunidades que respeitarem seu marco regulatório e que manejarem de forma sustentável os

ş

recursos naturais, há prêmio para quem preserve a natureza. Constróe-se, portanto, outro paradigma: o do preservador-recebedor⁸¹.

O Direito Ambiental é o novo marco jurídico de emancipação que permitirá a ampliação da cidadania no século XXI. Esse Estado de bem-estar ambiental não será fruto de conquista do poder por um partido ou privilégio de uma região, ele deve ser uma referência norteadora de atuação do campo da radicalização da democracia e da nova cidadania emergente, que é a cidadania ambiental, típica do terceiro milênio, cheia de contradições, com avanços e recuos, mas sempre resgatando a utopia da possibilidade de construir a história com nossas próprias mãos. 82

5. CONCLUSÕES

Ao término deste estudo, torna-se possível sintetizar objetivamente algumas de suas proposições mais importantes:

- 1) O direito à vida, enquanto direito humano básico e condição necessária ao gozo de todos os demais direitos humanos, está na base da ratio legis do direito internacional dos direitos humanos e igualmente ancora o direito ambiental internacional, estabelecendo o "vínculo" entre os domínios desses direitos. O direito à vida pertence, a um só tempo, ao domínio dos direitos civis e políticos, sob o aspecto da obrigação negativa de a ninguém privar arbitrariamente de sua vida, e ao âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais, como a obrigação positiva de tomar todas as providências apropriadas para proteger e preservar a vida humana. Desse modo, a tutela do meio ambiente, enquanto a proteção da vida com dignidade ou a qualidade de vida, ilustra a indivisibilidade de todos os direitos humanos.
- 2) O direito de acesso à informação pública é um direito humano protegido pelo direito internacional, que contém uma dimensão individual (de manifestação do próprio pensamento) e outra de índole coletiva (de receber qualquer informação do pensamento alheio ou que tenha reflexo no destino de todos os cidadãos).

Exige, para sua efetividade, um regime de acesso bem concebido e baseado em uma confluência equilibrada de coordenação de procedimentos, ativismo cívico e vontade política, assim como um sistema de exceções ao direito de acesso à informação pública construído de

PORTA NOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004. p. 621-642. p. 639.

⁸¹ PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito Ambiental Contemporâneo.** São Paulo: Manole, 2004. p. 621-642. p. 622-623. "Estamos nos encaminhando para uma mudança de paradigma nas ciências jurídicas, na qual a abordagem epistemológica do direito tende a confrontar nosso comportamento predatóric (que muitos chamam de sociedade de risco), com a perspectiva da sustentabilidade."

modo específico (previsto em lei), claro (sem ambigüidades) e transparente (admitindo apenas as exceções taxativo-legais), para dar conta das situações de colisão entre a garantia do direito de acesso à informação pública e outros interesses válidos do Estado, como a proteção da privacidade das pessoas ou a manutenção da segurança nacional.

- 3) Reconhecem-se, como corolários do direito intergeracional ao meio ambiente sadio, os seguintes direitos: o direito à informação (ambiental), o direito de participação (inclusive no processo decisório) e o direito a recursos legais disponíveis e eficazes (acesso à Justiça).
- 4) A legitimidade do processo normativo é fator decisivo ao cumprimento e efetividade da legislação. As normas reconhecidas como legítimas são, em tese, muito mais respeitadas, uma vez que cada participante do processo democrático investiu tempo e esforço em sua formulação e contribuiu para o resultado. Aqui residem força e potencial da participação popular que aperfeiçoa a regulamentação, enxerga a justiça do processo e desencadeia a probabilidade de ocorrer a aceitação voluntária das normas.

Por outro lado, sem o investimento dos atores sociais na construção da norma ambiental, dada a carência de recursos para monitorar e fazer cumprir a abundância de normas ambientais em vigor, o resultado é a falta de efetividade das normas, assim como a descrença no sistema jurídico e o afastamento do apoio público.

- 5) O direito à informação é elemento essencial da efetividade do acesso à Justiça, uma vez que a verdadeira proteção jurídica não é mero acesso formal ao Poder Judiciário ou à proteção dos órgãos administrativos. Há formas e meios de amparo conferidas pelas normas jurídicas que são praticadas diretamente, sem se invocar, ou, antes de se invocar, a intervenção da autoridade administrativa ou judicial. Nesse sentido, o direito à informação é indispensável ao pleno exercício do direito de participação política e à construção do processo relativo à democracia participativa.
- 6) O direito de acesso de hipossuficientes econômicos à Justiça, relacionado com o direito de assistência judiciária gratuita e fundamentado no princípio da inafastabilidade do controle jurisidicional, não se resume ao acesso ao ingresso, no Judiciário, das pretensões de potenciais lesados em seus direitos. Trata-se de direito do qual decorrem todos os outros, verdadeira condição para o pleno gozo da cidadania, uma vez que é, a um só tempo, direito e instrumento de outros direitos. Ou melhor: é direito instrumentalizador de outros direitos.
- 7) A Constituição de 1988 não só enunciou o direito, como também instituiu o órgão com competência para cumprir o aludido dever do Estado, tendo-o caracterizado como "essencial a função jurisdicional". Então, o direito fundamental de acesso à Justiça, à luz do princípio democrático, é assegurado aos necessitados, de modo não exclusivo, por intermédio

Š.

da Defensoria Pública, instituição instrumentalizadora desse direito constitucional, de índole igualmente instrumental. A Defensoria seria o "instrumento do instrumento".

8) O projeto microbacias (Resolução DPGE n. 309/2007) exemplifica a hipótese deste estudo, tratada na modalidade de caso-referência, vez que densifica o direito de acesso à informação pública e sua relação direta com a maior efetividade da preservação ambiental e com a concretude do processo de participação democrática.

O acesso à justiça, enquanto movimento de maior fidelidade aos fundamentos democráticos, dirige a atividade funcional da Defensoria Pública à seara preventiva de conflitos. Assim, ao invés de se ter uma atuação repressiva, apoiada no princípio do poluidorpagador e baseada na força coercitiva estatal, faz-se uma leitura mais ampla, no sentido de um mais intenso atuar preventivo, sintonizado com a função educativa do direito, e com a construção do novo paradigma do preservador-recebedor.

6. REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 9. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. (ed.). Derechos Humanos Desarrollo Sustentable y Meio Ambiente = Human Rights, Sustainable Development and the Environment = Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente. 2. ed.. San José da Costa Rica: Antonio Augusto Cançado Trindade, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Banco Interamericano de Desarrollo, 1995.

______. **Direitos Humanos e Meio Ambiente:** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant (tradução de Ellen Gracie Northfleet). Acesso à Justiça. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARRION, Eduardo K.M. Acesso à Justiça. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Rio Grande do Sul. In: Seminário Nacional O Direito no III Milênio (Novos Direitos e Direitos Emergentes). Promovido pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Canoas. Rio Grande do Sul. Coleção Acadêmica de Direito. v.13, 1997.

CARVALHO, Edson Ferreira de. Meio Ambiente e Direitos Humanos. Paraná: Juruá, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos Direitos Humanos. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito Ambiental e Questões Jurídicas Relevantes**. São Paulo: Millenium, 2005.

Defensoria Pública do Estado de São Paulo. **Defensores Públicos de todo Brasil aprovam Carta de São Paulo**. Disponível em: http://www.defensoria.sp.gov.br/adm/MostraNoti.asp?par=237. Acesso em 16/07/2007.

GUERRA, Isabella Franco. Aspectos relevantes da tutela jurídica às unidades de conservação. **Revista de Ciências Jurídicas**, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 139-146, jan./dez. 2002.

; LIMMER, Flávia C. Princípios Constitucionais Informadores do Direito Ambiental. In: PEIXINHO, Manuel Messias; GUERRA, Isabella Franco; FILHO, Firly Nascimento (Org.). Os Princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2001. p. 561-586.

INDICADORES Regionales de Acceso a la Información Pública, Centro America y México. Material disponibilizado para Aula de "Derecho de acesso a la información pública, consideraciones regionales y perspectivas nacionales", Professor Darío Soto Abril, do XXXIV Curso de Direito Internacional da Comitê Jurídico Interamericano da Organização dos Estados Americanos. Disponível em: http://www.oas.org/dil/xxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc. Acesso em 20. mar 2008.

LARA, Rubens. Acesso à Justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de direito. São Paulo: Método, 2002.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais. Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2001.

______. Perspectivas comparada da proteção dos direitos humanos pelos Sistemas Europeu e Interamericano via o princípio da indivisibilidade. **Revista Cejil**, n. 2, p. 31-50, set. 2006.

MARCACINI, Rosa; TAVARES, Augusto. Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 15. ed.. São Paulo: Manole, 2007.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MELO, Larissa Weyne Torres de. A **Defensoria Pública como meio de acesso do cidadão à justiça**. 2007. 75 folhas. Monografia apresentada como exigência parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação de conteúdo da Professora Amélia Soares da Rocha e orientação metodológica da Professora Áurea Zavam. Coordenação do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade de Fortaleza. 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente:** doutrina – jurisprudência – glossário. 4. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Brasil, 2006.

¥.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. Assistência Jurídica, Defensoria Pública e o Acesso à Jurisdição no Estado Democrático de Direito. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Defensoria Pública na Construção do Estado Democrático de Justiça. **Revista de Direito Processual Geral**. Rio de Janeiro (46), 1993.

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. **Revista Cadernos do CEJ. Justiça Federal**. Número 03. Artigo 08. Disponível em: http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo08.htm. Acesso em: 16/07/2007.

NAVES, Nilson. Acesso à Justiça. In: Conferência de abertura proferida no Seminário sobre Acesso à Justiça realizado pelo Centro de Estudos Judiciários. Abril/2003. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte. Revista CEJ, Brasília, n.22, p.5-7, jul./set.2003.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 19 de setembro de 2006. **Caso Claude Reyes y otros vs. Chile**. Disponível em http://www.osji.org/db/resource2/fs/?file_id=17529>. Acesso em: 20 de mar.2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Relatoria para la Liberdad de Expressón 2003. Disponível em: http://www.oas.org/dil/xxxxiv/Documentos/Dario%20Soto/DSoto.Esquema%20General%20de%20Conferencia%20Acceso%20a%20la%20Informacion.doc. Acesso em 20. mar.2008.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PORTANOVA, Rogério. Direitos Humanos e Meio Ambiente: uma revolução de paradigma para o século XXI. In: LEITE, José Rubens Morato; FILHO, Ney de Barros Bello. **Direito Ambiental Contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004. p. 621-642.

ROCHA, Jorge Luis. História da Defensoria Pública e da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2004.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

SÉGUIN, Elida. O Direito Ambiental: nossa casa planetária, 3. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Américo Luís Martins da. **Direito do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais.** vol.1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso. Direito Ambiental Constitucional. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SLAWINSKI, Pedro Gonçalves da Rocha; MATTOS, Liana Portilho. A Simplificação do Direito e o Acesso a Justiça. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Direitos Fundamentais. Vol. XII. APERJ e Editora Lumen Juris.

WOLFF, Simone. Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade... Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_67/Artigos/Art_Simone.htm. Acesso em: 13 set. 2007.

WORLD BANK. Project Appraisal Document on a proposed grant from the Global Environment Facility Trust Fund: in the amount of USD 6.75 million to the State of Rio de Janeiro for a Rio de Janeiro Sustainale Integrated Ecosystem Management in production landscapes of the

North-Northwestern Fluminense (GEF) Project. April, 2005. Disponível em: [http://www.gefonline.org/projectDetails.cfm?projID=1544]. Acesso em 20 mar. 2008.

253

PRESCRIÇÃO E ATO INFRACIONAL. UM PANO DE FUNDO PARA A DISCUSSÃO SOBRE O CURTO E O LONGO PRAZO DO DISCURSO INFRACIONAL.

Paulo César Busato* Silvia de Freitas Mendes**

RESUMO: No presente artigo se faz a defesa da aplicação da prescrição ao ato infracional, como um exemplo a ser tomado em conta para a aplicação genérica das garantias conquistadas no âmbito penal à esfera do direito infracional. Neste caminho se procura desvendar os eufemismos empregados no âmbito da doutrina infracional, os quais, disfarçados na falsa idéia da proteção integral, servem de pálio ao abuso ainda perpetrado pelo emprego do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90).

Palavras chave: doutrina da proteção integral; medidas sócio-educativas; prescrição penal.

ABSTRACT: In the present article if it makes the defense of the application of the lapsing to the infracional act, as an example to be taken in account for the generic application of the guarantees conquered in the criminal scope to the sphere of the infracional right. In this way if it looks for to unmask the terms used in the scope of the infracional doctrine, which, in the false idea of the integral protection, serves of pallium to the abuse still perpetrated by the job of the Statute of the Child and the Adolescent (Law 8,069/90).

Key words: integral protection; educative measure; criminal lapsing.

INTRODUÇÃO.

Há muito tempo temos debatido com os Promotores de Justiça, Juízes, advogados e professores que atuam na área da Infância e Juventude a respeito do que ousamos qualificar de "a questão penal".

É sabido que a estrutura do Estatuto da Infância e Juventude (Lei 8069/90) equilibra-se no princípio da proteção integral¹ e é com base neste argumento fundamental que geralmente² se tenta afastar do âmbito da infância e juventude os conceitos e a terminologia própria do Direito penal. Pretende-se, com isso, obviamente afastar o coeficiente simbólico do Direito penal e todos os seus efeitos deletérios tão bem identificados pela Sociologia Criminal norte-americana e postos à mostra pela Criminologia Crítica. Evidências, como o processo de etiquetamento (labeling approach³) ou os processos de criminalização pelo estereótipo que são claramente perniciosos.

Assim, ao adotar – voltamos a frisar: ao amparo do princípio de proteção integral – terminologia frontalmente diversa da penal, por exemplo, "ato infracional" ao invés de "delito", "representação" ao invés de "denúncia", "medidas sócio-educativas" ao invés de "penas", "internamento" ao invés de "prisão", o objetivo era afastar o estigma penal do adolescente de modo a evitar o etiquetamento e o processo de criminalização pelo estereótipo.

** Mestranda em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR; especialista em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal pelo Instituto Busato de Ensino.

3

^{*} Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, de Sevilha, Espanha; Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI (Universidade do Vale do Itajaí-SC).

A proteção integral "é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e adolescentes que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral." LIBERATI, Wilson Donizeti. O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991, p. 02. Ainda sobre doutrina da proteção integral vide NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 12.

² Exceção honrosa se faça à excelente obra Introdução Crítica ao Ato Infracional, de Alexandre Morais da Rosa.

³ "Esta direção de pesquisa parte da consideração de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam), e que, por isso, o *status* social de delinqüentes pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinqüência, enquanto não adquire esse *status* aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias. Portanto, este não é considerado e tratado pela sociedade como 'delinqüente'. Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes." BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica do Direito Penal: introdução à sociología do Direito Penal.* 3ª ed. Trad. Juarez Círino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002, p. 86. Vide também HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminología.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p.161-162; ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 39 e ss.

Pensamos, e nisso o nosso confronto com os operadores jurídicos mais afetos à área, que é chegado o momento de refletir sobre se esta providência meramente terminológica efetivamente logrou os objetivos pretendidos e, mais do que isso, se diante da evolução dos conceitos e da própria hermenêutica penal, ainda vale a pena ou se justifica a negação à evidência de que, no campo infracional, estamos tratando de aplicar, à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente, na verdade, um "Direito penal do menor". Mais ainda, é necessário refletir sobre as evidentes diferenças entre a adoção do princípio de proteção integral e a perspectiva correcionalista inspirada por um modelo de prevenção especial. Isso porque, há uma contínua tendência de confundir as duas perspectivas, tratando-as de um modo siamês onde se obriga ao uso de medidas próprias da prevenção especial sob o pálio da idéia de proteção integral e se rejeita as críticas ao modelo correcionalista através daquele mesmo princípio.

Com isso não queremos dizer, obviamente, que compactuamos com a proposição de uso de Direito penal como a melhor solução para os atos infracionais praticados pelos adolescentes. Apenas colocamos à lume que não é razoável esconder-se por trás de uma fraude de etiquetas a realidade forense do enfrentamento da questão e dar por justificada a vedação de uma série de garantias já oferecidas no âmbito penal aos adultos, sob o conveniente pálio da pretensão utópica abolicionista. Estamos de acordo com a manutenção de uma pretensão abolicionista no que tange aos atos infracionais a longo prazo. No mesmo sentido em que para o próprio Direito penal já vaticinava Radbruch ao dizer que o futuro do Direito penal não está em um Direito penal melhor, mas em algo melhor que o Direito penal, algo mais humano e mais justo do que ele⁴. Porém, é necessário não descurar de atitudes a curto prazo. Há uma série de atos infracionais sendo julgados agora mesmo, ao amparo de uma estrutura que legislativa e principiologicamente viola garantias fundamentais do ser humano. É necessário atentarmos também para isso.

⁴ "[...] o desenvolvimento do direito penal está destinado a dar-se, um dia, para além já do próprio Direito penal. Nesse dia, sua verdadeira reforma virá a consistir, não tanto na criação de um direito penal *melhor* do que o actual, mas na dum direito de *melhoria* e de conservação da sociedade: a guma coisa de melhor que o Direito penal e, simultaneamente, de mais inteligente e mais humano do que ele". RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 324.

O tema vem a lume a propósito, especialmente, de estar acesa a discussão sobre a aplicação de algumas garantias penais aos casos de atos infracionais, cuja possibilidade depende, essencialmente, do reconhecimento do seu caráter penal. Refirimo-nos aqui, tomado como um exemplo, à aplicação da regra de extinção da punibilidade da prescrição, recém reconhecida pela súmula 338 do STJ. Ao reconhecer textualmente que "a prescrição é aplicável às medidas sócio-educativas", o Tribunal tomou uma atitude direta de reação contra os abusos diariamente cometidos contra os adolescentes e abriu, novamente, a discussão sobre os termos em que se há de considerar a matéria do ato infracional.

1. DOS FUNDAMENTOS PENAIS DA PRESCRIÇÃO.

Os fundamentos que a doutrina apresenta para justificar a existência do instituto da prescrição estão todos associados à idéia de punibilidade.

Comenta Eduardo Reale Ferrari⁵ que, malgrado hajam inúmeros fundamentos pelos quais se procura doutrinariamente justificar a prescrição, estes podem ser agrupados fundamentalmente sob nove distintas teorias: do esquecimento, do arrependimento, da piedade, da prova, da emenda, da alteração psicológica, político-criminal, da presunção de negligência e, finalmente, da exclusão do ilícito.

A teoria do esquecimento justifica a prescrição pelo fato de que a sociedade esqueceu do fato criminoso, razão pela qual a punibilidade deve também ser esquecida⁶. A teoria da expiação do criminoso justifica a prescrição pelo castigo que já sofre o criminoso ao enfrentar-se com a longa e penosa tramitação do processo7. A teoria da piedade, subsidiária da do esquecimento, sustenta que a prescrição deriva de que o tempo faz despertar compaixão na sociedade para com aquele cuja pena se persegue⁸. A teoria da dispersão das provas justifica a prescrição pela falibilidade da prova incriminadora, obtida muito tempo depois do fato, o que torna

FERRARI, Eduardo Reale. Prescrição da ação penal. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 25.

Nesse sentido, entre outros ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLEŞ CUSSAC, Jose Luiz.

Compendio de Derecho Penal. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 209; FERRARI, op. cit., p. 25 e BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 716.

7 FERRARI, op.cit., p. 27.

⁸ ORTS BERENGUER; GONZÁLES CUSSAC, op.cit., p. 209 e FERRARI, op. cit., p. 28.

duvidosa a justiça da sentença nela apoiada9. A teoria da emenda sustenta que durante o andamento do processo é dado ao réu a oportunidade de redimir o mal praticado, sendo desnecessária a imposição de sanção com finalidade de ressocialização¹⁰, principalmente, se neste período, o réu não voltou a delinqüir¹¹. A teoria psicológica, que encontra raízes na Criminologia Sociológica de Gabriel Tarde, entende que a passagem do tempo com o peso do processo fará com que o réu se converta em outra pessoa, psicologicamente alterada em face daquela que cometeu o crime, pelo que, não se justificaria mais a punição12. A teoria orientada por princípios de política criminal, entende que a prescrição é um instrumento que auxilia na diminuição da criminalidade, atuando através da não punição tardia de condutas13. A teoria da presunção de negligência é aquela segundo a qual a prescrição se justifica por ser ela mesma uma espécie de punição contra a estrutura persecutória, que não deu conta de perseguir o criminoso em tempo hábil¹⁴. Finalmente, a teoria da exclusão do ilícito, entende que após muitos anos, o bem jurídico afligido pela conduta criminosa deixa de ter relevância social, de modo que materialmente perde sentido a punição15.

Como é fácil notar, todos os fundamentos que se apresentam como justificadores da prescrição são vinculados, de algum modo, aos fins da pena, especialmente às idéias de prevenção especial e retribuição. Isto porque, as próprias modalidades de prescrição existentes são vinculadas a duas pretensões essenciais do Estado: a pretensão punitiva e a pretensão executória da pena. Isso só já faz denotar o caráter penal da prescrição¹⁶.

10 FERRARI, op. cit., p. 31; SANTOS,op. cit., p. 677; MIR PUIG, op. cit., p. 781 e ORTS BERENGUER; GONZÁLES CUSSAC, op. cit., p. 209.

⁹ ORTS BERENGUER; GONZÁLES CUSSAC, op. cit., p. 209; MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General.* 5⁸ ed., Barcelona: Reppertor, 1998, p. 781; SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal.* Parte Geral. 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007, p. 677 e FERRARI, op. cit., p. 29; BITENCOURT, op. cit., p. 717.

BITENCOURT, op. cit., p. 716.

¹² ORTS BERENGUER; GONZÁLES CUSSAC, op. cit., p. 209 e FERRARI, op. cit., p. 32.

¹³ FERRARI, op. cit., p. 33.

¹⁴ ORTS BERENGUER; GONZÁLES CUSSAC, op. cit., p. 209; FERRARI, op. cit., p. 34, no mesmo sentido BITENCOURT, op. cit., p. 717.

¹⁵ FERRARI, op. cit., p. 35-36.

16 Por todos BITENCOURT, op. cit., pp. 715-718. "Com a ocorrência do fato delituoso nasce para o Estado o ius puniendi. Esse direito, que se denomina pretensão punitiva, não pode eternizar-se como uma espada de Dámocles pairando sobre a cabeça do indivíduo. Por isso, o Estado estabelece

Dessa forma, o Estado não pode ter a possibilidade de punir alguém eternamente. Há que se ter um limitador para que o Estado saiba qual é o seu prazo para aplicar a pena. Isso faz com que o indivíduo que está sujeito a um inquérito policial ou a uma ação penal saiba que o detentor do jus puniendi terá que lhe dar uma resposta dentro de um lapso temporal, e não o fazendo perderá esse direito.

Em sendo assim, é óbvio que a prescrição se justifica como um instituto controlador da pretensão de aplicação e de execução de pena. Sua existência depende do reconhecimento de uma pretensão de controle social do intolerável através da aplicação de uma sanção¹⁷.

A questão de sua aplicação ao ato infracional faria parecer, a partir de tais considerações, que se estaria dando simploriamente uma tratativa penal à questão do adolescente autor de ato infracional.

Parece-nos, no entanto, que a questão não é tão simples assim. Isto porque, por um lado, a transferência de garantias para a seara do ato infracional não tem porque levar junto a estigmatização penal. O penal, no caso, serve apenas de exemplo delimitador. Vale dizer: se até mesmo no mecanismo mais recrudescente de controle social existe um processo limitador pela prescrição, porque este mesmo instituto não se haveria de aplicar a outras formas de controle social. Por outro lado, é necessário somar a isso que, no âmbito do ato infracional a prescrição como instituto pode justificar-se sob outro fundamento que não o mesmo empregado no sistema penal. Ou seja, se no sistema penal a justificação da prescrição deriva dos

critérios limitadores para o exercício do direito de punir, e, levando em consideração *a gravidade da conduta delituosa e da sanção correspondente*, fixa lapso temporal dentro do qual o Estado estará legitimado a aplicar a sanção penal adequada [...] com o trânsito em julgado da decisão condenatória, o *ius puniendi* concreto transforma-se em *ius punitionis*, isto é, a pretensão punitiva converte-se em pretensão executória".

^{17 &}quot;Com efeito, convém destacar que o Estado, em um dado momento, busca intervir nas relações sociais para controlá-las. E Estado, sim, é o agente do Direito Penal, o que leva a efeito a pena, ainda que se trate de uma ação penal de iniciativa privada.

O conhecimento sobre quem intervém torna possível conhecer suas motivações. O Estado é uma figura criada com um propósito fundamental e absolutamente claro: o de manter viva a sociedade. Ao Estado pertence a atribuição fundamental de regular as inter-relações sociais de um modo tal que tal que impeça a autodestruição desta mesma sociedade. O Estado tem início como uma figura cujo dever único e absoluto é manter a sociedade sob controle." BUSATO, Paulo César; MONTES HUAPAYA, Siandro. Introdução ao Direito Penal: fundamentos para um Sistema Penal Democrático. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207.

fins da pena, no sistema de controle social destinado ao ato infracional não há porque justificar-se sob os mesmos fundamentos.

Assim, não há qualquer justificativa crítica cabível à distensão oriunda da matéria sumulada.

2. ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DO CONTROLE SOCIAL EXERCIDO POR MEIO DO ATO INFRACIONAL.

O controle social de práticas de atos infracionais derivado do Estatuto da Criança e do Adolescente merece cuidadosa análise desde dois pontos de vista, pelo menos. Em primeiro lugar, é necessário evidenciar os pontos de contato entre os sistemas penal e infracional, pondo à lume a evidência de que, malgrado haja uma evidente evolução legislativa nos institutos que tratam da matéria no Brasil, ainda estamos muito longe de apresentar verdadeiramente um modelo de garantias. Depois, resulta também fundamental deixar claro que a opção pelo princípio de proteção integral não implica a adoção de uma perspectiva de prevenção especial no campo do ato infracional, senão todo o contrário.

2.1. A FRAUDE DE ETIQUETAS. A NOCIVIDADE DO EUFEMISMO EM MATÉRIA PENAL JUVENIL.

Conquanto a doutrina brasileira no âmbito dos estudos jurídicos sobre a criança e o adolescente mantenha-se prevalentemente posicionada contra o reconhecimento da dimensão penal da intervenção na seara do ato infracional, é impossível deixar de reconhecer tratar-se de um mecanismo estatal-jurídico de controle social.

Nesse sentido, vale citar a lúcida crítica de Alexandre Morais da Rosa, no sentido de que "é preciso respeitar-se as opções do adolescente. Para isso é necessário que se o respeite como sujeito, abjurando a posição de inferioridade,

para o tomar como outro"18. Cremos firmemente que a inclusão do outro é a base de qualquer sistema discursivo que se pretenda minimamente justo.

2.1.1 A DISTORÇÃO DOGMÁTICA.

É necessário reconhecer, porém, que o Estado interfere nestes casos somente a partir da prática do ato infracional. Ou seja, o comportamento de um adolescente, tipificado na esfera penal é o gatilho que deflagra a intervenção estatal em sua vida. Evidentemente existe uma relação entre o fato e a intervenção. Uma contraposição própria do esquema norma-processo-sanção. Tanto é verdade, que as medidas sócio-educativas não podem ser aplicadas senão através de um procedimento apuratório de ato infracional que, por sua vez, depende da existência prévia da prática de um fato delitivo praticado por criança ou adolescente.

O problema é que esta regra, evidentemente estigmatizante, é tomada somente por este lado simbólico-deletério e completamente abandonada em sua perspectiva de proporcionalidade ou do ponto de vista da delimitação negativa através da afirmação de garantias. Na verdade, deflagrado o ato infracional, "e bondade que movimenta as ações na seara da infância e juventude é totalitária"¹⁹.

É que a delimitação negativa pela afirmação material (princípio de intervenção mínima) e formal (princípio de legalidade) não entram em discussão na seara da infância e juventude, mediante a simplória alegação de que "aqui não se está tratando de direito penal". Este simplesmente não é o perfil teórico que o Estatuto da Criança e do Adolescente pretende dar àquilo que eufemisticamente chama de "medidas sócio-educativas". Teoricamente, estas medidas estão presentes, tão somente como atitudes protetivas-correcionais-educativas por parte do Estado. Ou seja, sua razão de existir jamais se coaduna com outra pretensão para além da mera sociabilização e educação. Não há, nem pode haver, qualquer caráter sancionatório ou vinculado à idéia de controle social. A respeito do fundamento das medidas sócio-educativas:

¹⁸ ROSA, Alexandre Morais da. Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais: Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 2.
¹⁹ Idem, p. 2.

As medidas sócio-educativas são aquelas atividades impostas aos adolescentes, quando considerados autores de ato infracional. Destinam-se elas à formação do tratamento tutelar empreendido, a fim de reestruturar o adolescente para atingir a normalidade da integração social.20

Nesse sentindo, ainda:

Sob o ângulo das ciências humanas, as medidas sócio-educativas vão constituir o tratamento tutelar,

O tratamento tutelar define-se como uma ação sócio-educativa empreendida junto à personalidade do menor, com o objetivo de modelá-la para alcançar a integração social e evitar a recidiva.

Em virtude deste perfil, justificado com ao amparo da idéia de proteção integral, o fundamento da prescrição e de uma série de outras garantias penais, com a função garantidora da tipicidade, o princípio de intervenção mínima, as causas de exclusão da culpabilidade como a potencial consciência da ilicitude, a decadência, o perdão judicial, a renúncia ao direito de queixa, a representação como condição de procedibilidade, etc., resultam deslocadas da instância infracional. Como resultado, "o autismo da 'pretensão pedagógica' da medida sócio-educativa produz vítimas, a todo momento"22.

É neste ponto, em busca quiçá dos mesmos fundamentos e garantias, que cremos não ser possível partilhar - sem desconhecer o valor que algum ponto de vista possui - a constatação daqueles que entendem a partir do advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, já ter havido uma verdadeira autonomia do Direito infracional^{23.} Com efeito, não cremos que este marco legislativo represente, por si só, qualquer sorte de autonomia. Senão todo o contrário. Acreditamos, isso sim, que o Direito Infracional, como disciplina demanda ainda ser iniciado no Brasil e passa pela necessária transformação dos Juizados da Infância e Juventude do país²⁴. A pretensão de estabelecer garantias a partir de um Direito infracional desprezando

²⁰ LIBERATI, op. cit., p. 55.

ALBERGARIA, Jason. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991, p. 121.

ROSA, op.cit., p. 5.

Veja-se, neste sentido, por todas, a opinião de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, op. cit., p. 5. ²⁴ Nesse sentido o reconhecimento de Alexandre Morais da Rosa em *idem*, p. 6.

completamente a referência penal proposta de boa intenção por alguns²⁵, resvala para o mesmo problema que as vertentes radicais abolicionistas penais, ou seja, para o âmbito de um sistema de controle social que não contempla as garantias penais e que é muito mais intervencionista do que aquele. Iconoclastia parnasiana nunca construiu soluções. A postura de insistir na aplicação das garantias penais não pode ser levianamente classificada de "deficiência criminológica" 26, salvo se pregue a suficiência dessas mesmas garantias. É, sem dúvida, necessário afirmar garantias no âmbito infracional para além das garantias penais. O que não é lógico, nem muito menos digno das posturas garantistas é voltar as costas às garantias penais no afã de - um dia, quem sabe - afirmar outras.

É preciso denunciar que persiste no Estatuto a utilização de categorias abertas, de cunho estigmatizante e intervencionista, como "situação irregular", "necessidade imperiosa da medida" e mesmo "proteção integral", as quais favorecem "a construção de um sistema paralelo, mais agudo que o sistema penal"27.

Acreditamos, como entende a parcela mais cética - e não por isso menos crítica da doutrina, que as benesses que o Estatuto da Criança e do Adolescente trouxe no âmbito da matéria infracional são justamente "a incorporação do devido processo legal e dos princípios constitucionais como limites objetivos ao poder punitivo sobre jovens em conflito com a lei"28 ou seja, "trata-se do direito penal juvenil, que se constrói a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente"29.

É curioso notar que um dos maiores ganhos para o adolescente infrator com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi justamente o estabelecimento

²⁵ Acreditamos ser utópico – ainda que nobre - pensar que "não se precisa aproximar tanto o Direito penal do Direito Infracional para que ele se torne garantista. Um Processo Infracional pode se construir de maneira autônoma porque significa o manejo do poder estatal, com repercussões nos Direitos Fundamentais do adolescente, mas nem por isso é Direito penal". Idem, p. 13. Acreditamos que o Direito Infracional precisa de um ponto de partida em termos de garantias. A existência de um perfil marcadamente penal no que tange à forma de intervenção está a exigir e não apenas recomendar a aplicação das garantias penais. Isso sem prejuízo, obviamente, do acréscimo de um novo perfil especializante que adicione novas garantias.

A observação crítica de Alexandre Morais da Rosa em ROSA, op.cit., p. 9.

²⁷ SPOSATO, Karyna. O Direito penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 194.

²⁸ Nesse sentido a relevante opinião de Karyna Sposato, não por acaso representante do ILANUD, em São Paulo durante largo período, expressada na obra SPOSATO, op. cit., p. 62. ²⁹ Idem, p. 62.

de um processo³⁰, ou seja, a garantia da produção probatória em âmbito contraditório, em um verdadeiro processo penal! Ou seja, não há quem se atreva a medir diferenças essenciais entre uma representação e uma denúncia entre o formato da instrução de ato infracional e do rito sumário do processo penal, da remissão e da transação da Lei 9.099/95.

Entretanto, ainda que esta conquista seja um avanço significativo, "a resistência em reconhecer a natureza penal das medidas e do procedimento de sua imposição, faz que muitas garantias hoje consolidadas no campo do direito penal não sejam estendidas aos adolescentes"³¹. É necessária, neste momento, "a construção de uma 'dogmática processual infracional garantista' como propugna Salo de Carvalho em relação ao Direito penal"³², vale dizer, é nas garantias exigidas contra a intervenção discriminatória penal que se deve buscar o ponto de partida para a criação de um sistema de garantias na seara infracional.

Seria de perguntar por que existe garantia de produção probatória da existência de um fato, cujo enquadramento legal estampado na representação é buscado justamente na lei penal incriminadora, se ao final, as medidas aplicáveis serão fundamentadas, tão somente na necessidade de proteção do adolescente. Em que a existência ou não de fato típico e antijurídico altera a necessidade de educação e reinserção do adolescente? Se não altera em nada, porque submetê-lo ao processo? Se, ao contrário, for reconhecida a necessidade de existência de fato típico e antijurídico para a aplicação da medida, como negar que seu fundamento transcende a mera pretensão protetiva?

2.1.2 A DISTORÇÃO CRIMINOLÓGICA

Este paradoxo não se revela unicamente pela via de uma análise meramente processual ou mesmo dogmática, mas também criminológica. Refiro-me à cifra

No sentido da aplicação das garantias processuais aos adolescentes: CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.64; NOGUEIRA, op. cit., p. 135-136; PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1995, p. 49-54.
31 SPOSATO, op. cit., p. 194.

³² ROSA, op. cit., p. 162.

negra. É de todos sabido que a criminalidade real é muitos números superior àquela registrada e que a passagem pelas agências de controle social penal judicial e penitenciária não correspondem à realidade da prática delituosa. Hassemer e Muñoz Conde referem que "há um bom número de delitos e delinqüentes que não chegam a ser descobertos ou condenados. É o que constitui a chamada cifra negra, ou zona obscura da criminalidade"33. Não há razão para crer que entre os adolescentes os índices sejam completamente diferentes. Senão, todo o contrário. Isso porque, conforme já largamente demonstrado pela criminologia crítica, em sendo o crime uma criação humana, a eleição de condutas em um processo de criminalização, não se pode negar que o mesmo perfil se adote em outras dimensões do controle social. Assim também no âmbito infracional. Tanto é assim, que o que o Estatuto da Criança e do Adolescente faz é estabelecer uma relação direta entre intervenção estatal e a prática justamente daquelas condutas elencadas no catálogo penal. Assim, a "cifra negra" criminal se repete, nos mesmos padrões discriminatórios no âmbito infracional. É o que demonstra, justamente o estudo empírico realizado pelo ILANUD34, em São Paulo.

Os estudos desenvolvidos no Instituto demonstraram, por exemplo, a repetição, no âmbito da seara infracional, dos preconceitos arraigados no sistema penal, em face de certos grupos, como os negros, os moradores de rua, os moradores da periferia, preferencialmente do sexo masculino. É que a pesquisa evidenciou flagrante disparidade entre o perfil social daqueles que sofriam a intervenção da justiça da infância e do adolescente e aqueles que e uma técnica de self report crime admitiam ter praticado algum ato infracional. Daí que os dados oficiais que se reportam unicamente às estatísticas judiciais formam a imagem distorcida de que a atividade infracional corresponde à prática de tipos penais considerados graves. Em resumo: os dados estatísticos revelam que o perfil da

³³ HASSEMÉR; MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 137. No Brasil, veja-se THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 1-20.
³⁴ O ILANUD – Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e tratamento do Delinqüente, é um organismo técnico voltado à realização de pesquisa, produção de conhecimento e difusão de informações nas áreas da justiça criminal, prevenção e controle do crime, tratamento do delinqüente e promoção dos Direitos Humanos, especialmente focado na questão da prática do ato infracional. A revista número 22 do Instituto publicou interessante trabalho sociológico e estatístico relacionado ao tema do ato infracional.

justiça infracional – baseada na proposta do Estatuto da Criança e do Adolescente – obedece o mesmo perfil estigmatizante e discriminatório da instância penal.

De ser assim, é possível concluir que, de um lado, a instância penal não exerce efetivo controle social do intolerável, porque não alcança a realidade do crime, assim como a instância da infância e juventude não cumpre o seu papel reeducador e sociabilizante, já que não trabalha com índices reais de práticas de "atos infracionais".

E isso ainda não é o pior. É possível afirmar, com alguma segurança, que sequer a justificativa fundamental do afastamento entre o Direito penal e o Direito da Infância e Juventude foi alcançada. Ou seja, o objetivo de evitar a estigmatização e o etiquetamento não só não foram logrados como vimos foram sensivelmente piorados, já que os objetivos de socialização e educação não estão sendo atingidos³⁵. Basta verificar entre os casais pretendentes a adoção, quantos estariam dispostos a receber uma criança ou adolescente infrator em suas famílias e quantas pessoas ao oferecer vagas de estágio de ensino médio optariam por um adolescente egresso de uma internação por prática de ato infracional.

Não é preciso grande esforço hermenêutico para perceber o quanto o estigma e o preconceito resistiram à retórica e à terminologia eufemística³⁶. Além disso, houve um efeito colateral agravante: como o discurso visa afastar a dimensão simbólica penal, a carga de controle social inserta no estatuto – certamente mais grave, em alguns casos³⁷, do que o penal – não é percebida pela população em

³⁵ "Na verdade, ainda que essas finalidades sejam próprias da internação, cujo objetivo deveria ser realmente a educação, preparação e encaminhamento do interno à vida exterior e social, as entidades de recolhimento têm padecido de várias falhas, o que impossibilita a educação ou recuperação de qualquer infrator que venha a ser internado." NOGUEIRA, op. cit., p. 163.

^{36 &}quot;As ideologias de reeducação e substituição do conceito de pena pelo de medida de segurança permitiram, no mundo da infanto-adolescência, a criação de uma semântica ocultadora das conseqüências e sofrimentos reais, muitas vezes idênticos aos imperantes no mundo dos adultos." GARCIA MENDEZ, Emílio. Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina. CBIA: Brasília, 1991, p. 42.

³⁷ Em determinadas hipóteses a penalidade prevista no estatuto pode ter conseqüências mais graves que as provenientes das conseqüências penais aplicáveis aos adultos. Pois bem, dada a imprecisão na aplicação das medidas sócio-educativas pode-se aplicar uma penalidade mais gravosa a um adolescente que cometeu um ato infracional não tão grave do que outro adolescente que cometeu um mais grave. Outro ponto a ser destacado é que com o que deveria ser uma grande mudança decorrente do Estatuto não se vê na prática: o respeito das garantias processuais. Nesse caso, é possível mencionar que a ampla defesa em muitos casos não resta efetivada, já que ao adolescente

geral, que tem a falsa idéia de que "com menor não acontece nada". O efeito pernicioso disso é uma falsa sensação de inoperância do sistema infracional, que leva as pessoas a não acionarem os mecanismos de controle judiciais da infância e juventude, e procurarem elas mesmas por odiosas iniciativas de vingança privada.

Isso contribui por um lado para o incremento da cifra negra no âmbito infracional por outro, para um reforço do processo estigmatização/etiquetamento, já que qualquer medida aplicada pela Vara da Infância e Juventude, sempre parecerá, aos olhos do leigo, insuficiente. Esse descrédito em relação à atuação das Varas da Infância e Juventude aumenta consideravelmente quando a comunidade tem conhecimento de um ato infracional cometido por adolescente, sabe que este é o estopim que deflagra um procedimento na Vara da Infância e Juventude. No entanto, não compreende o alcance do que deve ser a instância protetiva do adolescente e, esperando uma mera reação punitiva - já que a seus olhos, o ponto de partida da intervenção foi a existência de um delito - o vê livre, quando foi determinada em sentença a aplicação de medida sócio-educativa diversa da internação³⁸.

Ou seja, uma mera substituição terminológica, sem mudança na essência não conduz a evolução alguma. Nossa atuação na área infracional ainda é tímida, não ousa abandonar a instância penal, promover uma ruptura definitiva e, pior ainda, sequer se ocupa de – ao menos por ora – tratar de aplicar a dimensão limitadora do próprio direito penal. Na verdade, a imposição de medidas socioeducativas tem caráter seletivo e discriminatório, bem como um efeito simbólico de reprovação social, interferindo diretamente na esfera de liberdade dos adolescentes³⁹,

Ž,

não é garantido uma entrevista com o advogado ou em audiência não está acompanhado do mencionado profissional. O contraditório também se vê suprido, pois em função da socialização e educação decorrentes da doutrina da proteção integral, argumentos defensivos não são aceitos em prol de tais finalidades.

D'AGOSTINI afirma que "Os meios de comunicação de massa dão um caráter sensacionalista à questão da prática de atos infracionais por crianças e adolescentes gerando uma 'histeria social' que acaba legitimando no imaginário social uma resposta violenta aos adolescentes ou mesmo às crianças que venham a cometer uma infração legal, 'indo desde a redução da responsabilidade até a pena de morte." D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006, p. 75.
39 SPOSATO, op. cit., p. 193.

exatamente como funcionam o sistema penal. No entanto, as garantias e princípios limitadores não estão presentes.

Enfim, o Estatuto da Criança e do Adolescente preserva uma vertente interventora, mascara seu próprio caráter penal e recorta, apoiado em um discurso retórico, as mínimas garantias oferecidas pelo sistema criminal. Nesse sentido, afirma Karyna Sposato:

O estudo da construção do direito da criança e do adolescente, da organização do sistema de justiça da infância e da juventude brasileira e da matéria pertinente à responsabilização de adolescentes autores de ato infracional no Estatuto da Criança e do Adolescente apontam para a existência de um direito penal juvenil brasileiro.

disposições pelos Códigos Desde as primeiras retribucionistas, passando pelas legislações de menores, até a entrada em vigor da Lei 8.069/1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a disciplina sobre o exercício do poder punitivo do Estado diante do cometimento de delitos por menores de 18 anos tem-se utilizado de conceitos neutralizadores de sua natureza penal, garantindo, no entanto, maior controle. A discricionariedade, característica marcante historicamente do funcionamento da justiça da infância e juventude em nosso país, especialmente no que tange à atribuição da autoria de atos infracionais aos adolescentes e consequente imposição de medidas socioeducativas, revela um sistema altamente arbitrário e totalizante, em nome de suposta 'proteção' 40.

Por isso, sem perder de vista a necessidade de afirmação de um direito infracional de futuro completamente descolado da instância penal, resulta imprescindível a afirmação, agora, ao menos das garantias penais contra o desbordo do estado de coisas, deixando de lado a hipocrisia e reconhecendo que o que vivemos legislativamente e na instância forense é um "Direito penal do menor" ou "Direito penal juvenil". O reconhecimento disso serve para afirmar garantias mínimas e não tem porque inviabilizar o avanço para um modelo independente e próprio de tratativa do tema. É necessário romper com a fraude de etiquetas para afirmar garantias.

"A desmitificação dessa realidade punitiva tem como conseqüência, de um lado, o reconhecimento para os adolescentes de garantias e princípios essenciais ao Estado democrático e social e direito,

⁴⁰ Idem, p. 193.

presentes na aplicação do chamado direito penal de adultos e, de outro, a consolidação de princípios especiais, constitucionalmente previstos"

É muito importante, contudo, ressaltar que com isso não se pretende confirmar uma estigmatização que pré-existe, mas sim emprestar ao âmbito da apuração de ato infracional, todas as garantias que são hoje em dia aplicáveis ao Direito Penal e ao Processo Penal⁴².

Aliás, como antes aventado, é justamente a garantia do processo penal - que é parte do sistema penal como um todo - um dos logros mais importantes do Estatuto da Criança e do Adolescente na superação do nefasto Código de Menores.

Pois bem. Hoje em dia é voz corrente na seara penal que o conceito de ciência penal ou de Direito penal em sentido amplo abrange também o Processo Penal. Ambos hão de ser instâncias garantidoras. Institutos como o princípio de inocência, o princípio de culpabilidade, o princípio de legalidade, o princípio de intervenção mínima e as causas extintivas de punibilidade são absolutamente compartilhados pelo Direito Penal e o Processo Penal. Deste modo, ao defender o reconhecimento das garantias penais para o adolescente infrator, o fazemos pela via da conexão inquestionável do processo penal. E justamente incorporando esta perspectiva, o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro editou recentemente a súmula 338, a qual admite a aplicação da prescrição às medidas sócio-educativas⁴³.

Obviamente, o avanço das garantias na seara infracional não há de parar por aí, ou seja, não deve limitar-se à importação pura e simples do modelo penal. Até porque, esta sim seria uma postura altamente criticável. O modelo deve avançar. Este avanço, a nosso sentir, ronda uma questão essencial e de fundo: a necessidade de dissociação da hermenêutica do modelo de proteção integral no âmbito infracional da idéia de prevenção especial. Ou seja, a necessidade de abandono do modelo pedagógico.

Ž.

⁴¹ Idem, p. 193.

Partilhamos pois, a pretensão de que um elenco de garantias penais e processuais penais tão amplo quanto aquele apresentado em ROSA, op. cit., pp. 163-168 seja implantado no âmbito infracional.

A Súmula 338 do STJ: "A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas."

2.2. PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO INTEGRAL E SUA DESVINCULAÇÃO DA PERSPECTIVA DE PREVENÇÃO ESPECIAL.

Ž.

Há uma crítica fundamental em que coincidimos com a perspectiva mais lúcida dos críticos de uma aproximação do Direito Infracional das garantias penais⁴⁴, é o fato inarredável de que o perfil anti-garantista do modelo de controle social infracional reside na postura pedagógica, na idéia de associação entre prevenção especial e proteção integral. Na verdade, somente um perfil democrático que não guarde pretensão de moldar o adolescente infrator, que o respeite enquanto afirmação de sua individualidade, pode pretender ter alguma legitimidade.

Importa destacar que o princípio de proteção integral diz respeito à necessidade de filtrar os conteúdos de regras (normas) à criança e ao adolescente segundo uma perspectiva mais benéfica possível para crianças e adolescentes, especialmente no que se refere a situações conflituosas. Isso não quer dizer que, quanto se trata de aplicação de medidas sócio-educativas, estas devam ser aplicadas segundo uma dinâmica de prevenção especial, em sentido curativo.

Aliás, esta é justamente uma perspectiva ultrapassada⁴⁵ associada à doutrina da situação irregular, oriunda de Platão e acolhida mais tarde por São Tomás de Aquino, baseada na idéia de livre arbítrio e que a sanção deve ser uma poena medicinalis, ou seja, o Estado não deve apenas castigar o delinqüente, mas sim constrangê-lo a tornar-se bom⁴⁶.

Esta idéia de pena pedagógica, totalmente acolhida pelo modelo infracional pedagógico estava no pensamento de Thomas More, Giambattista Vico, Hobbes, Grotius, Pufendorf Thomasius e Bentham⁴⁷ e acaba formando a escola correcionalista Alemã, através de Karl David August Röder, que "considera o delinqüente um ser incapaz de fazer bom uso de sua liberdade exterior. Por isso

Referimo-nos a ROSA, op.cit., p. 14.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. "Análise histórica acerca das finalidades das medias sócio-educativas", in Boletim do IBCCrim, ano 15, nº 185, abril de 2008. São Paulo: IBCCrim, 2008, p. 13.
 FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 195.
 Idem, p. 196.

deve ser educado e emendado moralmente, para que recobre esta capacidade"48. Assim também derivou do mesmo pensamento a escola correcionalista espanhola com Francisco Giner de los Rios, Luís Silvela, Concepción Arenal e principalmente Pedro Dorado Montero, que propunha um "direito de proteção dos criminosos" 49. O que se propunha era o abandono da idéia de castigo aos delingüentes para a adoção simplesmente de medidas de proteção tutelar⁵⁰.

Esta lógica da tutela em matéria criminal foi justamente o modelo adotado pelas primeiras legislações que cuidaram dos delitos praticados por adolescentes no Brasil. Tratava-se de perspectivas "fundadas na lógica da mera imputação criminal, ou na lógica da tutela, sempre com vistas a coibir a criminalidade infanto-juvenil"51. "A Doutrina da Situação Irregular foi inaugurada no ano de 1927, com o Código Mello Matos, sendo também adotada pela Lei 6.697/79, o chamado Código de Menores"52.

A adoção de uma perspectiva correcional fez com que estivessem justificadas todas as intervenções praticadas em relação às crianças e aos adolescentes, ainda que, para tanto, se estivesse cerceando direitos e garantias fundamentais. Desde modo, "como as medidas eram consideradas benéficas, ou seja, uma oportunidade dada ao jovem de reeducar-se, afastavam-se de sua aplicação quaisquer garantias, utilizando-se o jovem como mero instrumento da vontade Estatal"53. O ato ilícito aplicado não era considerado um fato delitivo isolado que merecia resposta proporcional e a ele vinculada, mas sim um sintoma de falta de adaptação social, apto a justificar uma intervenção sem limites de proporção nem quanto ao tempo, nem quanto à intensidade.

Com projeto do novo Estatuto da Criança e do Adolescente, a proposta de proteção integral deveria se contrapor frontalmente ao modelo incriminatório, reconhecendo crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, titulares de

⁴⁸ Idem, p. 196.

⁴⁹ Idem, pp. 196-197.

⁵⁰ Idem, p. 197. 51 SPOSATO, op.cit., p. 26.

⁵² Nesse sentido ARAÚJO, op.cit., p. 13.

⁵³ idem, p. 13.

garantias positivas⁵⁴. O Estatuto da criança e do adolescente deveria, portanto, ser interpretado sistematicamente de modo a atingir o modelo infracional. Ou seja, a parte do Direito da Infância e Juventude que cuida do ato infracional deveria considerar este ato "como fato social, para além dos marcos estreitos da lei e do direito penal".

Não é isso que se fez e se faz, nem no âmbito da criminalização primária, nem no âmbito da criminalização secundária. Do ponto de vista da criminalização primária, o Estatuto continua se servindo do catálogo penal para contrapor a interposição de medidas sócioeducativas e utiliza uma contraposição processual equivalente ao processo penal. No ponto de vista da criminalização secundária, a postura forense continua herdeira de um modelo correcionalista baseado no "bom senso" didático do "Juiz de Menores".

Obviamente, esta realidade interventiva desmedida não representa senão uma contraposição para com a idéia de prevenção integral, e não seu corolário.

De modo contrário, a perspectiva penal que arranca do pós-guerra em todas as democracias ocidentais, a idéia primordial de valoração de direitos humanos converte-se em filtro hermenêutico penal, que fica ainda mais evidente a partir da idéia de Roxin⁵⁵ de aproximação entre a política criminal e a dogmática, visando a correção das distorções legislativas, tudo com o fito de afirmar as garantias fundamentais no âmbito criminal.

Assim, não é admissível que as garantias já oferecidas e afirmadas no âmbito penal não transcendam ao modelo infracional sob o pretexto de gerar estigmatização e sob o argumento de incompatibilidade entre a idéia de proteção integral e o oferecimento das garantias derivadas do sistema penal democraticamente concebido. Isso porque, como visto, a estigmatização existe à margem do sistema penal e mesmo sem aproximação dele e o sistema infracional,

⁵⁴ SPOSATO, op. cit., p. 49.

⁵⁵ Veja-se ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002, tradução da clássica obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

no modo como é concebido emprega boa parte da carga seletiva e discriminatória do sistema penal, sem levar consigo um mínimo de garantias.

O rompimento ditado pelos tratados internacionais⁵⁶ e pela própria Constituição Federal⁵⁷, plasmado finalmente no Estatuto da Criança e do Adolescente⁵⁸ não é uma rasa negativa da dimensão penal, senão um caminhar na direção daquele âmbito e que, por errado, deve, do mesmo modo que o sistema penal, ser contraposto às garantias fundamentais até que se possa afastar definitivamente qualquer relação com este e afirmar sua superação por um modelo menos intervencionista.

É claro que não se há de exigir dos menores o mesmo nível de responsabilidade penal, nem mesmo uma idêntica resposta de parte do Estado, mas sim a adoção de uma relação limitada para com o ato infracional e principalmente de transposição de garantias penais para as medidas sócio-educativas como medida de emergência, como paliativo para o que acontece agora. Isso não significa o abandono de prosseguir na senda afirmativa de superação do modelo penal. Tal recomendação é dirigida também ao próprio sistema penal, posto que a história do Direito penal – malgrado sobressaltos e passos atrás – foi e há de ser a história progressiva da sua saída de cena.

Assim, é preciso reconhecer que "negar o caráter repressor das reprimendas destinadas aos jovens e faze-lo significa regredir a um período no qual a autonomia das crianças e adolescentes foi suprimida e negligenciada"⁵⁹. É fundamental a adoção de uma perspectiva garantista, que vise afastar do cotidiano do adolescente infrator um modelo tutelar que se traduz literalmente em um Direito penal do autor⁶⁰, posto que igualmente às penas, as medidas sócio-educativas não podem ser fundamentadas em algo que, em realidade, não é mais do que uma faceta dos seus

⁵⁹ ARAÚJO, op. cit., p. 14.

⁶⁰ Cf. idem, p. 14.

⁵⁶ Referimo-nos, aqui, à Convenção sobre os Direitos da Criança, Diretrizes de Riad para a Prevenção da Delinqüência Juvenil, Regras das Nações Unidas para os Menores Privados de Liberdade e Regras de Beijing ou Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores. Cf. ARAÚJO, op. cit., p. 14.

Art. 227.
 Lei Federal 8.069 de 13 de julho de 1990.

efeitos. Vale dizer, é necessário afastar a idéia de ressocialização ou reeducação, enfim, a proposta pedagógica, posto que esta, ainda que se produza, não é mais do que um efeito, não necessariamente (inclusive raramente) ocorrente, e como tal, não tem o condão de servir como fundamento justificador de algo⁶¹.

A atividade de controle social referida a ato infracional há de obedecer a idéia de intervenção mínima, ou de controle social reservado apenas para o intolerável. Sendo assim, as garantias penais que impedem que uma acusação tenha transcendência para além dos limites do tempo tem também aplicabilidade à situação de ato infracional.

3. A PRESCRIÇÃO EM ATO INFRACIONAL.

E aí se chega ao pano de fundo do presente escrito: a afirmação da transmissão à seara infracional, dos direitos e garantias penais, entre eles a da prescrição. O reconhecimento do caráter marcantemente penal do sistema infracional requer, em sentido emergencial, o controle de um sistema de garantias. Nesse sentido:

O não reconhecimento da prescrição, a cumulação de medidas, a falta de proporção e humanidade das sanções, e a ausência de indícios suficientes de autoria e materialidade são exemplos cotidianos no nosso sistema. Sem mencionar a brutalidade da execução das medidas sócio-educativas, cujo conteúdo pedagógico é sistematicamente vilipendiado pela violência das instituições. Portanto, esta é nossa primeira e mais desafiante tentativa: destacar que no texto da Lei 8.069/1990 encontram-se disposições penais e sanções que, aplicadas, produzem os mesmo efeitos das penas. Daí a necessidade de introduzir, na aplicação das regras e princípios que norteiam a imposição das medidas socioeducativas, critérios de política criminal, e sobretude construir bases científicas mais sólidas sobre a matéria.

Assim como o ato infracional é crime, a medida socioeducativa é sanção jurídico-penal. Resta, portanto, fazer valer também para os adolescentes brasileiros as regras democráticas do devido processo $\log a^{62}$.

⁶¹ Nesse sentido, refere Fernanda Araújo ser "evidente que se da reprimenda surge algum benefício para o adolescente isso é apenas um valor agregado à sanção e não mais seu fundamento ou justificação, tal qual ocorria no modelo anterior". Idem, p. 14. No que tange às penas, a identificação da prevenção especial como um mero efeito e não como fundamento veja-se, em detalhes, BUSATO; MONTES HUAPAYA, op.cit., pp. 205 e ss.
⁶² SPOSATO, op. cit., pp. 194-195.

Nossa pretensão hermenêutica, em razão dos argumentos acima transcritos, de reconhecimento do caráter penal da interferência das Varas da Infância e Juventude, em casos de atos infracionais, conduz inarredavelmente ao reconhecimento da prescrição em tais situações. É que o controle social exercido através das medidas sócioeducativas não pode ser perpétuo, posto que perde qualquer sentido e fundamento. As idéias de prevenção e socialização — pretensões tão somente discursivas - se perdem. De outro lado, a afirmação de um controle social subordinado a regras de garantia, igualmente se dilui diante da passagem do tempo, pela própria acomodação social.

Em resumo: a passagem do tempo esgota o sentido da medida sócio educativa quer se considere de um ponto de vista da proposição retórica do Estatuto, quer se considere diante da realidade intervencionista e estigmatizante efetivamente produzida. Ou seja, mesmo os arautos da pretensão pedagógica ou os arautos do modelo de lei e ordem não têm argumentos lógicos para perseguir a não aplicação da prescrição ao Direito infracional.

Resta apenas o vazio discurso das etiquetas. A crítica cabível se reduz a negativa meramente retórica e totalmente cega da nocividade da aplicação de garantias penais ao Direito infracional. Se isso não pode ser negado, por constituir garantias, chega-se ao impasse.

Se considerarmos que as garantias processuais e penais devem ser aplicadas no âmbito do Direito infracional, não podemos afastar a extinção da punibilidade pela via da prescrição. Inadmissível pretender eternizar um direito de intervenção estatal, afirmando-se que aos adolescentes infratores não se aplicam penas determinadas, mas sim medidas que visam sua recuperação ou socialização, graças ao discurso fundado na proteção integral.

A súmula é, portanto, bem-vinda, lúcida e apropriada. Mas apenas um pequeno passo da longa estrada a ser percorrida para a afirmação da identidade do menor enquanto sujeito. O que não se pode negar é que este passo dado é um passo adiante!

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALBERGARIA, Jason. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. Rio de Janeiro: Aide Editor, 1991.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Sistema Penal Máximo x Cidadania Mínima: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. "Análise histórica acerca das finalidades das medias sócio-educativas", *in Boletim do IBCCrim, ano 15, nº 185, abril de 2008.* São Paulo: IBCCrim, 2008.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal.* 3ª ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Editora Revan, ICC, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral, vol. I.* 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BUSATO, Paulo César e MONTES HUAPAYA, Sandro. *Introdução ao Direito penal.* Fundamentos para um sistema penal democrático. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CABRERA, Carlos Cabral; JÚNIOR, Luiz Guilherme da Costa Wagner; JÚNIOR, Roberto Mendes de Freitas. *Direitos da Criança, do Adolescente e do Idoso: doutrina e legislação*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

D'AGOSTINI, Sandra Mári Córdova. *Adolescentes em Conflito com a Lei ... e a Realidade*. 4ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FALCÓN Y TELLA, María José e FALCÓN Y TELLA, Fernando. Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar? Madrid/Barcelona: Marcial Pons, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. Prescrição da ação penal. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCÍA MENDEZ, Emílio. Liberdade, Respeito, Dignidade: notas sobre a condição sócio-jurídica da infância-adolescência na América Latina. CBIA: Brasília, 1991.

HASSEMER, Winfried e MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la Criminologia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2001.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *O Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*. Rio de Janeiro: Marques Saraiva, 1991

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal. Parte General.* 5ª ed., Barcelona: Reppertor, 1998.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado. São Paulo: Saraiva, 1991.

ORTS BERENGUER, Enrique e GONZÁLES CUSSAC, Jose Luiz. *Compendio de Derecho Penal.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

PRADE, Péricles. *Direitos e Garantias Individuais da Criança e do Adolescente.* Florianópolis: Obra Jurídica, 1995.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Trad. de Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

ROSA, Alexandre Morais da. *Introdução crítica ao ato infracional: princípios e Garantias Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. 2ª ed., tradução de Francisco Muñoz Conde Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal. Parte Geral.* 2ª ed., Rio de Janeiro/Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.

SPOSATO, Karyna. O Direito penal juvenil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos? Crime e criminosos: entres políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CRÍTICA ÀS DIRETRIZES DE MIGUEL REALE E A NOVA PERSPECTIVA PARA A INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Paulo Cesar Ribeiro Galliez¹

RESUMO

Crítica ao pensamento jurídico de Miguel Reale. Propostas para novos critérios de interpretação das normas jurídicas. Realidade social e justiça.

ABSTRACT

Critical works on Miguel Reale legal thought. Propositions for the new criteria of principles codes interpretation. Social reality and justice.

PALAVRAS CHAVES:

Interpretação. Lei. Ideologia. Conservadorismo. Crítica.

A partir da leitura do livro "Interpretação Constitucional", de autoria do professor Inocêncio Mártires Coelho, nasceu a idéia da crítica ao pensamento do jurista Miguel Reale, pelo fato de, nessa obra, ter sido dado destaque às suas diretrizes para uma interpretação estrutural da experiência jurídica.

O insigne professor Inocêncio transcreve integralmente dez diretrizes do conceituado jurista, destacando-se, para efeito desta análise crítica, as seguintes²:

- 1^a) toda interpretação jurídica dá-se necessariamente num contexto, isto é, em função da estrutura global do ordenamento (natureza integrada do ato interpretativo);
- 2ª) nenhuma interpretação jurídica pode extrapolar da estrutura objetiva resultante da significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos (limites objetivos do processo hermenêutico);
- 3ª) a interpretação jurídica tem como pressuposto a recepção dos modelos jurídicos como entidades lógicas, isto é, válidos segundo exigências racionais, ainda que a sua gênese possa revelar a presença de fatores alógicos (natureza racional do ato interpretativo);
- A*) a interpretação dos modelos jurídicos não pode obedecer a puros critérios de lógica formal, nem se reduzir a uma análise lingüística, devendo desenvolver-se segundo exigências da razão histórica entendida como razão problemática (problematicismo e razoabilidade do processo hermenêutico); 5*) compreensão da interpretação como elemento constitutivo da visão global do mundo e da vida, em cujas coordenadas se situa o quadro

normativo objeto da exegese (globalidade de sentido do processo

hermenêutico).

¹Defensor Público de Classe Especial, autor de "A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania"; e "Princípios Institucionais da Defensoria Pública", todos editados pela Lúmen Júris Editora

² Editora Saraiva,2007

³ A ordem das reflexões escolhidas não segue o original

Segundo o professor Reale, o contexto que limita a interpretação jurídica está relacionado com a estrutura global do ordenamento (primeira reflexão), isto é, não é possível interpretarse determinada norma jurídica fora do ordenamento, cerceando assim o intérprete de fundamentar seu raciocínio por método mais amplo decorrente de matérias interdisciplinares.

O ordenamento jurídico não representa a totalidade do pensamento, sobretudo quando se busca a aplicabilidade da lei em razão de determinado aspecto social, em que o positivismo se revela ineficiente.

Essa crítica tem por fundamento a afirmação de que a "a estrutura global do ordenamento" significa a "natureza integrada do ato interpretativo". De fato, embora admita a globalidade da interpretação, o professor Reale impõe restrição ao ato interpretativo, o qual não poderá ultrapassar os limites do direito positivo.

Na quinta reflexão, o professor Reale refere-se à "visão global do mundo e da vida" como pressuposto para a compreensão da interpretação. Mas, aqui, há contradição entre a primeira e a última reflexão, posto que se a globalidade tem seus parâmetros delineados pelo ordenamento jurídico, não há como falar em interpretação do mundo e da vida, pois a universalidade do pensamento implicaria o uso de métodos e deduções estranhos ao conservadorismo.

Na segunda reflexão, é dada maior ênfase à limitação do método em foco quando é afirmado que **nenhuma** interpretação jurídica pode extrapolar a estrutura objetiva que resulte de significação unitária e congruente dos modelos jurídicos positivos. Ou seja, fora do direito positivo não há interpretação da lei, como se o direito positivo fosse a universalidade do pensamento.

A principal fonte da interpretação jurídica é a Constituição, ápice da pirâmide do ordenamento jurídico e, nesse particular o professor Konrad Hesse, da Universidade de Freiburg i., Alemanha, em seu trabalho sobre a força normativa da Constituição, ao criticar a complementação superficial do pensamento jurídico rigoroso, rebate que "na Constituição deve haver a íntima conexão entre a normatividade e a vinculação do direito com a realidade". Acrescenta o insigne professor que "o direito constitucional depende das ciências da realidade mais próximas, como a História, a Sociologia e a Economia."

Logo, limitar a interpretação aos modelos jurídicos positivos significa elitizar aos profissionais do direito, afastando-os da participação crítica de outros segmentos da sociedade, não comprometidos com a ciência do direito.

Assim, a possibilidade de interpretação da Constituição e das leis em geral cabe a qualquer cidadão, tenha ou não formação jurídica, pouco importa. Essa é a linha de pensamento do professor Peter Häberle, da Universidade da Augsburg, Alemanha:

"Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este conceito é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição." 5

O professor Plauto Faraco de Azevedo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em sua "Crítica à Dogmática e Hermenêutica Jurídica", denuncia a neutralidade ideológica de juristas em face do positivismo, como se lhes fosse possível abstraí-lo da sociedade.

⁴ Idem, obr. cit.

⁶ Sergio Antonio Fabris Editor, 1989

³ A Força Normativa da Constituição – ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1991

⁵ Hermenêutica Constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição – Sergio Antonio Fabris Editor, 1997

Esse afastamento do mundo, na concepção do professor Plauto, "é só aparente", visto que tais juristas "orientam-se por uma ideologia que outra coisa não pretende senão a manutenção do statu quo, seja ele qual for." ⁷

O jurista Miguel Reale, ao propor que a interpretação dos modelos jurídicos, segundo exigências racionais, *possa revelar a presença de fatores alógicos*, retoma, ou mantém sua ideologia de origem fascista, à época em que participou ativamente da Ação Integralista Brasileira, na década de 30 do século passado, onde foi membro do Conselho Supremo.

Nessa época, segundo o professor brasileiro Hélgio Trindade, em sua tese de doutoramento, apresentada em 1971 à *Université de Paris* sob o título de "L'Action Intégraliste Brésiliene: un mouvement de type fasciste des annés 30 (Integralismo – O Fascismo brasileiro na década de 30)" ⁸, constata que

"Reale, diante do dilema do após-guerra, opta pelo Estado fascista. O bolchevismo, para ele, é a conseqüência final e indireta do liberalismo. O fascismo, no entanto, substitui a concepção do Estado jurídico e do cidadão pela concepção do Estado econômico e do produtor".

Em complementação, Trindade ressalta que,

Reale define o tipo de 'democracia' que o integralismo pretende realizar. Seria uma 'democracia' elitista e orgânica, sem partidos políticos e nem sufrágio universal. (...) A 'democracia' integralista, porém, seria frustrada pela separação institucional entre elite e massa, uma vez que o 'critério numérico deve ir cedendo lugar ao critério da competência.

A separação institucional preconizada pelo professor Reale, eliminando qualquer possibilidade de aproximação entre elite e massa, justifica a apologia da *alogicidade*, pois

3

⁷ Obr. cit.

⁸ Traduzido no Brasil pela editora DIFEL, abril de 1974

nesse campo de ação se permite a manipulação da realidade. Criam-se fatores incongruentes uma vez que a congruência não interessa às elites.

Nessa linha de reflexão, o filósofo Leandro Konder, ao procurar identificar a conceituação do fascismo, conclui que

É um movimento político de conteúdo social conservador, que se disfarça sob uma máscara 'modernizadora', guiado pela ideologia de um pragmatismo radical, servindo-se de mitos irracionais e conciliando-se com procedimentos racionalistas-formais do tipo manipulatório.

Portanto, a terceira reflexão de Reale é a que contem maior proximidade com os resquícios da ideologia do fascismo. Ali a racionalidade e admissão do uso de fatores alógicos abrem espaço para a manipulação de um pragmatismo radical, com a presença inclusive de mitos irracionais.

Como basear a interpretação com referência a fatores alógicos? Que fatores seriam esses? Alógico, que não possui lógica e coerência interna é sinônimo de ilógico tendo este último vocábulo o significado de "antilógico, contraditório, desarrazoado, disparatado, incoerente, irracional."

Assim, partindo-se desse critério, é válida a interpretação irracional, desprovida de coerência e razoabilidade. O método interpretativo do conservadorismo se recusa admitir a controvérsia por parte daqueles que são por si considerados incompetentes e fora dos padrões impostos pelo elitismo.

9 Introdução ao Fascismo, editora Graal, 1977

¹⁰ Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa, Editora Objetiva, 2001

É o distanciamento da cátedra, método autoritário de ensino, que impõe e controla a formação de novos arautos dessa ideologia. A alogicidade, ao estabelecer mitos irracionais, exclui o debate, ou, manipula conclusões supostamente renovadoras, de modo a dar continuísmo à doutrina prevalente e a sua permanência no status quo.

Essa assertiva tem sentido, considerando que o professor Reale, colaborou e participou ativamente na preparação e articulação do Golpe Militar-Empresarial de 1964, que veio impor método ideológico que perdurou por mais de vinte anos.

De fato, em 29 de novembro de 1961, com a finalidade de participar ativamente da política, empresários, intelectuais e técnicos criaram, à época, o Instituto de Pesquisas e Estudos Sociais – IPES, sendo que seu objetivo ostensivo, no comentário de René Armand Dreifuss¹¹, "era estudar as reformas básicas propostas por João Goulart (1961/1964) e a esquerda, sob o ponto de vista de um tecno-empresário liberal."

Nessa ocasião, no IPES de São Paulo, foi implantado o Grupo de Doutrina e Estudos – GED, do qual integrava o Professor Miguel Reale, então integrante da Federação de Comércio do Estado de São Paulo, cuja finalidade era "estabelecer um consenso empresarial sobre os mais variados problemas e suas soluções". ¹²

O desfecho do golpe militar-empresarial e a sua permanência no cenário nacional até 1984 é objeto de inúmeras obras, artigos e ensaios, mas, o que importa nesse estudo é consignar a postura ideológica do professor Miguel Reale cujos ensinamentos jurídicos vêm sendo propagados no meio acadêmico até o presente, culminando com o projeto de lei do Novo Código Civil Brasileiro.

12 Idem, obr. cit.

3

¹¹ 1964 – A Cor quista do Estado – Ação Política, Poder e Golpe de Classe, ed. Vozes, 1981

Sua extensa obra impressiona e, aparentemente, inibe o espírito crítico, dado o distanciamento ex cathedra do seu ideário. Mas o questionamento maniqueísta entre as forças da produção do capital e o ideário socialista cedeu lugar à globalização, cujos contornos são identificados pela presença marcante e avassaladora da economia de mercado.

A economia de mercado exige, por sua vez, novas regras jurídicas para proteger seus interesses, fazendo com que a interpretação das normas constitucionais e da legislação ordinária venha ter novos parâmetros.

O desenvolvimento e a prática da transformação social são inesgotáveis e, em sendo assim é possível ao intérprete neutralizar a força dominadora do direito positivo, tendo como instrumento para essa finalidade a sua desconstrução. 13

Desconstrução, no pensamento do filósofo Jacques Derrida, não significa destruição, mas sim desconfiar do sistema, esvaziar seus conceitos e inverter a lógica do pensamento tradicional.

O direito, na concepção de Derrida,

"É essencialmente desconstrutível, ou porque ele é fundado, isto é, construído sobre camadas textuais interpretáveis e transformáveis (e esta é a história do direito, a possível e necessária transformação, por vezes a melhora do direito), ou porque seu fundamento último, por definição, não é fundado. Que o direito seja desconstrutível, não é uma infelicidade. Pode-se mesmo encontrar nisso a chance política de todo progresso histórico." 14

Na observação de Rachel Nigro, analisando a obra em destaque,

 ¹³ Apud Paulo Galliez, "A Defensoria Pública, o Estado e a Cidadania", ed. Lumen Juris
 ¹⁴ Força de Lei, editora Martins Fontes, Coleção Tópicos, 2007 – grifo do autor

A atitude desconstrucionista busca uma desmontagem das hierarquias presentes em todos os textos, podendo atuar no sentido de revelar os elementos silenciosos do texto, aquilo que ficou subentendido, mas estava lá.¹⁵

Importante função da desconstrução é a desmontagem daquilo que aparentemente é imutável. A norma jurídica tradicionalmente declarada pela justiça nem sempre é justa e em várias

hipóteses afasta-se completamente da sua finalidade social.

Nesse sentido, a interpretação hermenêutica deve ser desprezada, pois, no sentir de Rachel Nigro "esse espaço interpretativo que se abre com a desconstrução jurídica, deixando aberta a possibilidade do surgimento de uma outra interpretação, de um novo sentido para o texto." ¹⁶

Por outro lado, note-se que Derrida afirma que o direito não é a justiça e há momentos em que apesar de o direito ser respeitado não podemos ter certeza de que a justiça o foi.¹⁷

Assim, a desconstrução do direito é relevante na medida em que abre espaço para a prática da justiça, não a justiça ideológica do aparelho estatal, mas a justiça social que venha atender aos interesses dos excluídos.

Como consequência, Derrida ressalta que "a maior garantia da liberdade que o direito positivo pode proporcionar é que exista sempre a possibilidade de contestação – de modelos institucionais que fomentem o debate eficaz -, e não necessariamente o consenso." ¹⁸

¹⁵ O Direito da Desconstrução, contido na obra "Desconstrução e Ética — Ecos de Jacques Derrida, organizado por Paulo Cesar Duque Estrada, editora PUC-Rio – Loyola, 2004
¹⁶ Idem obr. cit.

¹⁷ Obr. cit.

¹⁸ Obr. cit.

Ao analisar o constitucionalismo, o filósofo italiano Antonio Negri alerta que "existe uma grande tradição do poder capitalista que garante eficácia na recuperação e na neutralização do antipoder: é a tradição do constitucionalismo." ¹⁹ (grifo do autor)

Prosseguindo, Negri complementa:

A recuperação do antipoder, de fato, torna-se possível no constitucionalismo, porque resistência, insurreição e poder constituinte são aqui reduzidos a simples pretensão jurídica, e assim configurados como elementos dialéticos, partícipes da síntese... democrática do sistema. No constitucionalismo, o antipoder é reterritorializado, fechado em um espaço já organizado por um princípio único de comando, ou seja, de exploração e hierarquia. ²⁰ (grifo original)

Assim, como a tradição do constitucionalismo visa à neutralização do antipoder, a concepção de Derrida vai ao encontro da crítica de Negri, ou seja, já que o método democrático do sistema se esgota na formulação dialética, é preciso *desconstruir* o direito positivo para adequá-lo à realização da justiça social.

Justiça social não significa aquela justiça praticada pelo poder jurisdicional, posto que os juízes, seguindo a linha de pensamento de Negri, acham-se fechados em um espaço organizado previamente por um princípio único de comando.

A prova desse comando está na criação recente da súmula vinculante, que isola de qualquer possibilidade de discussão novos questionamentos críticos dos conflitos. A hierarquia imposta pela súmula vinculante permite que a exploração das normas jurídicas existentes mantenha sua atualidade e permanência dentro do sistema.

²⁰ Idem, obr. cit.

¹⁹ Cinco lições sobre Império – DP&A Editora, 2003

Desse modo, a estratégia da desconstrução das decisões deve visar o esvaziamento do positivismo do próprio ordenamento, minimizando sua hierarquia e exploração.

Expressões transcendentais como "estrutura global do ordenamento, significação unitária e

congruente dos modelos jurídicos positivos, fatores alógicos, razão problemática,

problematicismo, globalidade de sentido do processo hermenêutico", são a síntese do

princípio único de comando, de exploração e hierarquia, servindo tão somente ao

constitucionalismo tradicional.

Tendo sido o professor Miguel Reale considerado o "pai do Código Civil de 2002", não é de

se impressionar que os Livros I e II da nova codificação, que tratam, respectivamente "Do

Direito das Obrigações" e "Do Direito da Empresa" contenham juntos, novecentos e sessenta

e um (961) artigos, enquanto que o Livro de Família, de nº. IV, tenha apenas duzentos e

setenta e dois (272) artigos.

Ademais, a escolha da ordem preferencial dos referidos livros deixa evidente a preocupação

com a ordem econômica, em detrimento ao direito de família, o que não é gratuito, pois, na

impecável crítica de Karl Marx, "o dinheiro, já que possui a propriedade de comprar tudo,

de apropriar objetos para si mesmo é, por conseguinte, o objet par excellence. O caráter

universal desta propriedade corresponde à onipotência do dinheiro, que é encarado como um

ser onipotente (...)."21

A leitura crítica, a reflexão e a disposição para mudar cabem a cada um realizar por meio de

sua singularidade, pois "consenso é adesão e alienação, identificação com o representante"²².

RJ, 29 de setembro de 2008

²¹ Os Manuscritos Econômico-filosóficos, Brasília Editora Porto, 1971, grifos do autor

²² Antonio Negr., "Cinco Lições sobre Império", DP&A, 2003

287

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA: CONSIDERAÇÕES SOB A ÓTICA DEFENSIVA

Raphael Berba1

Trata o presente trabalho de interceptações telefônicas no processo penal, com especial enfoque sob a ótica defensiva. A finalidade é contribuir para o debate acerca do tema proposto e contribuir para o exercício processual do direito de defesa.

This present work talk about telephone's intercepts in criminal proceedings with particular focus on the defensive perspective. The purpose is to contribute to the discussion about the theme and increase elements to the assignment of procedural rights to the defense.

Palavras-chave: INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA; PROCESSO PENAL; DIREITO DE DEFESA.

SUMÁRIO: I- Introdução; II- A interceptação telefônica como prova; IV- Abordagem defensiva; V- Sugestões referentes à Defensoria Pública; VI- Conclusão; VII- Referências Bibliográficas.

I- INTRODUÇÃO

Noite de agosto de 2008. O jornal televisivo de maior audiência da televisão aberta mostra o depoimento de um Delegado de Polícia Federal a uma Comissão Parlamentar de Inquérito.

Antes mesmo do início do depoimento propriamente dito, a referida autoridade ressalta a importância da realização de interceptações telefônicas como algo imprescindível para a atividade investigatória.

Passados aproximadamente quinze dias, o mesmo telejornal destaca o fato que ocupa neste momento, a quase totalidade da mídia brasileira: A notícia sobre a possibilidade de Ministros da mais alta Corte de Justiça do país terem sido alvo de interceptações telefônicas clandestinas supostamente realizadas por membros da Agência Brasileira de Inteligência.

É notório o quanto as interceptações telefônicas vêm ocupando atualmente grande espaço no cotidiano do país, tanto no cenário social e político, quanto em relação ao meio jurídico-científico, com a publicação de inúmeras obras doutrinárias.

¹ Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro; Mestre em Direito pela UNESA.

O referido meio de investigação ou produção de provas se encontra no centro das atenções, sobretudo da mídia nacional, em especial neste segundo semestre de 2008, podendo-se afirmar que à esta altura, fatos novos surgem diariamente, seja em termos de debates acerca de sua licitude e conformidade com direitos fundamentais, ou mesmo produção legislativa com a finalidade de conferir novos contornos aos instrumentos jurídicos vigentes.

Este quadro revela a necessidade de debate jurídico acerca das interceptações telefônicas sob os mais diferentes pontos de vista, sendo certo que o presente momento social demonstra de um lado verdadeira crise na segurança pública, e de outro, a indiscutível e sempre presente necessidade de garantia dos direitos fundamentais, uma vez que é falsa a impressão de que a violação aos referidos direitos acrescenta algo de positivo para a paz social.

Importa destacar ainda o crescimento da evolução tecnológica em relação às interceptações telefônicas, e seus reflexos na produção probatória, bem como para o processo penal.

O presente trabalho tem por finalidade expor uma breve análise crítica pontual em relação ao tema proposto, com vistas a suscitar o debate acerca das interceptações telefônicas, destacando, neste ponto, a ótica defensiva, partindo da premissa de que o processo penal deve guardar conformidade com os preceitos e regras constitucionais².

Isso porque, na realidade a Constituição da República representa o pilar fundamental do processo,³ tendo-se em conta que nela se encontram os princípios norteadores da atividade processual.

Sendo assim, o que se pretende neste momento com o presente estudo é a realização de uma abordagem específica dentro do tema relativo à interceptação telefônica, com ênfase no ponto de vista defensivo, procurando trazer contribuição para fomento do debate estabelecido no meio jurídico, em especial quanto ao funcionamento da Defensoria Pública.

II- A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA

As interceptações telefônicas possuem, de acordo com a Doutrina, a natureza de procedimento cautelar, tendo como finalidade a produção de prova no processo penal, *inaudita*

3 Idem.

² Prado, Geraldo. Sistema Acusatório, a Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

et altera pars, sendo que seus pressupostos e requisitos se referem ao <u>periculum in mora</u>, e ao <u>fumus boni iuris</u>. ⁴ e na qual o contraditório se materializa de forma diferida, isto é, a <u>posteriori.</u>

Quando produzida no curso do processo, logicamente assume natureza de meio de prova, sendo, pois, o contraditório neste caso, imediato, com a ciência da defesa e, por conseguinte, oportunidade de manifestação.

De outro turno, parece possuir a natureza jurídica de prova documental e não pericial⁵, em razão da desnecessidade de realização por *expert*, e atualmente, poder ser realizada de forma ampla, a princípio por qualquer pessoa, através do manejo da devida instalação tecnológica.

Indiscutível o fato de que atualmente a interceptação telefônica experimentou crescimento assustador, passando mesmo a alcançar o *status* de rainha das provas, ao menos para a mídia, e alicerçando senão as mais complexas, ao menos as mais divulgadas operações de investigação policial.

Entre os motivos que ensejaram o crescimento em escala vertiginosa da interceptação telefônica no Brasil, sobretudo nos últimos três anos, pode ser verificado, além do crescimento normal conduzido pelo avanço legislativo disciplinador desta atividade, a evolução tecnológica crescente e incessante, a um custo cada vez mais acessível.

Chegamos ao ponto de o Ministro Tarso Genro afirmar que as pessoas devem se acostumar a falar ao telefone como se estivessem sendo ouvidas por terceiros.

As estatísticas informam números elevadíssimos de interceptações telefônicas. No ano de 2007 foram realizadas nada menos que cerca de quatrocentas e nove mil diligências desta espécie no Brasil. Este número sem dúvida impressiona, sobretudo se confrontado com o número de interceptações telefônicas realizadas em países mais avançados em termos tecnológicos, como os Estados Unidos, por exemplo, e considerarmos o número de pessoas atingidas por cada interceptação.

No mencionado país da América do Norte foram efetivadas 2.208 interceptações telefônicas, excluindo-se as extensões de prazo, que somaram 1.701.

Desta forma, verifica-se que no Brasil, o número de interceptações telefônicas por pessoa, é proporcionalmente muito maior do que nos Estados Unidos, mesmo levando-se em

⁴ GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica; considerações sobre a lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

⁵ CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Transcrição de gravações. Modalidade de perícia ou documento?* Jus Navigandi, Teresina, ano 12 n. 1777, 13 maio 2008. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11255. Acesso em 29/09/2008.

conta que no controle estatístico por aqui realizado, não é feita a distinção entre diligências iniciais, e prorrogadas⁶.

Na França, por sua vez, houve recente implantação de projeto de combate a crimes e terrorismo que prevê a realização de cerca de 20 mil interceptações telefônicas por ano, o que gerou inúmeros debates e questionamentos por grupos defensores do direito à privacidade. Isso para não falar na situação social e política de combate ao terrorismo, que aquele país experimenta, e no custo que a realização de interceptações representa aos cofres públicos.

Fato é que o aumento descomunal na realização de interceptações telefônicas induziu a necessidade de aumento no controle destas diligências, por parte das instituições nacionais.

Sendo assim, o Conselho Nacional de Justiça editou, neste sentido a resolução de n.o 59, de 09 de agosto de 2008, com a finalidade de reunir em banco de dados, o número de diligências deferidas pelos Juízes de primeiro grau em todo o país⁷.

Nessa trilha, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, em iniciativa pioneira através de sua Corregedoria Geral, publicou o provimento CGJ n.o 06, de 09 de maio de 2008⁸, determinando a informação pelos Magistrados Fluminenses, de todas as interceptações telefônicas determinadas⁹.

O Poder Executivo brasileiro, por sua vez, enviou ao Poder Legislativo o Projeto de Lei de número 3272/2008, que torna típicas condutas relacionadas à divulgação não autorizada de informações obtidas através de interceptações telefônicas¹⁰.

O que se nota é que o Estado vem tentando tomar, ou melhor, retomar o controle das interceptações telefônicas realizadas, admitindo de forma clara que a realização de diligências desta natureza fugiu ao controle necessário para garantia dos direitos fundamentais.

Se por um lado, a evolução tecnológica serve ao Estado para que este exerça de forma mais completa e eficaz a atividade investigatória, por outro a tecnologia deve ser deve ser posta a serviço do da efetividade da prestação jurisdicional, e esta só é obtida através do cumprimento de Princípios Processuais Constitucionais como contraditório e ampla defesa, e

⁶ PEÑA, Fernando Tibúrcio. Escutas Telefônicas: o exemplo brasileiro e o americano. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1860, 04 ago. 2008. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11566. Acesso em: 25 set 2008

⁷ Vide: ADIN 4145, cujo objeto é a resolução de n.o 59, do CNJ.

⁸ Vide: ADIN 4135, cujo objeto é o questionamento do Provimento 06/2008 da CGJ do TJ-RJ.

⁹ Vide: Aviso n.o 779, de 11/12/2008, CGJ, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

¹⁰ Vide: Projeto de Lei 525/2007- Senado Federal, com a finalidade de alterar a Lei de Interceptações Telefônicas.

ainda, balizada pelo respeito aos direitos fundamentais como a privacidade, além da proteção ao próprio sigilo das correspondências¹¹.

O surgimento de novas tecnologias e sua utilização pelo Estado como forma de efetivação de sua atividade coercitiva, não pode conduzir a desequilíbrio da relação processual. Referimo-nos aqui a processo e relação processual, inseridos em um sistema acusatório, que possui como premissa a existência de partes em equilíbrio 12.

Cabe neste ponto destacar como algumas questões referentes à interceptação telefônica como prova têm repercutido junto aos Tribunais Superiores.

As mais altas Cortes nacionais têm se manifestado no sentido de procurar validar as provas dessa natureza, sendo raras as decisões em sentido contrário, que apenas ocorrem em caso de manifesta ilegalidade em relação à lei que regula a matéria.

Por outro lado tem predominado na jurisprudência de nossos Tribunais Superiores Brasileiros o entendimento de que o acesso às informações obtidas através de interceptações telefônicas reunidas em inquérito policial é limitado, em razão do caráter sigiloso-administrativo deste conjunto de atos.

Ocorre que a opção por este caminho se afigura no mínimo perigosa para a preservação dos direitos fundamentais do acusado que, via de regra, é convocado por Autoridade Policial para prestar esclarecimentos acerca de fatos dos quais não possui prévio conhecimento.

Junto ao Superior Tribunal de Justiça tem prevalecido a inteligência de que a defesa deve questionar a autenticidade da voz do acusado no momento oportuno, ou seja, logo após o primeiro contato com a referida prova, sob pena de preclusão da alegação de nulidade¹³.

Isto se justifica pelo fato de que normalmente, haverá a negativa do acusado em reconhecer como sua a voz contida na interceptação telefônica, ou, ainda que permaneça em silêncio, tal fato arguido pela defesa, inevitavelmente será gerador de dilação probatória, como incidente de falsidade documental, por exemplo.

Também no Superior Tribunal de Justiça, existe entendimento de que não existe a necessidade de redução a termo de todo o conteúdo da interceptação telefônica, se as partes obtiveram acesso a todo o seu conteúdo¹⁴.

¹¹ PRADO, Geraldo, Limite às interceptações telefônicas e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 48.

12 PRADO Geraldo, Sistema Acusatório - A Conformidade Constitucional des Leia Processusia Paraia Bio de Processusia Bio de Processus Bio de Processu

PRADO, Geraldo, Sistema Acusatório - A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.
 HC 66967/SC, Relatora Min. Laurita Vaz, 5ª Turma-STJ

¹⁴ HC 37:227/SP, Relatora Min. Laurita Vaz, 5" Turma-STJ.

¹⁴ HC 37:227/SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, 5" Turma-STJ.

Neste ponto, observa a mencionada Corte de Justiça, que o imprescindível é que a defesa possa ter acesso a todo o conteúdo da gravação realizada, para que, deste modo, seja concretizada a ampla defesa.

Importa destacar, por outro ângulo, que o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, que traz em seu bojo questão referente a interceptações telefônicas, estabeleceu que o acesso da defesa aos autos de inquérito policial deve ser permitido pela respectiva autoridade presidente, sobretudo a partir do momento em que o acusado se faz ciente de que é alvo de investigação policial, sob pena de violação ao princípio da ampla defesa.

Este importante posicionamento será comentado adiante no presente trabalho, uma vez que pertinente à abordagem defensiva em relação aos procedimentos que envolvem interceptações telefônicas.

IV-ABORDAGEM DEFENSIVA

No ano de 2008, em uma das Comarcas do interior do Estado do Rio de Janeiro, um jovem de 23 anos, vendedor de loja do ramo de roupas esportivas situada em um dos maiores shopping centers da capital do Estado, passou a responder preso processo penal o qual é acusado de formação de quadrilha com a finalidade de tráfico de entorpecentes.

Intimado a comparecer à Delegacia de Polícia, foi informado de que teve suas conversas telefônicas interceptadas e que supostamente estaria envolvido em crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Tudo isto sem ter acesso ao conteúdo das então referidas gravações.

A totalidade das provas produzidas consistia em escutas telefônicas de conversas entre o acusado e a esposa de um dos mais famosos traficantes de drogas da história nacional, conversas estas admitidas e esclarecidas, uma vez que se tratava do comércio de roupas entre os personagens citados.

Vale destacar que as infindáveis horas de conversas telefônicas foram objeto de degravação, realizada pelo Instituto de Criminalística, ou seja, foram devidamente reduzidas a termo, revelando em vários momentos, conversas entre as pessoas que seriam o alvo da investigação, e terceiros não identificados.

A hipótese mencionada, a nosso sentir, traz à lume pontos importantes a serem debatidos sob a ótica defensiva.

3

Inicialmente, observa-se a necessidade de acesso ao material que constitui objeto da interceptação telefônica. Certo é que o Supremo Tribunal Federal, em julgado recente, garantiu o acesso à defesa, do conteúdo das referidas diligências, mesmo em Inquérito Policial não findo, em consagração ao princípio da ampla defesa. ¹⁵

Vale destacar parte do voto do Ministro Marco Aurélio, ainda que em caráter liminar:

" A situação desta processo é emblemática no que a defesa dos pacientes, acusados em certo inquérito, não teve acesso a autos apartados que conteriam a degravação do que levantado em interceptação telefônica.

Prevalece a visão linear- e, diria mesmo, extremada- de que o sigilo das diligências se mostra a tônica das investigações policiais, mas assim o é até que se chegue a estágio em que, já apurados os fatos, até o momento em que os dados colacionados viabilizem o interrogatório dos envolvidos. A partir daí, descabe, seja qual for o móvel, cogitar de verdadeiro processo Kafkaniano. Alguém é instado a comparecer perante a autoridade policial e não tem acesso- quer direto, quer mediante a representação profissional-à defesa, aos elementos que estariam a ditar tal ato, que, em si, não deixa de ser constrição.

Não há campo para interpretar o arcabouço normativo sem ter-se presente o devido processo legal. Este passa a inexistir no que se implementa o sigilo a afastar, até mesmo, o conhecimento de dados pela própria defesa. Em síntese, a busca de parâmetros não pode conduzir a manter-se, quando já compelido o cidadão a comparecer para ser interrogado ou para prestar esclarecimentos, o óbice ao acesso aos fatos que estariam a impeli-lo a tanto.

Sob o ângulo da atuação profissional da advocacia, que exerce encargo público, mostrando-se indispensável à administração da justiça-artigo 133 da Cosntituição Federal- tem-seo inciso XIV do artigo 7° da Lei n.o 8.906/94- Estatuto da Advocacia- a estabelecer como direito do advogado, entre outros, "examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos".

¹⁵ HC 92.331-3-Paraíba, 1ª Turma, Supremo Tribunal Federal.

Impedir o acesso pretendido contrasta com o direito à assistência técnica assegurado ao acusado. (...)

Em outras palavras, o sigilo próprio aos dados da interceptação de comunicação telefônica está direcionado a proteger e não a gerar um quadro em que alguém se vê envolvido, devendo comparecer a delegacia policial sem que se lhe possibilite, e ao advogado, conhecer as razões respectivas. Fora disso é inaugurar-se época não só de suspeita generalizada, a alcançar o profissional de advocacia, como também verdadeiro terror, partindo-se para estratégia inconcebível, no que assentada na surpresa.

Impõe-se a concessão de medida acauteladora, que o faço presentes as balizas da atuação individual." (...)

De outro giro, é imprescindível que a defesa tenha acesso à elaboração de perícia técnica que possa realizar a comparação do padrão de voz do acusado com aquele contido nas gravações.

Além disso, importa a realização do trabalho de *expertii* capazes de verificar a ocorrência de edição de trechos.

Somado a isto, deve-se insistir ainda na possibilidade e efetiva realização, de identificação de todos os interlocutores que se comunicaram, e não apenas de parte destes, evitando-se com isto, a aposição de "pessoa não identificada", o que confere margem a desvios de diversa natureza na investigação e, por conseguinte, no conteúdo da prova auferida.

Feitas estas considerações, cumpre avançar na tentativa de realizar uma abordagem que contenha alguns pontos importantes sob o ponto de vista da defesa.

Ocorre que atualmente, de forma inegável, vive-se uma grave crise na segurança pública nacional. Este fato tem por consequência um enorme anseio social por mudança e apresentação de resultados, que tem implicado na ampliação da função policial, que tem sido exercida no âmbito de outras instituições.

Em razão disso, muitos doutrinadores têm feito referência a um Estado Policial¹⁶, em ameaça ao estado de Direito que representa a nossa opção constitucional, mas que,

^{16 &}quot;Talvez porque os magistrados de hoje, preocupados com o tema da segurança pública diante do quadro de violência que assola principalmente (mas não exclusivamente) os grandes centros urbanos, acabam por se arvorar na qualidade de heróis da caneta com poderes quase divinos para acabar com uma onda que não guarda

logicamente, tem por consequência a submissão ao império da Lei, e o conhecimento anterior das "regras do jogo" em relação ao processual penal.

É sabido que o Estado de Direito se fundamenta em princípios definidos anteriormente aos fatos, ou seja, em regramentos que possam permitir ao indivíduo a previsão da atuação estatal, seja investigativa ou jurisdicional.

Nessa trilha, importa ressaltar que o Estado não deve se atuar de modo a romper o equilíbrio entre as partes no processo, ingressando na relação jurídica em posição de vantagem.

A prestação jurisdicional deve ser realizada de forma imparcial, distante portanto, de influências sociais e políticas, representando, de outro turno, o caminho para restauração do equilíbrio estampado nos princípios contidos na Lei Maior.

Pertinente destacar neste ponto pela clareza e elevado senso jurídico, o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, em julgamento de Recurso Especial¹⁷:

"O juiz, no plano de nossa organização institucional, representa o órgão estatal incumbido de concretizar as liberdades públicas proclamadas pela declaração constitucional de direitos e reconhecidas pelos atos e convenções internacionais fundados no direito das gentes. Assiste, desse modo, ao Magistrado, o dever de atuar como instrumento da Constituição-e garante sua supremacia- na defesa incondicional e na garantia real das liberdades fundamentais da pessoa humana, conferindo, ainda, efetividade aos direitos fundados em tratados internacionais de que o Brasil seja parte.

Essa é a missão socialmente mais importante e politicamente mais sensível que se impõe aos magistrados, em geral, e a esta suprema corte, em particular."

A lição contida no julgado acima descortina o caminho necessário a ser trilhado para a prestação jurisdicional harmonizada com os preceitos constitucionais e, portanto, efetiva. E mais, sinaliza com a esperança sempre presente, de um processo penal de partes em equilíbrio, descontaminado da função reparadora de falhas do sistema penal ou de políticas de segurança pública.

qualquer relação com sua função, em verdadeira contemplação e aplauso ao Estado Policial" FONSECA, Tiago Abud da. Interceptação Telefônica- A devassa em nome da lei. Rio de Janeiro, RJ: Espaço Jurídico, 2008.

17 RE n.o 466.343-SP.

V-SUGESTÕES EM RELAÇÃO À DEFENSORIA PÚBLICA

Conforme já aventado por diversos juristas em várias ocasiões no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, entremostra-se necessário o funcionamento dos respectivos órgãos na fase pré-processual penal, incluindo-se, neste passo, a devida visibilidade dirigida aos assistidos em processos penais, fulminando a impressão de que a Defensoria Pública representa a última porta, destinada apenas àqueles que não têm possibilidade de se defender.

Aqui não se pretende o distanciamento da realidade institucional atual, pelo contrário, nos arriscamos a repetir esta opinião considerando o enorme avanço estrutural verificado pela Defensoria deste Estado nos últimos anos, para acreditar na viabilidade futura desta possibilidade.

Nessa mesma trilha, destaca-se a necessidade de implantação de órgão institucional próprio para realização de perícias nos materiais decorrentes de interceptações telefônicas. Isso decorre da necessidade de verificação, pela defesa, da autenticidade, do padrão de voz, ocorrência de edições no material, e tudo mais que se revele relevante para que a defesa dos acusados se encontre em posição de igualdade com as demais instituições, levando-se em linha de conta a repercussão processual das provas produzidas através da citada modalidade.

Mais especificamente em relação aos processos penais deflagrados a partir de, ou que contenham interceptações telefônicas, observa-se necessário atentar para o momento de requerimento de realização de perícias, ou mesmo argüição de falsidade documental, em harmonia com o entendimento manifestado pelos Tribunais Superiores.

Nesse passo, importa mencionar a utilização do poder de requisição, em conformidade com a Lei Complementar n.o 80/94¹⁸, para que o órgão da Defensoria Pública requisite aos Institutos de Criminalística perícias como confrontação do padrão de voz, verificação de edição no material etc.

Por outro lado, importa destacar a necessidade de ser requisitada a identificação de todos os interlocutores cujas conversações constem no material obtido, evitando-se com isto, a identificação de apenas algumas pessoas, sendo certo que é comum atualmente nas

3

¹⁸ Lei Complementar n.o 80, de 13/10/94: Artigo 129: São prerrogativas dos membros da Defesoria Pública do Estado, dentre outras que a lei local estabelecer: inciso X- requisitar de autoridade pública ou de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, impressões, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições.

degravações, conversas entre os acusados e "pessoas não identificadas", rendendo ensejo à exclusão de outros investigados cuja defesa poderia se revelar colidente no processo penal....

O que ocorre normalmente nos feitos referidos é que o material obtido através da interceptação telefônica resta enviado ao respectivo Instituto de Criminalística, que realiza a degravação, ou seja, reduz a termo o seu conteúdo, e atesta que o produto obtido reflete o material inicialmente gravado.

Entretanto, não se verificam pronunciamentos dos órgãos técnicos com relação a eventuais edições, ou comparação entre padrões de voz, ou mesmo identificação de todos os interlocutores.

Em sendo assim, observa-se a necessidade de uniformizar o posicionamento defensivo sobre as perícias elaboradas com relação a interceptações telefônicas, uma vez que os mesmos recursos postos à disposição da função estatal investigativa, devem ser disponibilizados para exercício do direito de defesa.

VI- CONCLUSÃO

Com relação ao tema inicialmente proposto, descortinou-se terreno fértil para pesquisa o crescimento deste meio de prova e seus reflexos para o processo penal, mais especificamente, para a posição da defesa.

O objetivo proposto foi a realização de uma abordagem pontual e específica referente ao objeto da pesquisa, enfatizando a ótica defensiva e o funcionamento da Defensoria Pública nos respectivos procedimentos.

A interceptação telefônica representa avanço tecnológico inevitável em relação à investigação penal, por sua simplicidade e velocidade na execução.

Esta espécie de diligência experimentou crescimento indescritível desde a edição da legislação respectiva, sobretudo nos últimos cinco anos, assumindo destaque em relação à atividade policial.

Entretanto, certo é que tal recurso não pode fugir ao controle estatal, representando uma porta aberta para a violação de direitos fundamentais individuais.

Não deve, de outro giro, significar, por parte do próprio Estado, fonte de desequilíbrio na relação processual penal, através da superposição das instituições responsáveis pela investigação ou acusação.

A defesa por sua vez, deve sempre procurar utilizar todos os meios inerentes à tecnologia disponível atualmente, para confrontar as provas produzidas através da interceptação telefônica, considerando-se o fato de que o Estado possui poderes que são também deveres, dentre os quais se insere o de tratar as partes de forma igualitária nos processos.

Com relação ao funcionamento da Defensoria Pública, mais especificamente, vislumbra-se a possibilidade de ampliação da atuação penal para a fase anterior ao processo, aumentando a visibilidade para os indiciados, e, por conseguinte, tornando ainda mais segura a defesa no curso dos processos.

De outro turno, ainda com respeito à Defensoria Pública, observa-se a necessidade de criação de setor específico para a realização de perícias próprias, ou, ao menos, a possibilidade de indicação de assistentes técnicos, com a finalidade de contribuir para a segurança na produção probatória referente ao procedimento tecnológico da interceptação telefônica.

Este breve trabalho foi motivado pelo contato profissional diário com processos penais nos quais se verifica a árdua, porém prazerosa tarefa de materializar o direito de defesa constitucionalmente previsto. Isso porque o direito à defesa processual penal não foi criado e nem pertence ao defensor, mas traduz garantia de todos os indivíduos.

Importa destacar que os julgados mencionados podem não traduzir o pensamento majoritário dos Tribunais, mas foram selecionados por sua relação com o tema em debate, refletindo a abordagem de questões específicas em relação ao tema.

Frise-se ainda, que a manifestação jurisprudencial colacionada foi posta em destaque por conter em seu bojo, interpretações jurídicas inerentes ao direito de defesa.

A intenção aqui, repita-se, é fomentar o debate acerca de um tema atualmente muito debatido e controvertido, tanto na sociedade quanto no meio jurídico, e realizar a articulação de idéias que possam de alguma forma, contribuir para melhoria do funcionamento da Defensoria Pública, visto que a evolução é objetivo institucional.

VII- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA, Lindberg Leitão. Acesso à Justiça face a Lei n.o 9.099/95: Eis o grande desafio. Disponível em <<u>www.jusnavigandi.com.br</u>>. Acesso em: 11.12.2004.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos, NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. *Transcrição de gravações. Modalidade de perícia ou documento?* Jus Navigandi, Teresina, ano 12 n. 1777, 13 maio 2008. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11255 . Acesso em 29/09/2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*, 16ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

FONSECA, Tiago Abud da. *Interceptação Telefônica- A devassa em nome da lei.* Rio de Janeiro, RJ: Espaço Jurídico, 2008.

GOMES, Luiz Flávio. 409 mil grampos telefônicos em 2007. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1763, 29 de abr. 2008. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11209 .Acesso em: 25 set. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica. Considerações sobre a lei n. 9296, de 24 de julho de 1996. São Paulo: Saraiva, 2005.

Manual de processo penal. 6ª	ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
Tutela constitucional das liber	rdades. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982

PEÑA, Fernando Tibúrcio. Escutas telefônicas: o exemplo brasileiro e o exemplo americano. Jus Navigandi, Teresina, 04 de agosto de 2008. Disponível em http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11566. Acesso em: 25 set. 2008.

PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001.

PRADO, Geraldo. Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a lei n.o 9296/96- Interceptação telefônica, Revista Forense, v. 344, out/dez 1998.

SLAIB FILHO, Nagib, Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

SERGIO DEMORO HAMILTON (*)

Não se pode negar a importância da prova testemunhal no processo penal em razão da sua grande incidência no decorrer da quase totalidade das ações penais em curso no foro criminal. Não me recordo, dentre os milhares de processos que passaram em minhas mãos, de uma só ação penal em que ela não se fizesse presente com maior ou menor relevância para o deslinde da causa. Assinale-se, a bem da verdade, que sua participação nos feitos criminais não é nem poderia ser obrigatória, tanto mais que nosso Código adotou o sistema do livre convencimento do juiz (art. 155 do CPP), onde nenhuma prova ex vi legis apresenta caráter absoluto, sendo, todas elas, de valor relativo. Nem mesmo a confissão do réu surge como prova incontestável (nº VII da "Exposição de Motivos" do CPP) e tanto isso é verdade que a lei processual penal o afirma nos arts. 197 e 200, coerente, por sinal, com o sistema da persuasão racional. É por tal razão que o Código Penal, ao versar a respeito dos crimes contra a administração da justiça, prevê como figura típica o crime de auto-acusação falsa (art. 341).

De outra banda, a facultatividade da prova testemunhal resulta bem nítida pela simples leitura do art. 41 do CPP, onde se lê que o rol de testemunhas só será apresentado "quando necessário".

Reverenciada por muitos, ao ponto de BENTHAM ¹ ver nas testemunhas "os olhos e ouvidos da justiça", execrada por outros que a situam como a "prostituta das provas" ², a justa medida na sua valoração, de acordo com o nosso sistema, fica por conta do juiz. C magistrado, motivando sua decisão, saberá dar ao testemunho o valos adequado, confrontando-o com as demais provas do processo, na busca de verificar a sua compatibilidade com o conjunto da instrução crimina

Saraiva", São Paulo, 1958.

^(*) SERGIO DEMORO HAMILTON é Procurador de Justiça (aposentado) do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

BENTHAM, Jeremias."Tratado de las pruebas judiciales". "Ediciones Jurídicas Europa-America", 1971.
 AZEVEDO, Vicente de Paulo Vicente de, "Curso de Direito Judiciário Penal", 2º volume, p. 66, "Edição

probatória. Portanto, nem tanto ao mar, nem tanto à terra, evitando-se, destarte, conceitos apriorísticos que a nada conduzem. Ela não é nem poderia ser os olhos e ouvidos da justiça nem tampouco a prostituta das provas, puro jogo de retórica cogitado por eminentes tratadistas para a representação figurada de tão importante fonte de prova.

2. Nesse contexto, o Código de Processo Penal ocupa-se "Das Testemunhas" nos arts. 202 a 225 (Capítulo VI, do Título VII, do Livro I), deferindo-lhes, pois, extenso tratamento.

As testemunhas integram os meios subjetivos de prova, isto é, aqueles voltados para as pessoas, tal como ocorre com o interrogatório do acusado (arts. 185 a 196), as perguntas ao ofendido (art. 201 do CPP) e a confissão (arts. 197 a 200). Usa-se, igualmente, para designá-las, a expressão prova oral (do latim, os oris), isto é, aquela manifestação da pessoa feita através da boca, numa tradução literal, ou, adotando linguagem mais elegante, por intermédio da palavra.

O meio de prova subjetivo contrapõe-se àquele de caráter objetivo. Este, v.g., dá-se no corpo de delito, nos documentos e nas perícias em geral, exigindo, para seu exame, conhecimento técnico-específico. Toda a pessoa pode ser testemunha (art. 202 do CPP); porém, só determinadas pessoas podem ser peritos. São aquelas que atendam a determinados requisitos e que apresentem habilitação técnica própria para o exame pretendido.

Sempre atento à velha advertência de JAVOLENO ³, voltada para o Direito Civil, segundo a qual "omnis definitio in iure civili periculosa est", podemos, no início do presente estudo, ensaiar uma breve definição do que seja testemunha.

Testemunha, no dizer de VICENTE DE AZEVEDO ⁴, "é toda pessoa física idônea, estranha às partes e ao processo, que é chamada a juízo para depor sôbre os fatos que caíram sob o domínio dos seus sentidos".

Duas observações podem ser feitas em relação aos dizeres do ilustre processualista paulista. A primeira quando registra que testemunha é a pessoa "chamada a juízo". Na verdade, embora a testemunha também seja inquirida na fase do inquérito policial (art. 6°, III do CPP), seu depoimento, para que possa valer como prova, necessariamente, terá que

³ JAVOLENO, L. 202, "Dig. de Regulis Juris" ("Das regras de Direito"). O inteiro teor da expressão de Javoleno deve ser assim enunciado: "omnis definitio in iure civili periculosa est: parum este emim, ut non subverti posset". Numa tradução livre, pode-se dizer: no direito civil toda definição é perigosa: porque pouco há que não possa ser impugnado. **Apud** Dicionário de Latim Forense, Amilcare Carletti, 7ª edição, p. 395, "Livraria e Editora Universituria de Direito Ltda", São Paulo, 1997.

⁴ Apud op. cit. in n° 2, p. 67, dessas notas.

sofrer a sabatina do contraditório, como de resto ocorre com todo o restante da prova.

Merece análise outro aspecto daquela definição, quando ela faz referência aos fatos percebidos pelos sentidos. Há duas naturezas de fatos: o primeiro deles voltado para a causa petendi. Caso ele não venha a ser demonstrado, o réu será absolvido. Basta ler o articulado contido no art. 386 do CPP. Porém, há outros dados que podem ser fornecidos por outras testemunhas, ditas instrumentárias, que, na realidade, podem nada saber sobre o fato criminoso em si mas que, de qualquer forma, interessam ao processo. É o que indicam, v.g., os arts. 6°, V e 226, IV do CPP. Elas atestam tão-somente a validade de determinado ato.

Fixadas algumas noções básicas, cumpre examinar o defeituoso sistema adotado pelo Código em relação às testemunhas, para que se possa chegar a uma conclusão a respeito da real dimensão que a lei emprestou ao compromisso, referência principal do presente estudo.

O art. 203 do CPP trata da testemunha compromissada, "sob palavra de honra", com a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado. A lei processual somente dispensa o compromisso para as pessoas indicadas nos arts. 208 e 401, § 1º c/c 394, § 5º.

A doutrina costuma designar a testemunha compromissada como numerária. A nominação é, puramente, doutrinária, uma vez que a lei não lhe empresta qualquer nome especial, aludindo, apenas, à "palavra de honra" de dizer a verdade. Porém, quero crer, que a origem da expressão numerária resulta do fato do número máximo possível de testemunhas que cada parte pode arrolar em função do rito adotado no feito 5.

Assim, por exemplo, no procedimento ordinário, o limite máximo de testemunhas numerárias é de 08 para cada parte (art. 401 do CPP).

O Supremo 6, dando interpretação para a norma em questão, manifestou entendimento no sentido de que o número a que se refere a lei não guarda relação com a parte mas sim com o fato. Destarte, se a denúncia, por exemplo, descreve dois fatos, o Ministério Público poderá arrolar até 08 testemunhas numerárias para cada fato, num total de 16, desde que o feito siga o rito ordinário.

É bom ter presente que o procedimento ordinário serve como padrão, valendo como subsídio para todos os demais ritos do Código e,

⁵ MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes, in "Dicionário Jurídico", 2ª edição,

volume II, "Edições Trabalhistas S/A", Rio de Janeiro, RJ.

Referência ao julgado STF, RHC, 66673, DJU, 11.3.88, p. 4742, no meu livro "Temas de Processo Penal", pp. 198/199, "Editora Lumen Juris", 1998, 2ª edição.

até mesmo, para leis especiais, colmando eventuais lacunas (art. 394, 5° do CPP).

Outra observação importante refere-se ao critério adotado pelo legislador em relação à matéria. Quanto mais grave for a pena imposta para a infração penal, maior será o número de testemunhas que a parte poderá arrolar, ampliando-se, assim, a dilação probatória. É, sem dúvida, um método lógico.

Merece destaque o fato de que o número máximo de testemunhas vale apenas para as partes. Para o juiz não há limites, pois o magistrado pode determinar a inquirição das testemunhas que entender deva ouvir, mesmo que o número legal venha a ser excedido (art. 209 do CPP). É decorrência natural do sistema do livre convencimento e do princípio da verdade processual.

Diga-se o mesmo em relação à oportunidade para o arrolamento das testemunhas. As partes devem indicar as testemunhas que pretendem ouvir no prazo que a lei estabelece. Podem ser consultados, à guisa de exemplo, os arts. 41, 396-A e tantos outros do CPP. Se não o fizerem, opera-se a preclusão.

E se surgir fato novo, ignorado pela parte no momento em que a testemunha deveria ser arrolada? Demonstrado que tal se deu, cabe à parte requerer ao juiz a complementação da prova. Ela, testemunha, será inquirida como prova do juízo, caso assim entenda o magistrado.

Entretanto, o juiz não estará sujeito a preclusões. É outra consequência lógica do sistema da persuasão racional (art. 155 do CPP).

4. É interessante observar que o Código, no art. 203, fez alusão à "palavra de honra", não mais se referindo ao juramento. Dispensou, assim, a formalidade e a gravidade do juramento. Nos povos de língua inglesa ainda é comum o juramento da testemunha, invocando, com a mão sobre a Bíblia, o nome de Deus como penhor da verdade das declarações que irá prestar. No Direito Espanhol, conforme ensina TOURINHO 7, o art. 434 da "Ley de Enjuiciamiento Criminal" prevê o juramento em nome de Deus.

Não precisamos ir muito longe; aqui mesmo, o nosso PIMENTA BUENO ⁸ já assinalava que "as testemunhas devem ser juramentadas, conforme a religião de cada uma: cod. art. 86, n. RJ, arts. 944, 967, 1050 e 1134, cod. fr. art. 317 ". E acrescenta: "O juramento é um vínculo

⁷ Vide meu livro, "Processo Penal - Reflexões", p. 12, "Lumen Juris", 2002, Rio de Janeiro.

⁸ BUENO, José Antonio Pimenta, "Processo Criminal", 4º edição, p. 258, "Livraria Clássica Editora", Lisboa, 1910.

religioso, que mais estreita a responsabilidade do homem para com sua consciencia para com os outros homens e para com Deus" (mantida a grafia original da época).

A Constituição de 1891, de índole positivista ⁹, ao estabelecer o estado laico, assegurou a todos os indivíduos e confissões religiosas exercer pública e livremente o seu culto (art. 72, parágrafo terceiro), afirmando, ainda, que a República só reconhece o casamento civil (art. 72, parágrafo 4°) e que os cemitérios terão caráter secular, sendo administrados pela autoridade municipal, ficando livre a todos os cultos religiosos a prática dos respectivos ritos em relação aos seus crentes (art. 72, parágrafo 5°) e ainda que "nenhum culto ou igreja gozará de subvenção official, nem terá relações de dependência ou alliança com o Governo da União ou dos Estados" (art. 72, parágrafo 7°) [Título IV, Secção II – "Declarações de Direitos", mantida a grafia original].

A primeira Constituição Republicana, como se vê, revogou as principais características da Constituição de 1824, eliminando a união Igreja-Estado e, como tal, era natural que o juramento fosse afastado do nosso Código, sendo substituído pelo singelo compromisso.

- 5. É chegado o momento de enumerar os critérios seguidos pela lei processual, adotando a seguinte indicação: o art. 203 versa a respeito das testemunhas compromissadas, ditas numerárias pela doutrina; os arts. 208 e 401, § 1° c/c 394, § 5° ocupam-se daquelas que não prestam compromisso, designadas, também pela doutrina, como informantes; já o art. 207 trata das pessoas proibidas de depor e que somente prestarão declarações se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem fazê-lo. Igualmente são chamadas de informantes as testemunhas indicadas no art. 206, ou seja, aquelas que podem recusar-se a depor. Neste último caso caberá ao juiz dispensá-las ou não, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se a integração da prova do fato ou de suas circunstâncias.
- 6. Ocupemo-nos, por primeiro, das testemunhas compromissadas (art. 203 do CPP), razão principal do presente estudo a respeito da prova testemunhal.

Elas, como já anotado, farão, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade a respeito do que souberem e lhes for perguntado.

A pergunta que, necessariamente, terá que ser feita volta-se para o valor da promessa. A ela segue-se outra, inseparável da anterior: qual a conseqüência prática da falta de compromisso?

⁹ SILVA, Hélio, "As Constituições do Brasil", Título IV, Secção II, p. 41.

A opinião da doutrina apresenta-se dividida. Aqui indicaremos algumas posições coincidentes ou não com a nossa, se bem que por razões diversas, mesmo aquelas que se ajustam às nossas conclusões.

POLASTRI ¹⁰, invocando o magistério de TOURINHO, salienta que o depoimento da testemunha é ato **acidental** do processo e **não essencial**, de acordo com o art. 564, III, tanto assim que não está incluído naquele rol de nulidades. Daí não haveria falar em nulidade.

É certo que, qualquer ato, desde que venha a acarretar prejuízo para a acusação ou para a defesa (art. 563 c/c 566 do CPP), poderá acarretar nulidade da ação penal ou somente do ato afetado. No entanto, no meu entendimento, como será demonstrado, a falta de compromisso não se insere entre aqueles atos capazes de nulificar o processo ou mesmo o próprio ato configurador do testemunho.

Em sentido diametralmente oposto, GUILHERME DE SOUZA NUCCI ¹¹ sustenta que o compromisso é vital para que o depoente possa responder pelo crime previsto no art. 342 do CP. Portanto, dá-lhe relevo especial. Isto bem demonstra, desde logo, o dissenso.

Para ESPÍNOLA FILHO ¹² o compromisso não passa de "simples garantia formal" sem a qual o depoimento poderá ser igualmente valioso, observando que o juiz, no sistema de livre apreciação, pode basear sua convicção nas informações de testemunha não compromissada, dispensando a fala das compromissadas. Destarte, peremptória a posição do eminente tratadista do processo penal.

Portanto, a opinião do saudoso processualista confere mínimo valor ao compromisso, para ele mera "garantia formal" e que em nada influi no valor do depoimento da testemunha. Não passa, dessa forma, de um mero adereço enfeitando a assentada.

Dessa maneira, haveria, apenas, irregularidade formal do ato. Nada mais que isso.

Da mesma forma, BENTO DE FARIA ¹³ observa que a promessa de dizer a verdade, substitutiva do antigo juramento, nada mais é que um "estímulo moral" para a testemunha, deixando de apontar qualquer nulidade em relação à omissão daquele ato.

Lima, Marcellus Polastri, "Manual de Processo Penal", p. 436, "Editora Lumen Juris", Rio de Janeiro, 2007.
 NUCCI, Guilherme de Souza, "Código de Processo Penal Comentado", p. 412, 3ª edição, "Editora Revista dos Tribunais".

Tribunais", 2004.

12 ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, "Código de Processo Penal Anotado", Vol. III, p. 97, "Editor Borsoi", Rio de Janeiro, 1965, apud meu livro "Processo Penal – Reflexões", p. 13, "Editora Lumen Juris", Rio de Janeiro, 2002.

¹³ FARIA, Berto de, "Código de Processo Penal", vol. I, p. 309, "Distribuidora Record Editora", Rio de Janeiro, 1960.

Assinale-se, ainda, a posição de DAMÁSIO ¹⁴, para quem o crime de falso testemunho surge da desobediência ao dever de afirmar a verdade "**que não deriva do compromisso**" (destaque meu). Invoca, inclusive, em prol de sua posição, decisão emanada do Pretório Maior proferida no HC 66511 (**in** *DJU*, 16 de fevereiro, 1990, p.929).

Temos, ainda, a fala de HUNGRIA ¹⁵. Segundo o grande mestre de tantas gerações de penalistas, foi abolida a exigência do juramento ou compromisso por parte da testemunha, como pressuposto do crime do art. 342; não há, pois, que distinguir, na espécie, testemunha numerária e testemunha informante já não mais podendo esta prestar impunemente testemunho falso.

No mesmo diapasão posicionam-se nomes da expressão de ROMEU PIRES DE CAMPOS BARROS ¹⁶, EDÍLSON MOUGENOT BONFIM ¹⁷ e, last but not least, TORNAGHI ¹⁸. O primeiro afirma, sem meias palavras, não crer que o compromisso exigido pelo art. 203 exerça qualquer influência no ânimo de testemunha, "seja no sentido de evitar a mentira, seja no de estimulála a dizer somente a verdade". O segundo é taxativo ao afirmar que "a prestação do compromisso não constitui elemento do crime de falso testemunho". Não poderão faltar com a verdade mesmo aquelas pessoas que não estejam obrigadas àquela prestação.

TORNAGHI, por seu turno, deixa claro:

"A antiga diferença entre informantes e testemunhas, própria do sistema das provas legais, desapareceu no da livre convicção, e a lei atual, ao contrário das antigas, afirma: 'Toda pessoa poderá ser testemunha' (CPP, art. 202). E a nenhuma testemunha isenta do dever de lealdade. E a toda testemunha falsa pune o Código Penal (art. 342)".

BORGES DA ROSA ¹⁹ também combatia, frontalmente, o compromisso, entendendo ser esta formalidade destituída de qualquer influência em

 ¹⁴ Jesus, Damásio E., "Código Penal Anotado", "Editora Saraiva", p. 1061, "Editora Saraiva", 2002, São Paulo.
 ¹⁵ HUNGRIA, Nelson, "Comentários ao Código Penal", vol. IX, pp. 475 e seguintes, passim, "Forense", Rio, 1050

<sup>1959.

16</sup> BARROS, Romeu Pires de Campos, "Direito Processual Penal Brasileiro", vol. II, p. 777, 1971, "Sugestões Literárias S.A.", São Paulo.

¹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot, "Curso de Processo Penal", p. 324, "Editora Saraiva", 2006.

¹⁸ TORNAGHI, Helio, "Curso de Processo Penal", vol. I, p. 412, "Editora Saraiva", 1989.

TORNAGHI, Helio, "Curso de Processo Penal", vol. I, p. 412, "Editora Saraiva", 1989.
 ROSA, Inocêncio Borges da, "Processo Penal Brasileiro", "Editora da Livraria Globo", 1942, Porto Alegre.

relação ao ânimo da testemunha de quem depõe ou presta seus serviços à justiça.

A questão não é pacífica. Pode-se dizer que, em relação ao tema, soem brandir-se duas correntes doutrinárias do maior respeito, valendo anotar, para citar um só nome, a figura maior de CARNELUTTI ²⁰, um apaixonado panegirista do juramento.

7. Após a fala de tantos ilustres juristas que embelezam o processo penal com seu talento e sua cultura, seja-nos permitido, cá da planície, externar minha posição, buscando dar ao assunto uma coloração que me parece original.

Para tanto, adotaremos uma posição analítica, desdobrando o conceito de testemunha, visto sob o aspecto estritamente processual.

A testemunha nada mais é que um sujeito secundário do processo; secundário porque, além de ser dispensável (arts. 41 e 396-A do CPP), contrapõe-se aos sujeitos principais do processo, que são o juiz e as partes, pois sem estes inexistiria a relação processual.

Pois bem: embora figure em posição secundária no processo, ela é também sujeito imparcial. Seria inconcebível a admissão de uma testemunha parcial. Soaria como um disparate inqualificável. Por tal razão, o Código prevê a contradita da testemunha (art. 214 do CPP), antes do início do depoimento, por qualquer das partes, argüindo circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de parcialidade ou indigna de fé. A contradita não impede o depoimento da testemunha, uma vez que ela oferecerá resposta à impugnação, ficando o juiz para apreciar a alegação ao final do processo, quando chamado a sentenciar. O magistrado somente excluirá, desde logo, a testemunha nos casos indicados no art. 207 do CPP, onde estão elencadas as testemunhas proibidas de depor.

Prossigamos no exame analítico do conceito de testemunha. Dispõe o art. 211 do CPP que se o juiz, ao prolatar a sentença, reconhecer que alguma testemunha (compromissada ou não) fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito. Penso que o art. 211 do CPP, na sua cabeça, não foi recepcionado pela Constituição Federal, em razão do sistema acusatório adotado de forma iniludível pela Carta Política de 1988 (art. 129, I). Caberá, então, ao magistrado, na circunstância, proceder, apenas, na forma indicada no art. 40 do CPP. Quanto às

²⁰ CARNELUTTI, Francesco, "Leciones sobre el Processo Penal", tradução castelhana de Santiago Sentis Melendo, "Ediciones Jurídicas Europa-America", "Bosch e Cia Editores", Buenos Aires, 1950.

demais figuras contempladas no parágrafo único do art. 211 do CPP, por ser caso de flagrante, nada impede a imediata apresentação do testemunhante falso (art. 302, II do CPP) à autoridade policial.

Portanto, em qualquer circunstância, a testemunha tem que ser veraz, com ou sem compromisso. Seria um absurdo inominável que uma decisão judicial pudesse constatar, no curso da ação penal, um depoimento falso, sem que daí decorresse qualquer conseqüência penal para o mendaz.

Aliás, o próprio art. 211 e seu parágrafo do CPP aludem à testemunha sem qualquer referência ao compromisso.

Outro argumento diz respeito ao art. 210 do CPP. Antes de iniciar o depoimento o juiz deve advertir a testemunha das penas cominadas ao "falso testemunho" (art. 342 do CP). Qual referência o juiz faz ao futuro depoente a respeito do compromisso? Qual? Nenhuma.

Mais ainda: se examinarmos o art. 342 do CP, veremos, com facilidade, que a testemunha dita informante (não-compromissada) pode cometer crime de falso testemunho, pois basta tão-somente "fazer afirmação falsa ou negar ou calar a verdade". Com ou sem compromisso. Este, também, o ensinamento do saudoso professor HELENO CLÁUDIO FRAGOSO ²¹.

E a razão de toda esta argumentação é de rara singeleza, pois não seria admissível que o juiz pudesse apreciar uma prova em que a testemunha dita informante pudesse fazer afirmação falsa ou negasse ou ainda calasse a verdade, sem que daí lhe adviesse qualquer conseqüência, como, aliás, já tivemos a oportunidade de enfatizar.

Para que inquiri-la então?

8. Passemos, agora, ao exame das informantes.

O absurdo começa pelo nome deferido às testemunhas não-compromissadas.

Para início de conversa é bom que fique claro que informantes, no sentido do léxico e no sentido etimológico (do latim, *informante*) é a pessoa que informa.

Ora, qual a função da testemunha? Informar o juízo para que ele possa instruir o processo, obtendo conhecimento (daí a expressão "processo de conhecimento"), para, por fim, decidir.

Dessa maneira, a testemunha tem o dever moral e jurídico de falar a verdade sem tirar nem por.

²¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio, "Lições de Direito Penal", vol. 4, p. 1218, "José Bushatsky Editor".

As testemunhas informantes (para os que dão valor ao compromisso) são (des)informantes. Valem? Talvez. Mas, às vezes, nada representam, pois, segundo alguns, por não prestarem compromisso, não ficarão sujeitas ao crime do art. 342 do CP, podendo mentir sem que daí lhes advenha qualquer conseqüência penal.

9. Qual a solução jurídica adequada a ser adotada, procurando emprestar um sistema ao tratamento da prova testemunhal?

Mesmo as testemunhas a que alude o art. 206 poderão eximir-se da obrigação de depor por razões humanitárias. É natural que o vínculo de parentesco iniba a testemunha, toldando, ainda que de forma inconsciente, a mente do depoente. Porém, a ressalva indicada na parte final do art. 206 do CPP não admite tergiversação. Em outras palavras: quando não for possível, "por outro modo", obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias, o juiz deverá determinar a inquirição da testemunha. No entanto, ainda que tal se dê, a testemunha terá que ser veraz e caso venha a faltar com a verdade responderá pelo crime de falso testemunho (todos os destaques são do Autor).

A razão de ser da proposta da lei está em que, se, "por outro modo", for possível a dispensa da testemunha assim procederá o juiz. Reafirmo, mais uma vez, que, caso o juiz assim não entenda, a testemunha estará sujeita ao crime do art. 342 do CP, se faltar para com a verdade.

O fundamento de tal dispositivo (art. 206 do CPP) reside no fato de que há crimes que são praticados na intimidade do lar. Há incidentes domésticos graves que exigem apuração e que somente serão solucionados com tal providência, indicada ao final do art. 206, dando ao juiz a sábia discrição para a escolha do caminho a seguir.

Suponha-se, por exemplo, um homicídio doloso testemunhado somente por familiares. É fato comum noticiado no dia-a-dia dos jornais. Como prová-lo sem o auxílio da prova testemunhal, sujeitando-a, em caso de violação, às penas da lei, caso pratique o falso testemunho?

CAMARGO ARANHA ²² sustenta que o vínculo de parentesco deve ser aferido no momento do depoimento e não no momento em que o fato se deu. Não vejo razão para a distinção, com a devida vênia do ilustre professor. Tanto uma quanto outra situação pode influir no depoimento e, pois, os motivos para a mantença da exigência legal permanecem.

²² ARANHA, Adalberto José Q. T. Camargo, "Da Prova no Processo Penal", São Paulo, Saraiva, 5ª edição, 1999, apud Lima, Marcellus Polastri, "Manual de Processo Penal", p. 429, "Editora Lumen Juris", Rio de Janeiro, 2007.

Outro aspecto a exigir destaque é que a lei teve o cuidado de ressalvar a possibilidade de que a prova possa ser feita "por outro modo". Vale dizer: a lei somente impõe que a testemunha seja inquirida se "por outro modo" a instrução criminal probatória não possa ser realizada, provando-se o fato de **forma suficiente**. Em caso contrário, subsiste o dever de depor.

Acrescente-se, ainda, que o fato que motiva a obrigação de depor por parte da testemunha deve ser **juridicamente relevante**, isto é, deve influir para a decisão da causa. Releva destacar que as testemunhas instrumentárias (que não se referem em seu depoimento à *causa petendi*) não são testemunhas destituídas de valor, podendo influir na decisão do processo e, conforme o caso, eventualmente apresentam importância para o deslinde da lide penal.

Em outras palavras, o dispositivo terá aplicação caso a declaração que se pretenda produzir apresente potencialidade lesiva. De qualquer maneira, depondo, a testemunha terá que ser verdadeira, com ou sem compromisso.

Acrescente-se um dado importante: na dúvida, o juiz deve inquirir a testemunha, na busca da verdade processual.

Ainda tem cabimento o registro expresso da lei segundo o qual não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à solução da causa (art. 209, § 2º do CPP). Portanto, caso em nada possa influir para o desfecho da ação penal, o testemunho torna-se indiferente para o processo penal. Na dúvida, aqui também, o juiz deve inquirir a testemunha pois nem sempre terá meios para aferir a ocorrência daquela situação processual.

As testemunhas instrumentárias, no entanto, são computadas, pois embora não se refiram, necessariamente, à *causa petendi*, são, em tese, relevantes para a solução da causa. É o caso, por exemplo, daquelas hipóteses contempladas no art. 6°, V, parte final do CPP e 226, inciso IV, *in fine*, do mesmo Código, como já deixamos em registro.

10. O art. 208 do CPP contém grave heresia, ao permitir o depoimento de "doentes mentais". O doente mental jamais poderá ser admitido a depor em qualquer caso, mesmo porque é inimputável (art. 26 do CP) não podendo sofrer as sanções da lei penal material. Demais disso, que juiz, dotado de um mínimo de sensatez, sentir-se-ia habilitado para decidir uma causa penal com base na pafavra de um doente mental?

Averbe-se, ainda, que o art. 3º do CC considera absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, os menores de

16 anos, as pessoas dotadas de enfermidade ou deficiência mental que não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e, até mesmo, aqueles que, por causa transitória, não possam exprimir sua vontade.

É certo que a lei faz referência, como é natural, aos atos da vida civil. Porém, se assim é, que dizer para os atos do processo penal, que envolvem, como é óbvio, a possibilidade de privação da liberdade individual do réu e onde estão em jogo interesses e direitos indisponíveis.

Entendo, assim, derrogado, em parte, o art. 208 do CPP na parte em que ele conflita com a lei civil e com bom senso.

11. Resta analisar a situação peculiar das pessoas proibidas de depor (art. 207 do CPP) em razão de função, ministério, ofício ou profissão. Tais pessoas devem guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu depoimento. Constatada uma daquelas situações, o juiz, de pronto, excluirá a testemunha deixando de ouvi-la, havendo ou não contradita (art. 214 do CPP). É certo que a lei processual faz referência à contradita ou à argüição de defeitos quando suscitada pelas partes. No entanto, nada impede que o juiz, provendo à regularidade do processo (art. 251 do CPP), possa, de ofício, ao tomar conhecimento do fato, dispensar a testemunha.

A ratio legis reside na circunstância de que o depoimento de tais pessoas constituiria crime de violação de segredo profissional (art. 154 do CP). A Constituição Federal, da mesma forma, considera que os deputados e senadores não serão obrigados a testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações (art. 53, § 6°). Portanto a matéria mereceu também dignidade constitucional.

Função é ocupação ligada a cargo ou emprego ²³. Por exemplo: função executiva, função jurisdicional, função legislativa ou função pública *in genere*.

Ministério está ligado à atividade exercida por religiosos. Serve, como exemplo, o ministério sacerdotal exercitado por padre católico que jamais pode revelar aquilo que lhe foi dito através do sacramento da confissão ou mesmo em confidência religiosa. Um pastor protestante

²³ Dados colhidos do "Dicionário Jurídico", de MAGALHÃES, Humberto Piragibe e MALTA, Cristóvão Piragibe Tostes, vol. I, p. 441, 2ª edição, "Edições Trabalhistas S/A".

(Luterano, Batista, Anglicano e tantos outros) também exerce ministério. Portanto, os ministros de confissão religiosa exercem ministério, não podendo revelar aquilo que lhes foi revelado em segredo de consciência.

Ofício, no sentido do Código, serve para indicar atividade manual exercida habitualmente por empregados domésticos ou não. É o caso da arrumadeira e da empregada doméstica em geral. A secretária também exerce ofício ao assessorar seu chefe.

Por fim, profissão, na lei processual penal, traduz a ocupação exercida por alguém com o objetivo de garantir sua subsistência. É o caso do advogado ou do médico. No caso do advogado a matéria vem regida pelo Estatuto da Advocacia (Lei 8.906, de 04-07-1994, art. 7°, inciso XIX).

Nem sempre se encontrará uniformidade no significado dos quatro vocábulos indicados no art. 207 do CPP, cabendo ao juiz, no caso de dúvida, verificar se a testemunha se enquadra em determinada categoria, tendo em conta as circunstâncias que a hipótese apresenta. Em algumas situações há lei especial regendo a matéria.

Porém, o mais importante para o nosso estudo reside no ponto de que caso a testemunha, uma vez desobrigada pela parte interessada, quiser prestar seu depoimento, terá que ser veraz, prestando ou não compromisso. E se não o for incide nas penas do falso testemunho.

12. As chamadas testemunhas referidas (art. 209, § 1º do CPP) também ficam sujeitas ao mesmo regime das demais. Aliás, as referidas só serão ouvidas se "ao juiz parecer conveniente", não sendo direito da parte exigir a sua inquirição. Por sinal, as regras indicadas no art. 209, bem como aqueloutra ditada no respectivo parágrafo primeiro, são, de todo, ociosas, uma vez que pelo sistema da persuasão racional, ainda que não constassem como texto expresso da lei processual penal, teriam total aplicação.

13. Qual seria, então, a razão pela qual o Código faz referência à testemunha compromissada (art. 203 do CPP)?

A própria doutrina encarrega-se de dar explicação ao aludir às testemunhas numerárias para indicar aquelas que prestam compromisso "sob palavra de honra" de dizer a verdade. Refere-se a lei ao "maior número de testemunhas que a lei permite que cada parte possa arrolar em um processo".

Este, no meu entendimento, o único valor prático do compromisso.

Pode ocorrer, também, que o legislador tenha mantido o compromisso apenas como mera reminiscência do antigo sistema da

certeza legal, não atentando para o fato de que, uma vez adotado o sistema da livre convicção motivada e o princípio da verdade real, não mais teria sentido a mantença de tal formalidade.

A palavra honesta, apanágio dos homens de bem, dispensa qualquer estímulo moral para a pessoa retratar os fatos de que tem conhecimento perante o juiz.

Conferir ao compromisso da testemunha valor absoluto, ao ponto de sua falta anular o depoimento ou invalidar o processo, não passa de um mito dentre tantos outros que pululam no processo penal. É velharia oriunda do sistema das provas legais.

Agosto de 2008.

O MOVIMENTO DA LEI E DA ORDEM, A LEI DE DROGAS E AS FUNÇÕES DA PRISÃO: UM ESTUDO DE CASO COM A NECESSÁRIA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL ATUAL DA DEFENSORIA PÚBLICA¹

Tiago Abud da Fonseca²

Resumo: A lei sobre drogas é o retrato da absorção pelo Brasil do Movimento da Lei e da Ordem. O estudo de caso realizado no presente trabalho demonstra como o foco das agências oficiais de controle é a prisão, transformando o consumidor de drogas em traficante. A reação da Defensoria Pública, enquanto Instituição, na defesa dos interesses dos carentes de recursos, está não somente na atuação pontual de cada profissional, mas na participação efetiva no processo legislativo para ditar a ordem jurídica justa.

Abstract: The drugs law is the portrait of Brazil's absorption of the Moviment of Law and Order. The case study conducted in this work demonstrates how imprisonment is the main focus of official agencies of control, turning drug users into drug dealers. Public Defender reaction, as an institution representing those unable to afford a private attorney, is not just in the individual work of each professional, but also in the effective participation in the legislative process, to state a fair juridical order.

Palavras-chave: LEI E ORDEM; DROGAS; DEFENSORIA PÚBLICA.

1- Introdução

A legislação pátria tem demonstrado que o direito penal vem sendo utilizado como remédio para a cura de todos os males da sociedade brasileira contemporânea. É a constatação da absorção do Movimento da Lei e da Ordem pelo legislador, inclusive com a aplicação do modelo repressivo em relação ao tráfico de drogas.

A Lei 11.343/06 - o novo estatuto sobre drogas - revive mazelas antigas, como o endurecimento no tratamento da questão do tráfico ilícito de entorpecentes, que para além do aumento de pena, acarreta restrições diversas de direitos dos réus, seja no âmbito processual, seja na execução penal.

Sá, professor licenciado da UNIFLU-Faculdade de Direito de Campos, mestre em Direito.

O presente trabalho foi apresentado a banca examinadora do Concurso de Monografia da Associação dos Defensores Públicos do Rio de Janeiro e foi vencedor do prêmio Silvio Roberto Mello Moraes em 2007
 O autor é Defensor Público no Estado do Rio de Janeiro, professor de direito penal da Universidade Estácio de

Em verdade, inicialmente se busca no primeiro capítulo demonstrar a internacionalização do modelo repressivo na temática das drogas. Pretende-se corroborar que a opção por este modelo repressivo não é aleatória, muito menos isolada em relação ao Brasil.

No passo seguinte, propõe-se uma visão da política neoliberal de controle e suas características, com o estudo, inclusive, do chamado direito penal do inimigo, procurando destacar que o tratamento dispensado pelas agências oficiais de controle é o do estado de exceção, ou seja, de inimigo.

O recrudescimento do tratamento dado pelo legislador ao traficante de drogas comprova que a prisão não exerce as suas funções declaradas, mas sim funções ocultas que escamoteiam o real interesse das agências oficiais de controle pelo encarceramento e a lei 11.343/06 reflete a adoção do modelo penal repressivo no Brasil.

O estudo de caso, realizado na Comarca de Campos dos Goytacazes, pretende escancarar uma realidade vivida antes mesmo da entrada em vigor da lei 11.343/06, quando o usuário de droga passou a ser preso como traficante, de tal sorte a enfatizar as reais funções do ergástulo.

Ao debruçar sobre o novel estatuto, sobre as funções reais da prisão e ao constatar, com números, que o ser humano é usado em prol da estatística, o presente trabalho pretende destacar o relevante papel que pode e deve ser prestado pela Defensoria Pública não só aos encarcerados, mas a cidadania no Estado Democrático de Direito.

Por fim, se procura abordar o papel que deve ser desenvolvido pela Defensoria Pública no início deste século, para atender a demanda de suas atribuições relacionadas à efetivação de direitos dos juridicamente necessitados.

2 - A internacionalização do modelo repressivo em relação às drogas

A retrospectiva da internacionalização do modelo repressivo em relação às drogas se inicia tomando por base a expansão do modelo norte-americano. Leonardo Sicca³ faz referência a Lei Harisson de 1914 (*Harisson Act*) que fixava pena de multa de 2 mil dólares e/ou prisão de cinco anos para distribuidores que não registrassem suas transações ou

3 :

³ SICCA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de <u>war on drugs</u>. Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p.9/23.

fornecessem drogas para uso não médicos. Naquele momento da história, a criminalização do uso e comércio de drogas surge como uma ação preventiva porque na virada do século XIX para o século XX as substâncias entorpecentes ou psicoativas (como éter, cocaína, morfina) começaram a difundir-se através do uso médico, eis que foram descobertos como anestésicos em cirurgias e no tratamento de ex-combatentes de guerra. Também no plano comercial, algumas substâncias compunham a fórmula de elixires e tônicos comercializados livremente.

Surge do uso terapêutico da droga o primeiro contingente de viciados, já que a circulação era livre e seu potencial viciante desconhecido. Tal lei, portanto, surge para estabelecer a ilegalidade do uso e fiscalizar a área médica, já que o usuário obtinha a droga por este meio, vindo a alçar dependentes e profissionais na condição de clandestinidade.

Como consequência da repressão divulgada, movimentos sociais moralistas que lutavam pela proibição das bebidas alcoólicas alcançaram seu objetivo com a promulgação da Lei Seca em 1919.

Rosa Del Omo⁴ busca as divergências - e muitas vezes contradições - dos discursos sobre drogas em quatro décadas do século XX para demonstrar que a finalidade da falácia é criar estereótipos para dramatizar e demonizar o problema, escondendo o alcance e as repercussões econômicas e políticas dissimuladas no discurso único de caráter universal, atemporal e a-histórico que contribui para a consolidação do poder das transnacionais que movimentam o negócio.

A citada autora detalha como característica do discurso da década de cinquenta que o universo da droga era visualizado como o universo misterioso, próprio dos grupos marginais que consumiam heroína ou maconha. Havia o predomínio do discurso jurídico e do estereótipo moral que ligava as drogas ao perigo, o consumo ao sexo e o tráfico a Máfia(Cosa Nostra), mas sem relação com volume de produção.

Com a chegada do consumo aos jovens de classe média, em especial de drogas alucinógenas, a década de sessenta assiste a alteração do discurso, passando a droga a ser sinônimo de dependência, concebendo-se um discurso médico-jurídico, onde a droga é vista como um vírus. Daí surge o discurso do consumidor-doente e do traficante-delinqüente(a

⁴ OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro, Revan, 1990, p. 77/79.

etiqueta do doente e do criminoso). Entretanto, ainda neste interregno, qual seja, década de sessenta, a droga(maconha, em especial) é vista como inimigo contra a ordem interna.

Na década de setenta aparece a epidemia da heroína, até como consequência da caça à maconha, sendo que foi qualificada pelo presidente Nixon como inimigo público não econômico, criando então o estereótipo político-criminoso. Há um duplo inimigo, o externo e o interno. No final da década de setenta entra no mercado norte-americano, com o declínio da heroína no pós-guerra Vietnã e com a instalação de sua indústria na América Latina, a cocaína.

A década de oitenta chega com o discurso jurídico transacional que internacionaliza o controle das drogas, porque passa a ser prioridade impedir que as drogas cheguem do exterior. Objetiva-se controlar o tráfico e a subversão que pode se originar da crise econômica e do problema da dívida, razão pela qual o foco da repressão é a América Latina, estabelecendo-se a guerra contra as drogas. O inimigo é externo, tratando agora a droga como um problema de segurança nacional.

Cristiano Maronna⁵ destaca, em primeiro lugar, que é Richard Nixon em 1973 que declara guerra às drogas, oportunidade na qual a guerra ao comunismo perdera fôlego e a guerra ao terror ainda incubaria por quase trinta anos. As drogas substituíram, portanto, o comunismo no papel de inimigo público. Depois, assevera que a globalização deste modelo repressivo - chamado também de proibicionismo - é contemporâneo a expansão do poder militar/industrial dos EUA e com o desaparecimento dos limites entre conflitos internos e externos, entre ações públicas e a guerra.

Não é difícil, portanto, visualizar que há fatores outros que interessam ao governo norte-americano quando se trata da política anti-drogas. Daí porque Rosa Del Olmo⁶ alerta que o discurso sobre a droga (a sua face oculta) esconde os aspectos econômicos e políticos do continente americano que impedem a solução do problema e que levam milhares de habitantes deste mesmo continente a fazer parte do tráfico de drogas em seus diversos níveis.

⁵ MARONNA, Cristiano. Proibicionismo ou morte. Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p.53/63. 6 OLMO, Rosa del. op.cit.

Roy Murillo Rodriguez⁷, comentando sobre a política antitóxicos e seus efeitos na América Latina, destaca a relação dos Estados Unidos com a América, onde apesar dos norte-americanos terem uma epidemia de consumo de entorpecentes classificam o problema das drogas como um fenômeno externo, que nasce nos países produtores e naqueles que servem de ponte para o transporte, ou seja, os países latino-americanos. Salienta também que a política norte-americana pretende erradicar o consumo e o tráfico, combatendo a todo custo a oferta, apresentando o narcotráfico como o mal perverso, a praga contra a humanidade ou um câncer para a estabilidade política e econômica latino-americana. Mas, para tanto, vale-se o governo norte-americano da dependência econômica dos países latino-americanos, condicionando o plano de reativação e desenvolvimento regional à aprovação de uma série de leis anti-narcóticos e a ativa participação na sua guerra contra as drogas. Daí porque as leis em tema de entorpecentes não representam a realidade sócio-econômica e cultural dos países latinos, vez que impostas goela abaixo pelo nosso "vizinho amigo".

Prossegue o citado autor aduzindo que nota no discurso norte-americano que a preocupação com o problema do consumo de drogas não é primazia, já que há na razão deste discurso uma série de motivações políticas e econômicas. Por um lado, a política anti-drogas tem sido utilizada como instrumento de dominação e neocolonização, pois permite o controle político de contraculturas e é um meio de sustentar as relações de poder da política internacional, ao ponto de se fazer ameaças de intervenção militar em países como Bolívia e Colômbia, como se decidiu pela invasão do Panamá, sob o pretexto de "luta contra as drogas", ao arrepio de um dos primados dos direitos fundamentais, qual seja, o respeito a soberania nacional. Acresça-se a este aspecto o econômico, uma vez que há uma fuga de capitais que se convertem para o negócio do narcotráfico. Só isso justifica a contradição entre o discurso norte-americano e a prática⁸. Por fim, arremata que somente a existência de tais interesses justifica a acentuação do método repressivo na luta contra as drogas, especialmente quando o Estado que a promove já teve resultado extremamente negativo com política semelhante, ou seja, com a chamada "Lei Seca" na década de 1920.

RODRIGUEZ, Roy Murillo. La política antidrogas y sus efectos em América Latina. Ciencias Penales, ano 8, nº 11, julio. 1996. p. 55/56.
 Segundo o autor, a realidade demonstra que a CIA e o FBI se envolveram no tráfico de drogas no conflito Irã-

⁸ Segundo o autor, a realidade demonstra que a CIA e o FBI se envolveram no tráfico de drogas no conflito Irã Contras para, em troca de certos favores, os narcotraficantes fornecerem armas aos Contras.

Com efeito, sobre a contradição do discurso americano José Arbex Junior⁹ sintetizou:

A própria Agência Central de Informações(CIA) e a Agência de Repressão às Drogas(DEA), em aberta contradição com a retórica oficial contra as drogas, negociaram com narcotraficantes sempre que isso lhes foi conveniente. Isso já havia acontecido na Guerra do Vietnã, nos anos 60-70, e voltou a acontecer nos anos 80, para financiar suas atividades se sabotagem contra o governo sandinista da Nicarágua.

De qualquer modo, mesmo contraditória, a retórica oficial norte-americana contra as drogas influenciou as diretrizes de Tratados Internacionais. Novamente é de Leonardo Sicca¹⁰ o apontamento sobre os marcos do estabelecimento e reforço do modelo proibicionista: Convenção Única sobre Estupefacientes (1961), Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas (1971), Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988), sendo certo que destaca que a última, conhecida como "Convenção de Viena", consagrou o modelo do war on drugs como política de controle do uso e difusão das drogas ilícitas, já que os trabalhos da Convenção tiveram como referência o fato de que os tratados anteriores teriam falhado porque a resposta punitiva era fraca e existiam muitas lacunas nas legislações nacionais.

Merecem destaque, portanto, as principais características da política disseminada a partir da "Convenção de Viena": a primeira é o núcleo do modelo que é a proibição e repressão; a segunda, a preocupação de tratar a droga como questão uniforme, buscando a obtenção de um consenso entre os governos; a terceira, o interesse na harmonização legislativa (o que se constata com a tipificação do crime de tráfico de entorpecentes, com fórmulas vagas e abertas, termos imprecisos e amplos) e a quarta, a visão reducionista do problema, ocultando-se a complexidade da indústria das drogas ilícitas, bem como a diversidade de atores que se apresentam no processo de produção, circulação, difusão e consumo, o que termina por restringir o problema que é econômico, social e geopolítico a um caso de controle penal.

Salo de Carvalho¹¹ enfatiza importantes pontos na Convenção de Viena que denotam o seu colorido alarmista e beligerante. Já na exposição de motivos a Convenção menciona em "grave ameaça à saúde e o bem-estar dos seres humanos" e aos "efeitos nefastos sobre as

¹⁰ SICCA, Leonardo. op. cit.

⁹ ARBEX JUNIOR, José. Narcotráfico: um jogo de poder nas Américas. São Pulo, Moderna, 1993, p. 12.

¹¹ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização. Rio de Janeiro, 1997, Luam, p.161/179.

bases econômicas, culturais e políticas da sociedade" e também em "crescente expansão do trafico ilícito de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas". O tráfico ilícito de drogas é tido como um associado das organizações criminosas internacionais sendo visto como fonte de ameaça a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados, já que minam as economias lícitas. A ONU muda a ênfase do discurso atestando que antes a cooperação internacional em tema de fiscalização de entorpecentes era uma expressão de solidariedade e se converte em questão de defesa própria. Portanto, a Convenção de Viena tem por objetivo a erradicação do tráfico ilícito de entorpecentes com base em ação coordenada no nível da cooperação internacional já que é responsabilidade de todos os Estados, tendo como instrumento a intensificação dos meios jurídicos efetivos para cooperação internacional em matéria penal, suprimir as atividades criminosas do tráfico ilícito de drogas.

Como citado por Leonardo Sicca¹², em junho de 1998, ocorreu em Nova Iorque o Período Especial de Sessões sobre o Problema Mundial das Drogas da Assembléia Geral da ONU, com intuito de reavaliar os resultados da aplicação das três Convenções onde se estabeleceu o prazo de dez anos para erradicação do cultivo ilícito, repetindo-se, de certa forma, a política fracassada da Convenção de Viena, sem se discutir qualquer proposta de revisão do modelo proibicionista.

A pergunta que deve ser respondida é qual o intuito de se prorrogar uma fracassada política contra as drogas. A guerra pela guerra acaba por servir para manter e gerir conflitos que sustentem a respectiva indústria de controle.

O pior são as consequências devastadoras desta política. De plano, já se destaca a ofensa a princípios constitucionais e legais consagrados, porque tudo está justificado pela guerra. Na guerra não se tem direitos...

Não bastasse isso, Leonardo Sicca¹³ cita as funções declaradas desta política¹⁴ e as funções ocultas, as quais nomeia de funções latentes da guerra contra as drogas.

¹² SICCA, Leonardo. op. cit.

¹³ Ibidem.

¹⁴ As funções declaradas e as funções ocultas da política proibicionista em tema de drogas equivalem a falácia do discurso das funções declaradas da prisão(prevenção geral e especial e retributiva) e a sua contradição com as funções não declaradas muito bem visualizadas por Thomas Mathiessen, quais sejam:1) depurativa: uma sociedade pós-industrial, que está intimamente ligada aos conceitos de produtividade e eficiência deve zelar por tais valores, desvencilhando-se dos improdutivos, seja porque a existência dos ineficientes cria a ineficiência do

As funções declaradas seriam as seguintes: dirimir e eliminar a difusão de substâncias entorpecentes no mundo por meio de medidas que ataquem oferta e demanda; no campo normativo, proclama-se a tutela da saúde pública; quanto à atração do aparelho repressivo a finalidade declarada é aquela que os penalistas classificam como prevenção geral, entendidas nas vertentes de dissuasão e intimidação da vontade ante a ameaça do rigor da lei penal.

Em contrapartida, as funções ocultas, aquelas que efetivamente justificam a manutenção do modelo proibicionista, seriam as seguintes: 1) possibilidade de aumento do poder de controle e urgência que pode ser constatado pela permissão para aprovação de inúmeras leis e aceitação de políticas que violentam direitos fundamentais e garantias legais, bem como a interferência no último campo da soberania estatal que é direito de punir; 2) redução à impotência, que visa reduzir ao silêncio da prisão ou à coação do processo penal aqueles que representam o problema, no caso, viciados, dependentes e traficantes (acrescenta o autor), a fim de que a sociedade possa cobrir essa mazela com um véu e evitar que se manifeste como denunciação de sua fraqueza; 3) diversiva e simbólica, que busca desviar o foco e esconder as fontes geradoras do problema. Função obtida por um meio do estigma imposto pela prisão, que serve para "marcar os indivíduos" e manter um grupo de detidos para ressaltar sua "eficiência". Assim o sistema penal é usado contra os autores de pequenos crimes, viciados ou somente "laranjas", para desviar a atenção das ações mais socialmente perigosas ou aquelas cometidas por indivíduos ou grupos de interesses que dispõem de grande poder; 4) aparelhar a ação estatal, punindo como política institucional de lei e de ordem, de modo que a imposição do castigo penal nunca é vista como suplício individual, mas como realidade institucional de consecução do objetivo de guerra às drogas.

sistema de produção, seja porque no imaginário popular faz presente a idéia de ineficiência do sistema. Daí a razão para a internação ser a forma utilizada para liberar-se do ineficiente (seja em asilos, seja em manicômios, seja em prisões); 2) redução de impotência: não basta a internação, sendo preciso garantir o silêncio para que não se ouça falar mais dos improdutivos, motivo pelo qual são colocados em instituições fechadas; 3) diversiva: a privação da liberdade daquele que foi enclausurado dá visibilidade à criminalidade descalça, encobertando efetivamente as condutas da classe social mais abastada que são, de fato, lesivas a vida em sociedade; 4) simbólica: é com a entrada no cárcere que se inicia o processo de estiquetagem, de estigmatização. Uma das funções da pena é carimbar o criminalizável a ponto de reduzi-lo à impotência; 5) demonstrar a ação: a prisão gera a sensação para a sociedade que aqueles que detêm o poder estão cumprindo com₃o seu papel de reprimir o recrudescimento da criminalidade, já que o ergástulo é a demonstração de que algo está sendo feito.(apud SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 354/356)

Não é à toa que Alessandro Baratta¹⁵ observa que o raio de ação do sistema punitivo na administração de uma pequena população criminal serve para afastar da consciência coletiva o problema político de um número sem-vezes maior de infrações que não levam a punição. Alerta ainda para a seletividade da integração penal sobre as infrações relacionadas a entorpecentes que demonstra o caráter simbólico da intervenção penal, relacionado não só as variáveis relativas a origem social da pequena parte de infratores perseguidos, mas também ao problema estrutural, já que o sistema punitivo não consegue efetivamente proteger os bens jurídicos e diminuir as infrações, desempenhando apenas funções simbólicas, como a confirmação da validade das normas, nada obstante que a maioria das infrações sejam imunes à criminalização e a proteção de bens jurídicos que não ocorre na realidade. Prossegue afirmando que o caráter simbólico da intervenção punitiva, que é feita por intermédio dos sacrifícios de bodes expiatórios, corresponde às características da estrutura tecnocrática do poder em nosso meio social, que impõe a transformação do cidadão de ator político em espectador de um espetáculo de poder.

Adiante, arremata¹⁶:

Não é certamente uma casualidade o fato de que a guerra contra a droga constitua hoje em dia talvez o melhor instrumento de que dispõem os Estados Unidos para legitimar sua hegemonia¹⁷. Os Estados Unidos são, de fato, o país que mais tem pressionado no sentido da internacionalização repressiva dirigida contra determinadas drogas. Esta política, como é sabido, tem proporcionado aos Estados Unidos ocasiões que lhes é possível penetrar e controlar os demais países a nível planetário. Parece que no afa de impor sua liderança no âmbito da "nova ordem internacional" o problema da droga vem ocupar o lugar até agora preenchido pela existência do chamado "socialismo real" enquanto representação simbólica do "império do mal". A existência imaginária deste império contra o qual os Estados Unidos lutariam como um novo São Jorge contra o dragão permite encobrir, através da imagem salvadora de seu poder imperial, o peso dos interesses econômicos e geopolíticos desse país na ordem internacional.

Kai Ambos¹⁸ em artigo sobre as tentativas de controle das drogas na Colômbia, Peru e Bolívia quando trata da classe social atingida pela malha fina policial em tema de

¹⁸ AMBOS, Kai. Acerca de los intentos de control de las drogas em Colômbia, Peru y Bolívia. Cuadernos de política criminal n°53. Madrid, 1994, Edersa, p.656.

¹⁵ BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. Só Socialmente..., org. Odair Dias Gonçalves e Francisco Inácio Bastos, Rio de Janeiro, 1992, p. 45/46.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. Op. Cit..
¹⁷ Quando Alessandro Baratta publicou o artigo, em 1992, efetivamente ∄ internacionalização do modelo proibicionista de combate às drogas era a melhor forma para os Estados Unidos legitimar a sua hegemonia. Na atualidade, a manutenção da política expansionista norte-americana se faz com muito mais força no combate ao terrorismo, embora em relação às drogas ainda persista a expansão da política repressiva.
¹⁸ AMBOS Foi Acado de La internacional de la companya de la

entorpecentes afirma que, malgrado não existam estatísticas no âmbito dos delitos de drogas, se pode comprovar pelas visitas ao cárcere que a maior parte dos reclusos é proveniente de estratos oficiais inferiores, o que, segundo o autor, permite supor que a repressão penal e policial em tema de drogas ilícitas traz consigo uma discriminação das camadas inferiores. Até mesmo quanto aos cargos ocupados na hierarquia do tráfico são de pequena monta, o que têm em comum a fácil substituição por um exército de desocupados e subempregados da América Latina, cuja persecução penal deixa incólume as estruturas da organização do tráfico de entorpecentes. A repressão dirigida majoritariamente contra este grupo de pessoas, como predomina nos três países, se revela inadequada para reprimir o tráfico de entorpecentes.

3 - A fase atual: a política neoliberal de controle e o tráfico de drogas como o inimigo

A Estratégia Nacional de Controle de Drogas dos EUA, em seu projeto para os anos de 1998 até 2007, propõe a comparação da droga com o câncer em substituição a imagem bélica, já que as guerras terminam e o câncer, por enquanto, não.

Noutros termos, há uma mudança de paradigma na atualidade em tema de combate às drogas. Entretanto, o modelo proibicionista possui um fim em si mesmo. É o ambiente favorável para aprovação de medidas de exceção, por meio de uma legislação de urgência que justifique a perseguição de grupos étnicos e de imigrantes. Reduz o controle em relação aos direitos humanos. Incrementa os poderes das agências oficiais de controle. Traz vantagens na área diplomática e acesso a recursos financeiros para operações encobertas. Por outro lado, a proibição gera substantivo aumento do preço das drogas ilícitas que favorece a acumulação de capital. Cria uma linha divisória entre a classe excluída(os homens maus), que é aquela que o braço armado do Estado persegue para reprimir e aplicar o direito penal(e o encarceramento), e a classe dominante, que detém o poder e dirige a ideologia das políticas de segurança pública(os homens bons)¹⁹.

Com efeito, Zygmunt Bauman²⁰ analisa, com base em dados estatísticos, que a repressão total subiu assustadoramente na década de 1980 para 1990 no Reino Unido, bem como o número daqueles que militam com esta indústria, o mesmo acontecendo com a população de ociosos. Em sentido contrário, o Estado concedeu benefícios em número

¹⁹ MARONNA, Cristiano. Op.cit.

²⁰ BAUMAN, Zygmunt. O mal-estar da pós-modernidade. trad. Mauro Gama e Cláudia Matinelli Gama. Rio de Janeiro, Jorge Za aar Editor, p.49/61.

bastante inferior do que aquele necessário. Como cresceu o número de excluídos da vida econômica e social, a população convive com um sentimento de insegurança.

A lógica do mercado era a lógica do trabalho. O normal era o trabalho e o transgressor o desempregado, que efetivamente era visto como um exército de mão—de-obra temporária, que deveria ser preparado para ser reintegrado ao trabalho. Atualmente, racionalizar é cortar custos e isto significa cada vez menos emprego, só que agora não mais um desemprego temporário. O Estado do bem-estar era concebido como instrumento para reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se esforçar mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo. O Estado do bem-estar não era visto como caridade, mas como direito do cidadão, uma rede de proteção, uma forma de seguro coletivo.

A indústria que propiciava trabalho, segurança e subsistência para a maioria da população arcava com os custos da mão-de-obra deixada para trás para torná-la empregável. Hoje, como um crescente setor da população nunca mais voltará ao mercado de trabalho, os gastos com esse conglomerado passa a ser visto como custo que o Estado não mais tem condições de arcar. A previdência social, antes de um direito do cidadão, transforma-se no estado dos incapazes e imprevidentes.

Não há mais razão para arcar com os custos dos desocupados, inexistindo seguro coletivo contra os riscos. A tarefa de lidar com os riscos foi privatizada.

Concomitante ao Estado do bem-estar a salvação não surge mais da sociedade(do Estado assistencial), inexistindo órgãos coletivos e conjuntos encarregados da ordem societária global, sendo certo que a responsabilidade pela situação humana foi privatizada e os investimentos e métodos de responsabilidade foram desregulamentados.

No estágio atual, efetivamente o que regula os papéis do Estado é o individualismo do mercado de consumo. Sob este espectro, o mercado cada vez mais seduz e a medida do consumo é a medida de uma vida bem sucedida e de decência humana. Os que à época do Estado do bem-estar eram alijados do mercado de trabalho dispunham de um meio coletivo para a busca do reingresso em tal mercado. No Estado moderno, com a responsabilidade pela situação humana sendo individual, os excluídos do jogo, os consumidores falhos tornaram-se os perigosos e a prisão foi colocada no lugar das instituições do Estado do bem-estar.

No ano de 1994, nos EUA, 2802 pessoas aguardavam pela execução nas prisões americanas, sendo a maioria esmagadora proveniente da classe baixa, do imenso e crescente depósito onde se armazenam os fracassados e rejeitados pela sociedade consumidora.

A realidade de privatização das prisões chega ao ápice de se pregar a doação compulsória de órgãos daqueles executados. Chega-se, portanto, ao novo papel dos povos, antes vistos como exército de mão-de-obra de reserva, no estágio atual servem de peças sobressalentes para o conserto de outros humanos.

O Estado moderno, portanto, opta pela tendência universal da radical liberdade de mercado ao progressivo desmantelamento do estado de bem-estar, com tendência de incriminar a pobreza, como própria encarnação do pecado por estar fora do mercado de consumo.

João Ricardo W. Dornelles²¹ aponta para as características deste modelo de política criminal neoliberal, a saber: 1) os interesses dos grandes conglomerados econômicos se confundem com os interesses do próprio Estado; 2) a receita para o combate a criminalidade descalça é uma ação altamente repressiva e autoritária; 3) é um modelo que coloca como suspeitos, desviantes e perigosas as pessoas de contato com os indiciados; 4) é um modelo que articula ações penais de repressão e direta com ações privadas de vigilância, controle e repressão; 5) estímulo a extensão e a diversificação das sanções penais e extrapenais; 6) é um modelo que se transforma de política criminal em política de segurança pública; prevalecem os fins puramente repressivos, visando demonstrar a efetividade do sistema.

Este modelo de controle social neoliberal gera respostas estatais conservadoras e antidemocráticas, que o próprio João Ricardo W. Dornelles²² aponta: o reequipamento da polícia, fortalecendo a repressão na guerra contra o crime(com a utilização destas expressões bélicas); construção de novas prisões e mais delitos sancionados com penas mais graves; programas de "lei e ordem" como cruzada contra o crime, equiparando pequenos traficantes de grandes traficantes, consumidores eventuais e consumidores sociais, buscando espalhar um clima de terror na população; crescente número de mortes de supostos delinqüentes em suposto conflito com a polícia; verificação de uma tendência ao armamento particular como

3

²¹ DORNELLES. João Ricardo Wanderley. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro, 2003, ed. Lúmen Júris, p.41
²² Op. cit., p. 33/35.

forma de proteção pessoal e de defesa do patrimônio privado, representando uma perda de confiança nas instituições repressivas; incremento das políticas de encarceramento²³; crescimento de empresas de segurança privada; a veiculação de propostas de privatização do sistema penitenciário.

O que dizer, então, da eleição do traficante de drogas como o inimigo, na atualidade lado a lado com o terrorista?

Günther Jakobs²⁴ ao idealizar o chamado Direito Penal do inimigo o fez em contraposição do Direito Penal do cidadão. Segundo ele, a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição da conduta humana com a norma. Já no Direito Penal do inimigo é a eliminação de um perigo, porquanto neste último caso a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, diminuindo a disposição de tratar o delinquente com pessoa. A lei, portanto, avança a punibilidade para o âmbito da preparação e a pena se dirige a segurança frente a fatos futuros(crimes de perigo), não a sanção de fatos cometidos(crimes de dano). Após a análise dos fatos ocorridos em 11 de setembro de 2001, o autor conclui que o que se subentende a respeito de delinquente cotidiano, isto é, não tratado como indivíduo perigoso, mas como pessoa que age erroneamente, já passa a ser difícil no caso do autor por tendência, como é o exemplo do terrorismo²⁵ que afasta, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico e por isso persegue a destruição desta ordem. Portanto, o direito penal conhece dois pilares em suas regulações: por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade; em contrapartida, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade. As tendência contrárias presentes no direito material (contradição versus neutralização de perigosos) encontram situações paralelas no direito processual, onde as regras mais extremas do processo penal do inimigo se dirigem à eliminação de riscos terroristas, onde a referência a incomunicabilidade dos presos é um exemplo.

²³ A prisão transformou-se em espetáculo. Rotineiramente se tem visto nos meios de comunicação, independente do crime que se está imputando ao indiciado, o cidadão algemado em frente as câmeras como um troféu na mão daqueles que efetivaram a prisão. O indiciado e a vítima passaram a ser estatística, como se os conflitos humanos se resolvessem em números.

se resolvessem em números.

24 JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. Direito Penal do inimigo: noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. 2005. Livraria do Advogado editora, p. 21/50.

25 O autor trata também o tráfico ilícito de entorpecentes como inimigo. Op. cit., p. 35.

Luís Greco²⁶, sobre a concepção de Direito Penal do inimigo galgada por Jaboks, aponta para uma controvérsia na literatura destacando a discussão em dois marcos distintos. De 1985 até a virada do milênio, as primeiras respostas não foram muito críticas, tendo várias manifestações positivas, que versavam ou sobre os aspectos dogmáticos da distinção entre direito penal do inimigo e direito penal do cidadão ou se limitavam a criticar aspectos secundários, como a falta de clareza e até mesmo manifestações encampando a idéia e levando-a adiante. Após a virada do milênio, enfatiza o nupercitado autor, que as manifestações mais recentes de Günther Jakobs receberam críticas apaixonadas tendo como alvo principal das críticas o suposto direito do estado de recusar aos seres humanos o *status* de pessoa, significando, assim, o conceito de Direito Penal do inimigo uma volta a idéias nacional-socialista a respeito da exclusão de determinados grupos.

Linhas adiante o mencionado autor²⁷ prossegue destacando a necessidade de se fazer a distinção conceitual prévia para se buscar a finalidade do chamado Direito Penal do inimigo. Pelo conceito descritivo é possível ver no Direito Penal do inimigo um instrumento analítico para descrever com mais exatidão o direito positivo, na medida em que algumas normas do ordenamento jurídico seriam caracterizadas como Direito Penal do inimigo. Conclui o autor que um conceito descritivo do Direito Penal do inimigo não parece possível, porque o termo "inimigo" é carregado de valores, o que força tanto a ciência do direito penal bem como o discurso cotidiano sobre os fenômenos do crime e da pena a valorarem, sendo desnecessário enquanto não for explicado em que medida ele pode contribuir para uma melhor compreensão do direito vigente se comparado a conceitos tradicionais. Pelo conceito legitimador-afirmativo se formularia uma teoria de seus pressupostos de legitimidade e afirmaria que estão satisfeitos na atualidade, indicando que o dispositivo tem que ser legitimado com base em pressupostos diversos daqueles que valem para os dispositivos tradicionais do direito penal do cidadão.

Ao que parece, ainda que com nomenclatura diversa, esta é a posição defendida por Jesús-Maria Silva Sanchez²⁸ que aponta para o que seriam as duas velocidades do direito penal. Uma primeira, representada pelo direito da prisão, onde seriam mantidos rigidamente os princípios políticos-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios referentes

²⁶ GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 56, setembro-outubro 2005, p. 80/112.
²⁷ Idem. ibidem.

²⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Trd. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo. 2002. Editora Revista dos Tribunais, p. 148/151.

ao processo. Já numa segunda velocidade, encontram-se os casos que não tratam de prisão, senão sanções privativas de direitos ou pecuniárias, onde aqueles princípios poderiam experimentar uma flexibilização proporcional a menor intensidade da sanção. O que o último autor referido questiona é a existência de uma terceira velocidade, onde o direito penal da prisão concorra com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Finda por atestar a existência da chamada terceira velocidade no direito penal sócio-econômico e pela inevitabilidade em alguns âmbitos excepcionais(criminalidade de Estado, terrorismo, criminalidade organizada). Manifesta-se, ainda, no sentido de que este Direito Penal de terceira velocidade não pode aparecer senão como abordagem de fatos emergenciais, uma vez que é expressão de um "Direito de guerra", através do qual a sociedade diante da gravidade da situação excepcional de conflito renuncia de modo qualificado os custos da liberdade de ação, sendo que a legitimidade de tal direito reside em considerações de absoluta necessidade, subsidiariedade e eficácia, embora termine por prever uma ilegítima estabilização e crescimento do chamado Direito Penal do inimigo.

Retornando ao liceu de Luís Greco²⁹, quanto ao conceito legitimador-afirmativo afirma que tal é recusado porque traz uma idéia que leva a que se anulem todos os limites absolutos do poder de punir, que é impreciso e que apresenta um aspecto autoritário que não presta à ciência do direito penal.

Por último, alinhava uma postura crítico-denunciadora³⁰ que ao se referir ao direito penal do inimigo se almeja estigmatizá-lo como antiliberal e contrária ao estado de direito, apontando, assim, para a necessidade de sua reforma. Após demonstrar que esta última visão do Direito Penal do inimigo seria a mais atraente, sobretudo quando se funda em críticas ao bem jurídico saúde pública no direito penal de tóxicos, quando se revela que o que se busca aqui é condenar modos de vida que não são seguidos pela maioria da sociedade, mormente quando detecta que na Alemanha dois terços das ações penais desenvolvidas sobre tóxicos atingem pequenos usuários e traficantes, conclui o autor que o conceito denunciador-crítico de direito penal do inimigo pode ser recusado primeiro pela sua dimensão excessivamente difamatória e emocional, que ultrapassa a crítica para o caráter de quem opina, de modo que dificilmente pode ser empregado sem que com isso se formule uma reprovação pessoal e moral ao defensor de determinada opinião e, em segundo lugar, pela sua dispensabilidade, já

30 Ibidem.

²⁹ GRECO, Luís. Op.cit., p. 102.

que não seria indispensável para se criticar o direito penal a elaboração de um direito penal do inimigo.

A despeito da respeitável posição do autor acima mencionado acerca da dispensabilidade do chamado Direito Penal do inimigo, na doutrina atual esta expressão majoritariamente aparece neste último sentido, qual seja, no contexto crítico-denunciador.

Neste diapasão, Eduardo Demetrio Crespo³¹ comentando sobre o debate acerca da legitimidade do Direito Penal, cujo cerne da discussão atual reside nas propostas abolicionistas versus propostas reducionistas, aponta para a possibilidade de surgimento de construções como o chamado Direito Penal do inimigo, que pretende desalojar da categoria de cidadãos determinados sujeitos que devem ser tratados como meras fontes de perigo, devendo os mesmo ser neutralizados a qualquer preço. Tal Direito Penal do inimigo se caracterizaria por um amplo adiantamento da punibilidade, pela adoção de uma perspectiva fundamentalmente prospectiva, por um incremento notável das penas e supressão de determinadas garantias processuais individuais. Termina por concluir o autor que tal concepção não é somente teórica, mas, infelizmente, existe na legislação, dando como exemplo o terrorismo e o tráfico de drogas, finalizando por entender que tal direito não pode ser o direito penal característico de um Estado de Direito e que toda vez que são fixados objetivos primordiais no combate a determinados grupos de pessoas, abandona o princípio básico do direito penal do fato para manifestar-se na tendência autoritária do direito penal do autor. Assim, mesmo que se pregue a utilização de tal direito com base na eficácia e segurança está vedada na esfera axiológica, porquanto a validade não se extrai da eficácia. Para o autor, o chamado Direito Penal do inimigo é consequência do uso simbólico do direito penal, assim compreendido aquele que persegue fins distintos da proteção de bens jurídicos no marco constitucional e da própria crise do Estado de Direito.

Manuel Cancio Meliá³² na mesma toada revela que o Direito Penal do inimigo jurídico-positivo vulnera o direito penal do fato, que se entende como aquele princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os meros pensamentos, isto é, rechaçando-se um direito penal orientado na atitude interna do autor. A rigor, quando se fala em Direito Penal do inimigo a regulação tem

³¹ CRESPO, Eduardo Demetrio. Do "direito penal liberal" ao "direito penal do inimigo". Ciências Penais. Vol.

uma direção centrada na identificação de um determinado grupo de sujeitos(os inimigos) mais que na definição de um fato.

No mesmo tom, Cornelius Prittwitz³³ sobre o tema enxerga que o direito penal do inimigo é fruto do direito penal do risco, que deve ser repudiado com todas as forças, já que por trás deste conceito esconde-se na realidade a expansão do direito penal e em conseqüência do poder do Estado em paralelo à redução paulatina de liberdades civis. Sobre o direito penal do risco, o autor comenta que longe de permanecer fragmentário o direito penal sofreu uma mutação para um direito penal expansivo caracterizado por novos candidatos no círculo de direitos (exemplificadamente, o ambiente, o mercado de capitais, a saúde da população), o deslocamento mais para frente da fronteira entre comportamentos puníveis e não-puníveis e a redução das exigências de censurabilidade, expressada na transformação de lesão aos bens jurídicos em perigo aos bens jurídicos³⁴.

No presente trabalho esta também será a concepção adotada, seja pelo seu tom crítico, seja porque se advoga que não é de todo dispensável o julgamento teórico do chamado direito penal do inimigo, ainda que tal seja um nome-fantasia, dado a constatação do avanço do direito de punir do Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais arduamente conquistados pelas sociedades.

No tema tráfico de entorpecentes, facilmente se constata que o traficante foi alçado ao patamar de inimigo a ser derrotado.

A lei 11.343/06 estabeleceu implicitamente como será visto doravante, comprovando que o Poder Legislativo produz normas absorvendo o movimento da lei e da ordem como forma de solução dos conflitos sociais.

Ademais, a política pública da intolerância foi instalada pelo Poder Executivo. Não raras vezes, destaca-se no noticiário jornalístico a ocupação por tempo indeterminado em favelas cariocas com confronto entre policiais e traficantes, que acabem por legitimar toda a

³³ PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o Direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, marçoabril, 2004, p.31/45.

abril, 2004, p.31/45.

34 De se notar que o crime de tráfico ilícito de drogas (art.33 da lei 11.343/06) é considerado crime de perigo presumido, o que equivale a dizer que o legislador se contenta com a simples exposição do bem jurídico saúde pública a exposição a perigo, não necessitando do dano para a ocorrência do delito, dispensando a lei, ainda, a prova do perigo, por força da presunção.

sorte de abusos praticados por aqueles que representam o Estado e deveriam zelar pela segurança da população, mesmo da população carente. Em nome de uma pretensa "segurança pública" execuções sumárias pela polícia viram episódios de "bala perdida" ou "auto de resistência", a inviolabilidade constitucional do domicílio se transforma na política do "pé na porta", o direito de ir e vir se transmuda em "toque de recolher" ou até mesmo em pagamento de pedágio para se ter livre trânsito e o direito de propriedade da população carente fica à mercê do arbítrio dos próprios policiais que, quando querem, praticam furtos em bares e mercearias das comunidades.

Por sua vez, o Poder Judiciário, que tem a missão constitucional de dizer o Direito e, por conseguinte, distribuir Justiça, não consegue julgar com imparcialidade o diferente. O outro da favela é diferente do magistrado. Se o Judiciário brasileiro se olhar no espelho não verá o morador de comunidade carente. E, em relação a este, seja traficante ou não, não há problemas em se tolher direitos pela milícia, braço do Estado, de modo que toda a monta de ilegalidades acaba sendo chancelada por quem tinha por dever constitucional em rechaçá-las.

Pior: muitas vezes quem acaba decretando a condenação em tema de drogas é próprio policial que prendeu o cidadão-processado, porque sua palavra tem enorme credibilidade perante o Estado-juiz, como se polícia e magistrado, secretário de segurança pública e juiz de direito fossem sinônimos.

Diante de tal quadro, além da percepção da aplicação da lei de maneira diversa (para ricos e pobres), facilmente se consta a razão pela qual em tema de entorpecentes o traficante é elevado a condição de inimigo. Não é por outra razão a abordagem do direito penal do inimigo neste espaço em seu sentido crítico-denunciador.

Veja-se, por pertinente, o tratamento dispensado pelo Poder Judiciário em um caso de acusação(sem sentença, muito menos trânsito em julgado) por tráfico de entorpecentes, onde é negada a ordem de *habeas corpus* ao paciente, mesmo tendo sido reconhecido, ainda que implicitamente, o excesso de prazo na prisão do acusado, onde há prejulgamento pelo órgão *ad quem* e rechaço a tese da impetração somente pela imputação que pesava contra o paciente.

"(...)É certo que temos vivenciado dias de pânico, sobressalto, intranqüilidade em conseqüência da atuação audaciosa das quadrilhas de traficantes que, atrevidamente, vão às ruas e submetem cidadãos de bem a toda sorte de constrangimentos e, impunes, retomam a seus redutos. Não se pode deixar de levar em consideração os termos da impetração, que revelem

fatos graves, como demora no julgamento do paciente, que já foi sanada, estando o feito agora tramitando regularmente. Todavia, não há como se conceder a ordem requerida e deixar livres os pacientes, eis que, as circunstâncias em que ocorrera a prisão do paciente e seus co-réus, revela a insensatez de conceder-se tal mercê. Só um insano colocaria em liberdade o paciente, integrante que é, de um grupo preso com grande quantidade de substância entorpecente e armas (inclusive um fuzil FAL), sendo certo que a situação caótica a que chegamos em termos de insegurança, não permite a concessão de qualquer mercê a acusados de envolvimento com o tráfico de drogas, atividade criminosa violenta que tanta intranquilidade traz à nossa cidade. Todavia, o feito começou a caminhar regularmente, tendo a audiência de Sumário de Culpa sido realizada no dia 24/06/04 último, ou seja, a instrução criminal encontra-se terminada, incidindo agora o teor da Súmula 52 do STJ. Pelas informações prestadas, o pequeno atraso no término da instrução criminal foi perfeitamente justificável, se enquadrando perfeitamente dentro do Princípio da Razoabilidade, não se justificando que se coloque nas ruas perigosos traficantes, porém, o alegado atraso já se encontra superado com o término da instrução criminal, estando o feito maduro para ser proferida sentença. Os autos retratam fatos gravíssimostráfico de entorpecentes - crime assemelhado a hediondo. É o câncer da sociedade. O crime por definição, em torno do qual giram todos os outros crimes, tantos, o suficiente para manter a insegurança e temerosa toda uma Cidade, um Estado e o mesmo País. Portanto, verifica-se que a instrução criminal encerrou-se. Aplicável ao caso o teor do Enunciado 52 da Súmula do STJ. A prisão cautelar é perfeitamente legal, já que encerrada a instrução criminal, inexistindo o alegado constrangimento ilegal. ORDEM DENEGADA³⁵

Renato de Mello Jorge Silveira³⁶ chama atenção em artigo doutrinário, criticando veementemente a banalização da utilização de tipos penais de perigo abstrato, como é exemplo a lei 11.343/06, onde há a antecipação da punição para antes da ofensa real ao bem jurídico tutelado, que nunca foi tão evidente a colocação como "inimigo" social dos afetos às drogas como é na atualidade.

Salo de Carvalho, em sua última edição do livro "A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático", disserta sobre a ampliação do conceito de inimigo ao ultrapassar o marco dos terroristas para açambarcar as demais organizações criminosas, que acaba por fornecer condições de expansões do discurso peal em detrimento dos sistemas de garantias, aí incluindo o traficante de drogas no rol de inimigos. E acaba por arrematar:

A beligerância do discurso penal do inimigo transpõe as ações de desrespeito aos direitos exercidas pelas agências repressivas(ilegalidades toleradas) do

 ³⁵TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Habeas corpus 3031/2004. Rel. Des. Gizelda Leitão.
 Segunda Câmara Criminal. Disponível em: www.tj.rj.gov.br. Consulta em: 26.12.2005.
 ³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Drogas e polícitca criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito

³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Drogas e polícitca criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal raciona'*. Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005, p.40.

plano fático ao discurso legitimador, abrindo espaços para a justificação do terrorismo de Estado(direito penal do terror) através da aplicação do direito penal (do inimigo).

Neste quadro de apontamento de exceções que se tornam duradouras, a categoria normatizada organizações criminosas adquire fundamental importância, visto ser o conceito que possibilitará agregar sob o mesmo estilo repressivo condutas absolutamente diversas como o terrorismo, o comércio de drogas ilícitas, a imigração ilegal, o tráfico de pessoas e de órgãos, os crimes econômicos entre outros.³⁷

4 – Reflexo do modelo penal repressivo no Brasil: da Constituição da República de 1988 até a lei 11.343/06

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 5°, inciso XLIII que a lei considerará delitos inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes, o terrorismo e aqueles definidos na lei como crimes hediondos³⁸.

Em suma, o Pacto Fundamental equipara os crimes de terrorismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes aos delitos hediondos, cabendo ao legislador infraconstitucional estabelecer quais seriam os chamados crimes hediondos, desde já vedando aos processados e condenados por tais delitos a fiança, a graça e a anistia, institutos já proibidos pelo próprio pacto fundador.

Em 26 de julho de 1990, assinada pelo então presidente Fernando Collor de Mello, é publicada a lei que é o marco característico da absorção do Movimento da Lei e da Ordem pelo legislador pátrio, a chamada lei de crimes hediondos(Lei 8072/90).

No artigo 1º do referido diploma legal o legislador estampa o rol dos crimes hediondos, para, a seguir, já no artigo subsequente começar a proibir: para os crimes hediondos e equiparados(aí incluído o tráfico ilícito de entorpecentes) fica vedada a anistia, a graça e o indulto(ampliando o leque de vedações constitucionais), a liberdade provisória³⁹

³⁷ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 3ª ed. reescrita, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, p.63/77.
³⁸ Segundo o professor Alberto Silva Franco, este é o ovo de sergente do movimento da lei e da ordem que foi

³⁸ Segundo o professor Alberto Silva Franco, este é o ovo de sergente do movimento da lei e da ordem que foi depositada no ordenamento jurídico brasileiro, sob a categoria de crime hediondo. FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8072/90.* 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.86.

⁵⁰A restrição à liberdade provisória sem fiança, atendendo a orientação jurisprudencial dos Tribunais Superiores, foi retirada da lei 8072/90 pela lei 11.464/07.

com ou sem fiança(também alargando a vedação constitucional), estabelece o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena pelo condenado⁴⁰, o que equivale a afirmar que era impossível a progressão de regime, impõe a regra do réu não poder apelar em liberdade, ao arrepio de direitos fundamentais, aumenta o limite de prazo para trinta dias na hipótese de decreto de prisão temporária para os crimes hediondos e assemelhados, fixa o lapso temporal de dois terços para o livramento condicional de tais crimes, proibindo-o em caso de reincidência específica, estabelece novos limites de pena para vários crimes, aumentando-os e fixa causa de aumento de pena para os casos em que as vítimas estejam nas hipóteses de presunção de violência previstas no Código Penal.

Curioso notar que, malgrado tal legislação tenha vindo reprimir os crimes hediondos e equiparados, o legislador infraconstitucional cria um diploma legal exclusivo para o crime de tortura, a lei 9455, que entra em vigor em 08 de abril de 1997. Tal lei, além de tipificar condutas criminosas, veio tratar de maneira diversa o crime de tortura em relação ao demais crimes hediondos e equiparados, ao estabelecer, via de regra, para o torturador o regime inicial fechado(e não o integralmente fechado), a possibilidade de liberdade provisória e de indulto.

Basta observar quem comete o crime de tortura e aqueles que cometem o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e demais crimes hediondos e assemelhados para se constatar a seletividade do direito penal a justificar o tratamento diferenciado. Em verdade, é a constatação de que a verborragia do Movimento da Lei e da Ordem tem seu espaço para os privilégios e a simbologia da aplicação do direito penal como remédio só encontra eco quando atinge a parcela excluída da população.

No compasso do tempo, em 13 de julho de 2001, foi publicada a lei 10.259, que criou os juizados especiais federais criminais. O artigo 2°, parágrafo único, da mencionada lei estabelece como infração penal de menor potencial ofensivo toda aquela cuja pena máxima não exceda a dois anos ou multa. A despeito do legislador no artigo 20 da referida lei vedar a sua aplicação no âmbito da justiça estadual, a jurisprudência, em apego ao princípio constitucional da isonomia, pacificou entendimento no sentido de que não há espaço para dois conceitos de infração penal de menor potencial ofensivo no mesmo, ordenamento jurídico,

⁴⁰ Posteriormente, em 23 de fevereiro de 2006, a inconstitucionalidade desta norma que fixa o regime integralmente: fechado para os crimes hediondos e equiparados é declarada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus nº 82959.

sendo inadmissível que se tivesse na área federal uma infração de menor potencial ofensivo e no âmbito estadual outra definição. Nestes termos, passou a se considerar infração penal de menor potencial ofensivo toda aquela que a pena máxima não exorbitasse a dois anos ou multa, independente se em lei especial havia procedimento específico previsto, revogando tacitamente o artigo 61 da lei 9099/95.

No tema em apreço tal consideração tem relevância porque o crime de porte de substância entorpecente para uso próprio - cuja pena máxima àquela época era de dois anos de detenção - passou a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo, aplicando-selhe a lei 9099/95 com todas as suas conseqüências, inclusive a impossibilidade de prisão em flagrante, o que é de suma importância para o trabalho e será objeto do tópico seguinte. Por ora, é imperioso ter assento que, posteriormente a sua *vacatio legis*, ou seja, a partir de 12 de janeiro de 2002, a Lei 10259/01 passou a ser aplicada também no âmbito estadual, ao menos no que se refere ao conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, não havendo mais prisão em flagrante para o consumidor de entorpecente.

Também em janeiro de 2002, a lei 10409 entra em vigor natimorta. Tal diploma legal tinha a pretensão de dispor sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso, e ao tráfico de entorpecentes. Todavia, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, veta todo o capítulo III da susomencionada lei, que tratava dos crimes e das penas. Mencionada lei mantinha a pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, já prevista na lei 6368/76, entre três e quinze anos de reclusão mais multa. Criava a figura delitiva daquele que financiava o crime de tráfico ilícito de entorpecentes, com pena entre oito e quinze anos de reclusão mais multa. Estipulava ainda a conduta do crime de posse para consumo pessoal, trazendo a novidade no sentido de que a pena para tal infração penal seria de prestação de serviços à comunidade, internação ou tratamento em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar, comparecimento de reeducação, suspensão temporária para conduzir qualquer tipo de veículo, cassação de licença para dirigir veículos, cassação de licença para porte de arma, multa e interdição judicial. Em suma, a pena para o consumidor de entorpecentes não mais seria privativa de liberdade.

Todavia, como o capítulo III foi vetado, o entendimento jurisprudencial predominante firmou-se no sentido de que tal lei apenas seria aplicada na parte procedimental⁴¹, enquanto que a parte criminal permanecia inalterada, ditada pela lei 6368/76.

Por fim, entra em cena a lei 11343/06, cuja vigência teve início em 08 de outubro de 2006.

Impõe frisar, que com a entrada em vigor da lei 11343/06 saíram do mundo jurídico tanto a lei 6368/76 como a lei 10409/02, por revogação expressa do artigo 75 da nova lei.

A maior novidade trazida pela lei 11343/06 é a descarceirização da conduta do consumidor de drogas. No ordenamento jurídico brasileiro não é mais possível se falar, depois da entrada em vigor da lei 11343/06, em pena de prisão para o consumidor de drogas. Aquela pena que era de detenção de seis meses a dois anos mais multa passa, agora, de acordo com o artigo 28 da lei 11343/06 a ser de advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, podendo ser aplicada cumulativa ou isoladamente(artigo 27). O prazo máximo da sanção imposta é de cinco meses de acordo com o §2º do artigo 28 da lei em comento, sendo certo que se o réu for reincidente a pena pode ser aplicada pelo prazo máximo de dez meses(artigo 28, §3º).

Para que se garanta o cumprimento das penas, pode o juiz fazer a admoestação verbal ou aplicar multa, segundo faculta o artigo 28, §6°, I e II da lei 11343/06. Lembre-se, por oportuno, que esta multa jamais pode se converter em prisão pela nova redação dada ao artigo 51 do Código Penal pela lei 9268/96 e também porque a nova lei de drogas não menciona em prisão para o consumidor.

O artigo 16 da lei 6368/76 trazia três núcleos do tipo, quais sejam, adquirir, guardar ou trazer consigo. O artigo 28 da lei 11343/06 acrescenta mais dois: ter em depósito e transportar. A tentativa que era de difícil visualização fica mais evidente no verbo transportar.

⁴¹ Quando da entrada em vigor da lei 10409/2002 duas posições doutrinárias e jurisprudenciais surgiram. Uma, no sentido de que a lei não se aplicava nem mesmo na sua parte procedimental, járque o artigo 27 enfatizava que o procedimento seria aplicado aos crimes previstos naquela lei. Inexistentes os crimes, porquanto vetados, a lei não seria aplicada na sua parte procedimental, permanecendo, intacta, a aplicação da lei 6368/76, seja na parte penal como na parte procedimental. Outro entendimento, o que prevaleceu, é no sentido de que por trazer um procedimento com maior plenitude de defesa, deveria ser aplicada a parte procedimental da lei 10409/2002 e a parte material da lei 6368/76.

Contudo, não há qualquer diferença prática porque a sanção acaba sendo a mesma, já que não tem que aplicar qualquer redutor como no parágrafo único do artigo 14, inciso II do Código Penal por não se tratar de pena de prisão.

Importante constatar que o legislador pátrio entendeu que o consumidor de droga não é assunto que se resolva com prisão, muito embora persista em criminalizar tal conduta. Fortuito concluir, portanto, que em relação ao consumidor de drogas a lei 11343/06 tratou do tema de maneira mais branda. Trata-se, em conclusão, de *novatio legis in mellius*, que deve retroagir para beneficiar o agente. Noutros termos, a nova lei será aplicada mesmo a fatos ocorridos antes da sua entrada em vigor.

Em relação ao agente dependente ou que atua sob o efeito de substância entorpecente, cuja ingestão foi proveniente de caso fortuito ou força maior, a lei 11343/06 - em seus artigos 45 e 46 - reconheceu o mesmo tratamento dispensado pela lei 6368/76.

Já em relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, todo o abrandamento trazido em relação ao consumidor de drogas fica esquecido, já que é patente a finalidade repressiva da lei. Os tipos penais dispostos nos artigos 33 e \$1° cominam pena entre cinco e quinze anos de reclusão mais multa de quinhentos a mil dias-multa.

Cria um tipo penal no artigo 36 relativo ao agente financiador do tráfico ilícito de drogas cominado sanção que varia entre oito e vinte anos de reclusão acrescida de multa entre mil e quinhentos e quatro mil dias-multa, em aberrante ofensa ao princípio da proporcionalidade já que o homicídio simples tem pena mínima de seis anos, a despeito de tutelar a vida humana.

Com efeito, a situação se agrava ainda mais quando no artigo 40 da lei 11343/06 o legislador traz sete causas de aumento de pena variáveis entre um sexto e dois terços. Não é exagero afirmar que dificilmente alguém responderá por crime de tráfico ilícito de drogas sem uma das causas de aumento de pena.

Cristiano Maronna⁴² comentando o novo diploma legal sustenta que

⁴² MARONNA, Cristiano Avilla. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. Boletim IBCCrim nº 167. outubro. 2006, p. 4.

O novel diploma, como se vê, segue o ideário da war on drugs. Nem mesmo o colapso do sistema prisional arrefeceu o ímpeto punitivo do legislador pátrio, para quem a sensação de insegurança causada pelo crime(e muito especialmente pelo "problema" das drogas ilícitas) deve ser combatida com ordem, disciplina e punição sem quartel. Encarceramento em massa. Prisão processual obrigatória. Penas longas. Tolerância zero.

O proibicionismo triunfou novamente e talvez seja uma das raras unanimidades planetárias, da direita à esquerda, do centro à periferia, da ditadura à democracia. Nesse contexto, a nova lei de drogas representa mais do mesmo: a opção pelo modelo proibicionista e sua política criminal bélica, com derramamento de sangue.

No que tem de essencial, portanto, a Lei nº 11.343/06 é draconiana. O alardeado abrandamento do tratamento dado ao porte para consumo pessoal é, na verdade, uma cortina de fumaça com o objetivo de contrabalançar o agravamento da punição ao tráfico.

O artigo 44 do diploma legal examinado, em perfeita tradução do movimento para o recrudescimento do trato das questões criminais, veda ao condenado por tráfico ilícito de drogas a fiança, o *sursis*, a graça, a anistia, o indulto, a liberdade provisória, a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos e estabelece o lapso temporal de dois terços para a concessão do livramento condicional, vedando tal direito ao reincidente específico.

Não é por outra razão que Rogério F. Taffarello⁴³ concluiu que

Importa, ora, deixar claro que os avanços da Lei nº 11.343/06 somente podem ser assim considerados sob a perspectiva da equivocada política criminal brasileira acerca do tema, excludente e ineficaz tal como o paradigma fundamental que inercialmente a conduz: o War on Drugs estadunidense, cuja principal conseqüência, além da marginalização social, tem sido exatamente o aumento do tráfico e mesmo do consumo de drogas em toda parte. (9) Como dito, as iniciativas liberalizantes trazidas pelo novo diploma, ainda que tímidas, são bem-vindas, sobretudo tendo-se em conta o atual contexto de irracionalidade legislativa e as dificuldades que se põem aos Estados nacionais, especialmente os periféricos, que tencionem buscar alternativas ao War on Drugs. Não se pode, porém, furtar-se a criticar a falta de esclarecimentos e/ou de coragem do legislador pátrio para abandonar um paradigma falho e perverso.

Sem sobra de dúvidas a nova lei 11343/06 é mais adequada do que a revogada lei 6368/76 no trato do problema do consumidor de entorpecentes, ainda que melhor teria sido optar pela descriminalização ao revés da descarceirização. No que se refere à problemática do tráfico ilícito de drogas, a nova lei é tenebrosa. Há uma manifestação clara do legislador no

⁴³ TAFFARELLO, Rogério F.. Nova política criminal de drogas : primeiras impressões. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, p. 2-3, out. 2006.

sentido de que absorveu a idéia do movimento da lei e da ordem. Mais que isto: o proibicionismo em tema de drogas fez com que a pena mínima do tráfico ilícito de entorpecentes passasse a ser de cinco anos, vedando-se toda a sorte de direitos no processo penal e na execução penal, salvo, neste último caso, a progressão de regime. Diante da abissal distinção de tratamento dado pelo legislador ao consumidor de drogas e ao traficante, pode-se concluir que o novo estatuto trouxe a concepção de que a penitenciária é o lugar para o lixo social que a sociedade pós-moderna e globalizada não conseguiu tragar, cabendo ao direito penal o papel fundamental de controlar a massa pobre, já que, via de regra, é a camada alvo da repressão estatal em tema de tráfico de drogas.

5 - O estudo de caso: a comarca de Campos dos Goytacazes - período: 2000 - 2005

O embrião do trabalho desenvolvido nasceu na militância forense. O autor como defensor público vivenciou cotidianamente, seja através do contato pessoal travado com os seus assistidos processados, nos fóruns ou nas cadeias públicas, quer através do contato com as famílias dos mesmos, seja através dos enredos desenvolvidos nos autos de prisão em flagrante, nas denúncias e no corpo dos autos, a experiência de lidar com parcela miserável da população.

Muito desse processo de estigmatização se deve a repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes pelas instâncias oficiais de controle, que em sua maioria esmagadora se presta a encarcerar jovens pobres de comunidades carentes, aumentando ainda mais o abismo social existente entre o mundo dos incluídos e excluídos. Por outro lado, a prisão dos jovens, pretos, pobres e fora da escola em sua maioria, serve para demonstrar a sociedade que as instâncias oficiais estão atuando no controle da criminalidade, dando visibilidade à prisão.

O tráfico ilícito de entorpecentes, portanto, concomitantemente assume o papel de inimigo público e de responsável pela visibilidade das instâncias oficiais de controle social. Aqui se busca demonstrar que quando o crime de posse de substância entorpecente para uso próprio passa a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo a repressão das agências de controle diminuiu, já que tal crime não gerava mais prisão em flagrante do infrator. Em contrapartida houve o aumento da repressão em relação ao tráfico de entorpecentes.

Buscou-se através dos livros de distribuição do Cartório Distribuidor da Comarca de Campos dos Goytacazes⁴⁴ verificar, no período compreendido entre os anos 2000 e 2005, a quantidade de denúncias ou termos circunstanciados distribuídos para as duas varas criminais da Comarca de Campos dos Goytacazes e para o Juizado Especial Criminal com referência, exclusivamente, aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e posse de entorpecente para uso próprio.

Tabela 1 – Inquéritos iniciados com auto de prisão em flagrante e denúncias distribuídas para as duas varas criminais da Comarca de Campos dos Goytacazes relativas aos crimes dos artigos 12 e 16 da lei 6368/76

DISTRIBUIÇÃO POR ANO	ARTIGO	ARTIGO 16	TOTAL POR ANO DE
	12		DISTRIBUIÇÃO DOS ARTS. 12 e
			16
2000	33	122	155
2001	40	91	131
2002	68	179	247
2003	118	06	124
2004	136	09	145
2005	118	17	135
TOTAL	513	424	939

É preciso lembrar, até porque de vital importância para a análise das tabelas, que a lei 10259 de 21 de julho de 2001, que entrou em vigor em 13 de janeiro de 2002, como dito acima, passou a considerar infração penal de menor potencial ofensivo toda aquela cuja pena máxima não ultrapassasse dois anos ou multa. Isto significa afirmar que o crime de porte de substância entorpecente para uso próprio, a partir de janeiro de 2002, passa a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo, devendo ser julgado pelo Juizado Especial Criminal.

Decorre disso a importância de se analisar a tabela das distribuições de termos circunstanciados para o Juizado Especial Criminal a partir do ano de 2002 até o final do ano de 2005, com referência ao crime tipificado no artigo 16 da lei 6368/76.

⁴⁴ De acordo com o artigo 132, a, III do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, até o ano de 2007 a Comarca de Campos dos Goytcazes contava com dois juízos criminais(1ª e 2ª Vara Criminal), al m do Juizado Especial Criminal, criado posteriormente, após o advento da Constituição da República de 1988 e da lei 9099/95. A partir de 2007 há mais um juízo criminal, qual seja, a 3ª Vara Criminal.

Tabela 2 – Termos circunstanciados relativos ao crime do artigo 16 da lei 6368/76 distribuídos para o Juizado

Especial Criminal da Comarca de Campos dos Goytacazes			
ANO	DISTRIBUIÇÃO		
2002	252		
2003	85		
2004	100		
2005	75		
TOTAL	512		

Uma terceira tabela concluirá, com o somatório das duas tabelas anteriores, o número exato de distribuições de denúncias e termos circunstanciados na Comarca de Campos dos Goytacazes entre 01 de janeiro de 2000 e 31 de dezembro de 2005 e, no passo seguinte, analisar-se-á esta terceira tabela.

Tabela 3 – Total de distribuições de denúncias e termos circunstanciados na Comarca de Campos dos Goytacazes relativas aos crimes dos artigos 12 e 16 da lei 6368/76 no período compreendido entre os anos de 2000 e 2005

DISTRIBUIÇÃO POR ANO	ARTIGO 12	ARTIGO 16	TOTAL POR ANO DE
			DISTRIBUIÇÃO(art.12 e 16)
2000	33	122	155
2001	40	91	13,1
2002	68	435	503
2003	118	91	209
2004	136	109	245
2005	118	92	210
TOTAL	513	940	1453

Para se tecer uma análise escorreita do que representam os números da tabela acima é preciso fazer duas observações. Primeiro, propõe-se a desconsideração do número referente à distribuição do ano de 2002, com relação à distribuição de termos circunstanciados pelo crime de porte de entorpecente para uso próprio. Quando da entrada em vigor da lei 10259/01, em janeiro de 2002, os juízes das varas criminais determinaram a remessa dos autos referentes às denúncias deflagradas por crime de posse de entorpecente para consumo pessoal para o Juizado Especial Criminal, por entenderem tratar de competência com arrimo constitucional, portanto, absoluta, motivo pelo qual declinaram da competência porque passaram a ser incompetentes, sendo esta a razão da enxurrada de distribuições para o Juizado Especial Criminal no ano de 2002.

De outra banda, para a análise da tabela com olhar crítico merece relevo a abissal distinção entre o tratamento dado ao traficante de entorpecentes e ao consumidor de entorpecentes, já que no momento em que o crime praticado por este último passa a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo, a lei 9099/95 determina em seu artigo 69 e parágrafo único que a autoridade policial deverá lavrar termo circunstanciado e liberar o conduzido que for levado até à delegacia de polícia e assumir o compromisso de comparecer em juízo quando intimado. Trocando em miúdos, o crime do artigo 16 da lei 6368/76 até o advento da lei 10259/01 gerava prisão em flagrante para o autor, de maneira que, posteriormente, como passou a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo, não redundava em prisão.

Dividindo a tabela 3 ao meio e desconsiderando as distribuições no ano de 2002, facilmente se constatará que quando os crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e posse de entorpecentes para consumo pessoal geravam prisão distribuía-se mais do dobro de denúncias pelo crime do artigo 16 da lei 6368/68 do que pelo crime do traficante de drogas.

Já a partir do ano de 2003 até o ano de 2005, quando o consumidor de entorpecentes não podia mais ser preso em flagrante delito(agora, então, com a lei 11.343/06 nem se fala!), a lógica das distribuições se inverte ditadas pelas prisões dos novos traficantes. Foram distribuídas mais denúncias pelo crime do artigo 12 da lei 6368/76 para as varas criminais do que termos circunstanciados pelo crime do artigo 16 da lei 6368/76 para o Juizado Especial Criminal. A prisão do traficante que representava a terça parte das prisões envolvendo drogas(entre traficantes e usuários) do ano de 2000 até 2003 depois que o crime de posse de entorpecente para uso próprio passa a ser considerado infração penal de menor potencial ofensivo aumenta quase ao quádruplo e representa uma estatística superior a cinqüenta por cento da distribuição comparando entre denúncias pelo crime de tráfico e termos circunstanciados pelo delito tipificado no artigo 16 da lei 6368/76.

Pelas tabelas acima expostas se denota que a repressão ao consumidor de drogas na comarca estudada, a partir do ano que não acarreta a prisão em flagrante delito, perde o seu interesse. As agências oficiais de controle passam a reprimir com muito mais força os traficantes. Demais disso, se percebe que com a abstração da capitulação, consumidores de drogas passam a ser presos como traficantes, comprovando que ao Estado o que interessa é enclausurar, para que a prisão atinja as suas funções ocultas.

6 - A necessária participação preventiva da defensoria pública no acesso à ordem jurídica justa

Toda vez que se ouve mencionar sobre a função da Defensoria Pública, a par de sua essencialidade conferida pela própria Constituição da República de 1988, em seu artigo 134, no que atina a função jurisdicional, se coloca a Instituição como garantia de efetividade de valores do Estado Democrático de Direito, tais como a cidadania, a própria democracia, os direitos fundamentais, entre outros.

Fernando Capez comentando sobre o Estado de Direito assim se pronunciou:

Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de Direito. Este último assegura a igualdade meramente formal entre homens, e tem como características: a) a submissão de todos ao império da lei; b) a divisão formal do exercício das funções derivadas do poder, entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários, como forma de evitar a concentração a força e combater o arbítrio; c) o estabelecimento formal de garantias individuais; d) o povo como origem formal de todo e qualquer poder; e) a igualdade de todos perante alei na medida em que estão submetidos às mesmas regras gerais, abstratas e impessoais; f) a igualdade meramente formal, sem atuação efetiva e interventiva do Poder Público, no sentido de impedir sociais de ordem material."⁴⁵

A Defensoria Pública é a instituição-instrumento, que leva o povo carente de recursos financeiros a participar de uma decisão soberana do Estado, influenciando-a, que é a sentença.

Por essa razão, muitas vezes, a Defensoria Pública é vista, na feliz expressão de Rogério Nunes de Oliveira⁴⁶, citando Juan de Dios Moscoso, como "um contra-poder, dirigido à proteção dos direitos humanos em face do próprio Estado, o qual, como é de domínio público, tem sido o mais perigoso saqueador dos direitos fundamentais dos indivíduos".

Exatamente é o que ocorre nesse Brasil de vetustas desigualdades sociais. A despeito do rol de direitos fundamentais elencados na Constituição da República, é este Estado brasileiro o maior violador de tais regras. A disparidade de armas é tamanha que justifica, inclusive, a existência de um braço do Poder Judiciário somente para julgar as causas de

 ⁴⁵ CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. Vol.I, 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002, p.7.
 ⁴⁶ OLIVEIRA. Rogério Nunes de. Assistência jurídica gratuita. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006, p. 79/80

interesse da União, qual seja, a justiça federal, ao passo que nas justiças estaduais existem varas especializadas para julgar o Estado, ou seja, as Varas de Fazenda Pública.

Paulo Sérgio Pinheiro⁴⁷, em obra com o sugestivo título "Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina" cita a dramática distância entre os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, reproduzidas em muitas Constituições da América Latina, e o cotidiano do império da lei. Dispara o autor que abusos de direitos humanos acontecem todos os dias e a maioria dos violentadores não é punida por esta agressão. O monopólio estatal da violência foi elastecido de tal monta que a criminalidade se acentuou de tal maneira que corrói além das expectativas de democracia, acentuando a violência arbitrária, enfraquecendo a legitimidade do sistema político. Há um paradoxo que enfraquece os esforços de luta contra a violência, já que apesar de constar nos textos escritos a cidadania plena é praticamente inexistente para a maior parte da população.

Nenhum Defensor Público que se preze irá aplaudir este ou aquele crime. Todo e qualquer delito contraria o Estado de Direito. Tampouco não esperem que ficará calado diante da forma discriminatória como a lei é produzida, sem denunciar os fins a que ela se destina, bem como a sua aplicação seletiva, da qual o direito penal é na atualidade o maior exemplo, infelizmente.

De maneira irretocável e do alto de sua autoridade, Silvio Roberto Mello de Moraes deixou registrado para a história que

E é justamente pela importância do papel da Defensoria Pública e sua direta influência na mudança do atual quadro social, que a Instituição, não raras vezes, se depara com poderosos inimigos que, pertencentes às fileiras dos opressores e antidemocráticos, não pretendem qualquer mudança na situação social presente. Muitas vezes, travestidos de falsos democratas, agem sorrateiramente, enfraquecendo e aviltando a Instituição que certamente mais lhe assusta, pois o seu papel transformador, reduz o domínio que exercem sobre os desinformados e despreparados que, infelizmente, constituem a maior parte da nação brasileira. Preocupa-os, portanto, a idéia de uma Defensoria Pública forte, independente e transformadora, capaz de exercer com altivez sua missão constitucional, livre de ingerências políticas.⁴⁸

Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio. Ed. Paz e Terra, p.11/29.

48 MORAES, Silvio Roberto Mello. Princípios institucionais da defensoria pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p.17.

⁴⁷ PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O estado de direito e os não-privilegiados da América latina*. Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina. org. MENDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio. Ed. Paz e Terra. p.11/29.

Diogo Figueiredo Moreira Neto⁴⁹, discorrendo sobre a plenitude de cidadania, leciona que esta se traduz em conceito muito mais amplo do que a simples participação popular na escolha de governantes ou na possibilidade de candidatar a cargos eletivos, mas o poder de decidir como quer ser governado e de se controlar a legalidade, a legitimidade e a moralidade do atuar dos governantes, o que se faz através as instituições de provedoria de justiça, que atuam a serviço dos valores cívicos, diretamente através da advocacia privada ou da advocacia dos necessitados ou indiretamente(Ministério Público e advocacia do Estado).

Conclui o citado autor que

a advocacia dos necessitados assoma como a de maior importância relativa para a objetiva realização da justiça em sociedades, como a nossa, em que o contingente de marginalização sócio-econômica é alarmante. Destarte, se algumas das funções essenciais à justiça merece destaque para a realização da plenitude de cidadania, sem dúvida aí está a Defensoria Pública, Sem Defensoria Pública, parcela substancial, quiçá majoritária da sociedade, estaria condenada à mais execrável sorte de marginalização, além das que já sofrem, a econômica e social: a marginalização política. Condenados, os necessitados, a serem cidadãos de segunda classe, perpetra-se o mais hediondo dos atentados aos direitos, liberdades e garantias constitucionais, impossibilitando que na sociedade brasileira se realize o Estado de Direito — pela ilegalidade sem sanção; que afirme o Estado Democrático — pela cidadania sem ação; e se caminhe para o Estado de Justiça —pela imoralidade sem oposição." 50

Com efeito, toda pessoa tem direito a ter acesso a uma ordem jurídica justa, sendo certo que este acesso começa com a conscientização de cada um sobre os seus direitos e, nesta conscientização, como acentua Paulo Galliez⁵¹, se inicia o processo de libertação.

Cabe, portanto, a Defensoria Pública, em sua função instrumental, garantir o acesso das pessoas juridicamente necessitadas a orientação jurídica, que inclui a defesa na esfera do Poder Judiciário, na atuação do direito daquelas pessoas em juízo, mas não somente em juízo, também muito antes e fora dele, quando se inicia o processo de conscientização do povo carente acerca de seus direitos.

Mas esse cunho individual de tutela de direitos hoje já não é mais suficiente para traduzir, com efetividade e eficiência, o verdadeiro papel da Defensoria Pública. Se é certo

⁴⁹ NETO, Diogo Figueiredo Moreira. A defensoria pública na construção do estado de justiça. Revista de Direito da Defensoria Pública, nº07, 1995, p. 15/39.

Idem, p.26.
 GALLIEZ, Paulo. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001, p.

que a vertente de atuação individual não pode ser abandonada, a ela devem se somadas outras formas de atuação.

José Augusto Garcia já escreveu que a instrumentalidade da Defensoria Pública, na atualidade, como tutora dos direitos humanos, deve se desprender de um modelo individualista de atuação, com base no solidarismo jurídico, acabando por sintetizar o seguinte:

O que se sustenta aqui, portanto, é algo muito simples: que as funções institucionais da Defensoria possam acompanhar a evolução do sistema processual constitucional, entregando-se não só à representação de pessoas individualmente consideradas, mas também à defesa dos direitos fundamentais em uma dimensão objetiva. Para tanto, cumpre considerar de maneira aberta a expressão "necessitados" do art.134 da Constituição, favorecendo-se o atendimento de outras carências que não só a financeira, como é o caso da "pobreza organizacional" apontada pelo movimento do acesso à justica.⁵²

Com ímpar sagacidade, Cleber Francisco Alves⁵³ destaca o novo papel que passou a ser desempenhado pelo Poder Judiciário, complementando e adaptando os comandos legais emanados pelo Poder Legislativo. Segundo o autor, é o fenômeno da judicialização da política e das relações sociais, que somente será atingido em uma consolidação democrática quando houver meio de acesso da população carente ao Poder Judiciário para preservação dos direitos fundamentais, o que deve ser levado a efeito pela Defensoria Pública.

Fazendo um paralelo entre a alteração da atuação do Poder Judiciário, que nem de longe pode deixar de apreciar a lesão de direitos individualmente pleiteados, com o papel a ser desempenhado pela Defesa Pública, se chega a constatação que a atuação da Defensoria Pública neste século deve sofrer alterações, da mesma maneira sem abandonar a busca pela tutela dos direitos individuais. O Defensor Público não deixará de ajuizar a demanda de João em face de Maria, continuando a ser defensor dos direitos da classe menos favorecida, seja judicial ou extrajudicialmente. Não há qualquer mal ou erro nisto. Entretanto, somente esta atuação não é o bastante.

⁵³ ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, p. 3/36.

⁵² GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça₅e funções atípica 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. Vol.I, julho a setembro/2002, Ed. Lumen Juris, p.143/180.

Sobretudo após o reconhecimento pela lei da legitimidade ativa da Defensoria Pública para propositura da ação civil pública, deve a Instituição enfrentar a temática da objetivização do seu papel, estendendo os seus tentáculos para os direitos e interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos, de modo a abranger uma maior parcela da população carente com a decisão judicial que se busca, dando maior efetividade a sua atuação.

Contudo, espera-se mais. Se é a Defensoria Pública a instituição-instrumento para o acesso da população carente a ordem jurídica justa, não bastando ao Estado Democrático de Direito a mera igualdade formal de todos perante a lei, nem o formal asseguramento de seus direitos, sendo indispensável a igualdade material, a Defensoria Pública deve se organizar, enquanto Instituição essencial à função jurisdicional, vale dizer, enquanto instituição essencial na busca pelos valores supremos de justiça, e oferecer os seus serviços, preventivamente, na tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos, participando também e principalmente do processo legislativo, seja através de criação de projetos de lei, que deverão ser alavancados pela iniciativa popular, seja pela busca por sua participação no processo de legislador negativo, buscando sua legitimidade para ajuizar ações que visem auferir a inconstitucionalidade das leis.

Dessa forma, a Defensoria Pública atenderá aos anseios da modernidade, não apenas espargindo a sua área de atuação também para os direitos coletivos e difusos, mas participando preventivamente do acesso à ordem jurídica justa. Enfim, caberá a Defensoria Pública fazer proposições daquilo que entende como ordem jurídica justa. Noutros termos, deverá influenciar na decisão estatal, tomada em outra seara, no âmbito do poder legislativo, daquilo que significa a tradução dos princípios do Estado Democrático de Direito.

Apesar de salutar, não basta ao Defensor Público extrair de seu diuturno trabalho a constatação de injustiças, como se buscou proceder linhas acima. O Defensor Público não deve ser mero delator de ilegalidades, mas é preciso que a Instituição possa interferir no processo de realização do direito, preventivamente, participando da elaboração das leis, para que efetivamente, ao revés de crítica da lei, possa buscar assegurar, com eficiência, o acesso à ordem jurídica justa.

7 - Conclusão

O Movimento da Lei e da Ordem foi encampado pelo Poder Legislativo e sua ideologia serve de arcabouço para diversas leis penais da atualidade, como é exemplo a lei 11.343/06, que veio para ratificar a política repressiva já adotada em relação ao tráfico de entorpecentes.

A pesquisa de campo realizada com os dados obtidos junto ao Cartório Distribuidor da Comarca de Campos dos Goytacazes no período compreendido entre os anos de 2000 e 2005 sinalizou com números que comprovam a real função da prisão nos dias atuais.

O quantitativo elevado de prisões pelo crime de tráfico de entorpecentes, a partir do momento em que o delito de posse de droga para uso próprio passa a não redundar mais em enclausuramento, demonstra, a toda evidência, a função exercida pelo direito penal.

Não se quer crer que as pessoas envolvidas com o tráfico ilícito de entorpecentes estejam pelejando por um mercado consumidor decadente, invertendo a lei da oferta e da procura, onde há mais traficantes que usuários de drogas.

O que se atesta, em verdade, é que a prisão do traficante de entorpecentes passa a ser o espetáculo midiático de poder das agências formais de controle para impressionar a população no sentido de que se está a reprimir a violência. Mais: representa muitas vezes a transformação daquele que era considerado consumidor de entorpecentes em traficante de drogas, porque pela ótica dessas agências a prisão é o que interessa, a bem da estatística e em detrimento da dignidade da pessoa, dando início às outras funções reais da segregação, como o processo de estigmatização, a depuração, diversiva e a redução à impotência.

Em contrapartida, com a alteração da ótica de atuação da Defensoria Pública, que passa também a se fazer presente na tutela de direitos coletivos e difusos, deve a Instituição buscar a sua atuação no campo legislativo, que *de lege ferenda* se daria com a iniciativa de lei em suas mãos e também através da legitimidade para controlar as leis mediante a propositura de ações de inconstitucionalidade em sentido lato, auxiliando o Poder Judiciário no papel de legislador negativo. De imediato, desde logo se pode pensar na Instituição interferindo no acesso à ordem jurídica justa, utilizando-se da iniciativa popular de lei, o que deve ser feito em nome, no interesse e com a chancela dos assistidos da Defensoria Pública, razão de ser de sua existência, passando o Defensor Público de mero comentarista da lei a verdadeiro prepulsor da ordem jurídica justa e verdadeiro artífice da democracia.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cleber Francisco e PIMENTA, Marília Gonçalves. Acesso à justiça em preto e branco: retratos institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.

AMBOS, Kai. Acerca de los intentos de control de las drogas em Colômbia, Peru y Bolívia. Cuadernos de política criminal nº53. Madrid, Edersa, 1994.

ARBEX JUNIOR, José. Narcotráfico: um jogo de poder nas Américas. São Paulo, Moderna, 1993.

BARATTA, Alessandro. Fundamentos ideológicos da atual política criminal sobre drogas. Só Socialmente..., org. Odair Dias Gonçalves e Francisco Inácio Bastos, Rio de Janeiro, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. trad. Mauro Gama e Cláudia Matinelli Gama. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal: parte geral. Vol.I, 4ª edição, São Paulo, Ed. Saraiva, 2002.

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: do discurso oficial às razões de descriminalização. Rio de Janeiro, Luam, 1997.

_____. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático. 3ª ed. reescrita, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006.

CRESPO, Eduardo Demetrio. Do "direito penal liberal" ao "direito penal do inimigo". Ciências Penais. Vol. I, fasc. I, São Paulo, jul-dez, 2004.

DORNELLES. João Ricardo Wanderley. Conflito e segurança: entre pombos e falcões. Rio de Janeiro, ed. Lumen Juris, 2003.

FRANCO, Alberto Silva. Crimes hediondos: anotações sistemáticas à lei 8072/90. 4ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GALLIEZ, Paulo. Princípios institucionais da defensoria pública. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001.

GARCIA, José Augusto. Solidarismo jurídico, acesso à justiça e funções atípicas da defensoria pública: a aplicação do método instrumentalista na busca de um perfil institucional adequado. Revista de Direito da Associação dos Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro. Vol.I, julho a setembro/2002, Ed. Lumen Juris.

GRECO, Luís. Sobre o chamado direito penal do inimigo. Revista Brasileira de Ciências

Criminais nº 56, setembro-outubro, 2005.

JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre. Livraria do Advogado editora, 2005.

MARONNA, Cristiano. *Proibicionismo ou morte*. Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

. Nova lei de drogas: retrocesso travestido de avanço. Boletim IBCCrim nº 167. outubro. 2006.

MORAES, Silvio Roberto Mello. Princípios institucionais da defensoria pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

NETO, Diogo Figueiredo Moreira. A defensoria pública na construção do estado de justiça. Revista de Direito da Defensoria Pública, nº07, 1995.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. Assistência jurídica gratuita. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2006.

OLMO, Rosa del. A face oculta da droga. trad. Teresa Ottoni. Rio de Janeiro, Revan, 1990.

PINHEIRO, Paulo Sérgio. *O estado de direito e os não-privilegiados da América latina*. Democracia, violência e injustiça: o não-estado de direito na América Latina. org. MENDEZ, Juan E., O'DONNELL, Guillermo e PINHEIRO, Paulo Sérgio. Ed. Paz e Terra.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre o Direito penal do risco e o direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 47, março-abril, 2004.

RODRIGUEZ, Roy Murillo. La política antidrogas y sus efectos em América Latina. Ciencias Penales, ano 8, nº 11, julio. 1996.

SICCA, Leonardo. Funções manifestas e latentes da política de <u>war on drugs</u>. Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

SILVA SANCHEZ, Jesús-Maria. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Drogas e polícitca criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional.* Drogas: aspectos penais e criminológicos. coord. Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2005.

TAFFARELLO, Rogério F.. Nova política criminal de drogas : primeiras impressões. Boletim IBCCRIM. São Paulo, v.14, n.167, out. 2006.

PEÇAS PROCESSUAIS

EXMO. SR. DR. DESEMBARGADOR 2.º VICE-PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Impetrante: Bruno Vinicius Setta Lagares

Paciente: Joshua Samuel Armstrong

Autoridade Coatora: Juízo da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro

Proc.VEP: 2006/00582-1

BRUNO VINICIUS SETTA LAGARES, Defensor Público em exercício junto ao Núcleo do Sistema Penitenciário, no uso de suas atribuições institucionais, vem, com fulcro no art. 5.º, LXVIII da Constituição da República e arts. 647 e 648, II do Código de Processo Penal, impetrar o presente

HABEAS CORPUS

em favor de JOSHUA SAMUEL ARMSTRONG, inglês, RG 22180083-2, atualmente custodiado na Penitenciária Pedrolino Werling de Oliveira, figurando como Autoridade Coatora o JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, consoante o que se expõe a seguir:

O Paciente, Apenado estrangeiro, possui 1 (um) único processo de execução na VEP/RJ, a CES 2006/00582-1, cujo objeto é uma pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão pela prática da conduta descrita no art. 12 c/c 18, I da Lei 6.368/76.

354

Saliente-se que em 14/03/2007 restou cumprido o lapso temporal para a concessão do Livramento Condicional (CP; 83, V), consoante cálculo de pena homologado em seu processo.

Cabe ressaltar que por ofício do próprio Juízo da VEP/RJ o Paciente realizou exame criminológico, sendo o mesmo plenamente favorável, mormente face ao comportamento classificado no índice EXCEPCIONAL.

Diante do pleno preenchimento dos requisitos legais lhe foi concedido Livramento Condicional (LC).

O cunho libertário e redentor da decisão *supra* não se verificou no vertente caso, ao revés, iniciou o calvário do Paciente.

Isto porque após o deferimento do Livramento Condicional a efetivação do mesmo restou embaraçada e enredada, tendo tal embaraço e enredo culminado com a desarrazoada decisão de tornar sem efeito o LC concedido.

Como é cediço, o Juízo da VEP/RJ através de um costume jurídico (uma praxe) vinculava a concessão do Livramento Condicional à expulsão do Apenado estrangeiro, quando não vedada tal medida (Lei 6.815/80; 75, *a contrario sensu*).

Assim ocorreu durante anos no âmbito da execução penal do Estado do Rio de Janeiro: o Apenado estrangeiro expulso aguardava o LC para ter sua expulsão efetivada, efetivação esta que era precedida da prisão administrativa prevista no art. 69 da Lei 6.815/80.

Tal agir conciliava as pretensões dos Poderes da República de forma harmônica (CRFB; 2.°): dava a resposta penal na seara do Judiciário punindo dentro da razoabilidade; demonstrava o descontentamento do Executivo com a presença daquele estrangeiro em território nacional e respeitava o Legislativo, posto que não eram criados empecilhos nem óbices à concessão do LC aos Apenados estrangeiros, tendo em vista inexistir vedação legal neste sentido.

Ressalte-se que a razoabilidade da punição na esfera judicial residia no tratamento igualitário dispensado aos Apenados de forma geral, sem distinção de serem nacionais ou transnacionais ou, ainda, sem diferenciação entre estrangeiros suscetíveis ou não de expulsão.

Em verdade, com o preenchimento dos requisitos legais para a concessão do Livramento Condicional os Apenados brasileiros e os estrangeiros não suscetivéis de expulsão eram agraciados com liberdade vinculada, já os estrangeiros expulsos eram, então, encaminhados ao país de origem.

A essência era a mesma: A CESSAÇÃO DO ENCARCERAMENTO A TODO E QUALQUER APENADO QUE CUMPRISSE OS REQUISITOS DO LC.

Assim, se pode dizer que o costume jurídico de vincular o deferimento do LC à expulsão continha em si um atuar não só razoável, mas também respaldado na isonomia substancial (CRFB; 5.°, caput), à medida que a resposta penal na fase de execução não extrapolava, não era hipertrofiada e, mutatis mutandi, era a mesma para toda e qualquer pessoa.

Respaldado nesta praxe, o cartório certificou a inexistência de decreto de expulsão nos autos, tendo o Juízo da VEP/RJ determinado que comprovada a ausência junto ao órgão competente (Divisão de Medidas Compulsórias do Ministério da Justiça) fosse cumprido o LC, demonstrando o bem jurídico a prevalecer: a liberdade do indivíduo.

Certificado foi que a portaria de expulsão estava em vias de ser assinada, tendo o Juízo determinado a oitiva do MP e da Defesa.

Ouvido o *Parquet*, o mesmo requereu que fosse aguardado a publicação do decreto de expulsão para a efetivação do LC.

Após a oitiva *supra*, o cartório da VEP/RJ certificou a publicação da portaria de expulsão.

Em virtude desta informação, o Juízo da VEP/RJ determinou novamente a oitiva do Ministério Público, o qual opinou pela efetivação do LC concedido.

Conclusos os autos, o Juízo da VEP/RJ deferiu o requerido pelo MP, vale dizer, determinou a efetivação do Livramento Condicional deferido.

Após a decisão *supra*, o cartório da VEP/RJ certificou que tinha dúvidas em cumprir o determinado pela inexistência de mandado de prisão administrativa visando a efetivação da expulsão.

Novamente conclusos os autos, o Juízo da VEP/RJ proferiu a seguinte decisão:

"Torno sem efeito a decisão que concedeu o LC diante do enunciado n. 26 deste juízo proveniente da uniformização das decisões em 17/04/2007."

Ressalte-se que o enunciado acima possui a redação que ora se transcreve:

"A existência de decreto de expulsão de apenado estrangeiro, de cumprimento subordinado à prévia execução da pena imposta no país, torna inadmissível a concessão do livramento condicional, dada a impossibilidade do cumprimento das condições legais próprias ao exercício do benefício"

Tal decisão não merece prosperar, visto que há desrazão na mesma em vários aspectos, tanto sob o prisma material, quanto sob o prisma processual.

Ademais, a insustentabilidade deste *decisum* é acirrada na medida em que há especificidades no vertente caso que realçam a, *data venia*, total ausência de razão e justiça.

Em princípio, não há como se olvidar que a decisão ora guerreada foi de encontro a um posicionamento harmônico, razoável e estabelecido no âmbito da execução penal do Estado do Rio de Janeiro, posicionamento este, verdadeiro costume jurídico que dava a resposta estatal devida ao Apenado estrangeiro que cumpria pena no Brasil.

A inexistência de proibição legal quer no Código Penal (CP; 83 e ss.) quer na Lei de Execuções Penais (LEP; 131 e ss.), demonstra que há possibilidade do LC ao estrangeiro por não haver qualquer óbice ou impedimento previsto em Lei.

A isonomia, direito fundamental (CRFB; 5.°, caput), pilar da Constituição de 1988 (que se quer cidadã), não apenas deixa de ser observada, como também é afrontada por esta decisão, visto que a vedação de Livramento Condicional ao Apenado estrangeiro constitui, s.m.j., discriminação odiosa, repudiada pelo ordenamento pátrio (CRFB; 3.°, IV).

Assim, a vedação do LC ao Apenado estrangeiro se choca com o princípio constitucional da isonomia, princípio este que traz em si a cláusula anti-discriminatória que visa assegurar a sua devida observância.

Há, desta forma, violação a dois direitos fundamentais, a igualdade e a liberdade (vinculada), violação esta que não pode prevalecer por se tratar de clara afronta à Carta Magna.

Neste sentido, já se manifestou esta Egrégia Corte, sendo de grande valia a transcrição que se segue:

"AGRAVO – LIVRAMENTO CONDICIONAL – ESTRANGEIRO COM DECRETO DE EXPULSÃO – AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGALAPLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA ISONOMIA – ARTIGO 5.º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL- RECURSO DESPROVIDO"

"(...) O fato de ser estrangeiro e ter um decreto de expulsão em seu desfavor, não impede a concessão do livramento condicional.

Dispõe o artigo 67 da Lei 6.815/80, que desde que conveniente ao interesse nacional, a expulsão do estrangeiro poderá efetivar-se ainda que haja processo ou tenha ocorrido condenação.

E a Constituição Federal no art. 5.º, prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à liberdade.

Ora, se a lei que regula a matéria, o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6815/80, permite a expulsão do estrangeiro no curso do processo ou após a condenação, nada impede a expulsão antes do cumprimento da pena ou a concessão do livramento condicional.

Tratamento diferenciado do nacional e do estrangeiro importaria a violação constitucional do princípio da isonomia, insculpido como Direito e Garantias Fundamentais.

Isto posto, nego provimento ao recurso."

(RECURSO DE AGRAVO (LEI 7.210/84)) DES. ROBERTO ROCHA FERREIRA - Julgamento: 06/02/2007 - QUINTA CAMARA CRIMINAL)

Não há como se olvidar que, *in casu*, houve **entendimento mais gravoso,** mais severo e, *data venia*, equivocado retroagindo em total prejuízo do Paciente.

Em verdade, o novo posicionamento do Juízo da VEP/RJ vedando Livramento Condicional ao Apenado estrangeiro datou de 17/04/2007, ou seja, posterior ao preenchimento do lapso temporal para a concessão do referido benefício legal (LC), que ocorreu em 14/03/2007.

Assim, nota-se violação à essência dos princípios constitucionais da anterioridade e da legalidade em matéria penal (CRFB; 5.°, XXXIX), pois entendimento limitador de direitos individuais retrocedeu indevidamente, infligindo expiação a maior, vale dizer, retroagiu equivocadamente para não observar um direito natural (liberdade), aumentando demasiadamente a sanção, aumento este sem previsão em lei. Neste sentido, sábias são as palavras de Alexandre de Moraes:

"Essas exigências constitucionais impedem a utilização de aplicação analógica in peius das normas penais como fonte criadora de infrações penais e respectivas sanções, bem como que no exercício jurisdicional o juiz converta-se em legislador, criando novas figuras típicas ou novas sanções (grifos nossos)" (in

MORAES, Alexandre de, *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*, São Paulo, Atlas, 1.ª ed., 2002, p. 313)

Saliente-se que a retroação operada no vertente caso foi ainda mais maléfica, visto que ocorreu não só após a satisfação do prazo, mas também, e principalmente, após o deferimento pelo Juízo da VEP/RJ do Livramento Condicional ao Paciente.

Frise-se por necessário: o Paciente foi agraciado por Livramento Condicional em 07/03/2007, tendo em 2 (duas) oportunidades (em 22/03/2007 e em 24/04/2007) o Juízo da VEP/RJ determinado a sua efetivação, sendo certo que o *Parquet* se posicionou neste sentido.

Não houve, pois, impugnação alguma à concessão do Livramento Condicional, ao revés, ambas as partes (MP e Defesa) em salutar convergência anuíram com a irretocável decisão.

Assim, prolatado o *decisum* concessivo de LC não houve qualquer oposição ao mesmo, sendo certo que transcorrido o prazo para eventual impugnação, esta inocorreu, na medida em que consistia no intuito de ambas as partes.

Pode-se dizer, então, que a concessão do Livramento Condicional transitou em julgado ou, ao menos, precluiu, considerando possuir natureza de sentença ou de decisão interlocutória.

O fato é que tendo transitado em julgado ou mesmo precluído, o decisum concessivo de LC ao Apenado Joshua Samuel Armstrong jamais poderia ter sido modificado pelo "fundamento" dado pelo Juízo da VEP/RJ.

Isto porque mesmo possuindo a sentença condenatória a claúsula rebus sic stantibus não pode, em hipótese alguma, o Juízo da execução promovê-la de forma aleatória, posto que está adstrito a adaptar a condenação a nova realidade fática tão somente quando houver previsão legal neste sentido (como, por exemplo, as causas de suspensão e revogação de LC (CP; 86 e 87; LEP; 140 e 144)).

Ora, in casu, não houve qualquer modificação dos fatos que pudesse ensejar adaptação da condenação e, além disto, não há qualquer vedação legal à concessão de Livramento Condicional ao Apenado estrangeiro.

Não pode, pois, o Juízo da execução deferir o benefício legal (LC) e depois do deferimento ter transitado em julgado ou, ao menos, precluído, tentar retirar a eficácia do mesmo "fundamentando" este atuar em modificação de posicionamento.

Tal forma de agir é, data maxima venia, um atentado à segurança jurídica, visto que por mera mudança de opinião do órgão julgador o mesmo tenta cassar efeitos de um decisum imutável, o qual contém amparo constitucional à luz do disposto no art. 5.°, XXXVI da CRFB. O Pretório Excelso já se manifestou neste sentido, valendo a transcrição do seguinte aresto:

"EXECUÇÃO PENAL: PROGRESSÃO DE REGIME: IMUTABILIDADE, SALVO FATO SUPERVENIENTE QUE IMPONHA A REGRESSÃO. POR FORÇA DE COISA JULGADA OU DE PRECLUSÃO, A DECISÃO NÃO RECORRIDA QUE DEFERE A PROGRESSÃO DE REGIME - AINDA QUE REPUTADA INDEVIDA POR JÁ ESTAR DECRETADA A EXPULSÃO DO CONDENADO - SE TORNA IMUTÁVEL, SALVO FATO SUPERVENIENTE DETERMINANTE DA REGRESSÃO (grifos nossos)."

(HC 79385/SP SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 24/08/1999 Órgão Julgador: Primeira Turma)

Restou também afrontado o devido processo legal (CRFB; 5.°, LIV), posto que o Juízo da VEP/RJ, em descompasso com a inércia da jurisdição, exerceu reforma de seu próprio julgado, reforma esta que não foi provocada pelas partes, se confundindo de forma imprópria como instância a quo e ad quem.

Tal reforma, verdadeiro juízo de retratação (CPP; 589), necessariamente haveria de ser precedida por impugnação das partes (agravo em execução (LEP; 197)), o que, repita-se, não aconteceu.

Por derradeiro, não se pode olvidar que vedando o Livramento Condicional ao Paciente, Apenado estrangeiro com expulsão decretada, criando embaraços à efetivação desta medida, ocorre inegável excesso do caráter expiatório.

Com efeito, a vedação *supra* implica no **encarceramento do Paciente durante a totalidade de sua reprimenda**, ou seja, por esta proibição o **cumprimento da pena se dará na íntegra com a sua prisão**.

Na prática não cumprirá a reprimenda na sua inteireza, certamente e infelizmente cumprirá a mais, ao total arrepio da *ratio* constitucional que ensejou o art. 5.°, LXXV da CRFB ("o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado sentenca").

Isto porque somente com o término de sua pena (atualmente previsto para 14/07/2008) será efetivada a sua expulsão, de forma que provavelmente permanecerá privado de sua liberdade além da reprimenda, pois finda esta não poderá circular livremente no Brasil, por ostentar a qualidade de expulso.

Saliente-se que este excesso (quer no prazo do Livramento Condicional, quer no próprio prazo do Término de Pena) é o maior problema enfrentado pelos Apenados estrangeiros no país, sendo categóricas e catedráticas as palavras de Artur de Brito Gueiros Souza:

"No Brasil, além das dificuldades semelhantes às existentes na generalidade dos países, o estrangeiro enfrenta, ainda, adversidades relacionadas ao acesso aos direitos prisionais, tendo em vista o entendimento predominante acerca de sua situação irregular. Agregada a essa questão jurídica, o forasteiro tem sido desrespeitado no que diz respeito à observância dos prazos legais, permanecendo privado da liberdade mesmo depois de ter cumprido totalmente a sanção imposta ou de ter obtido o direito ao livramento condicional, conforme constatado na perspectiva empírica das entrevistas feitas no Rio de Janeiro. Com efeito, pode-se afirmar ser esse o principal problema enfrentado pelos estrangeiros privados da

liberdade no País (grifos nossos)." (in, SOUZA, Artur de Brito Gueiros, *Presos estrangeiros no Brasil – aspectos jurídicos e criminológicos*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 299)

O caráter ressocializador da pena é desconsiderado e desprezado, pois há segregação, desassocialização demasiada e descabida.

Ademais, em um quadro de notória superpopulação carcerária e escassez de recursos, a mantença de um Apenado preso quando poderia e deveria estar solto, Liberado e expulso, constitui verdadeira temeridade ao ambiente prisional e aos cofres públicos.

Assim, em última análise, razões de política criminal e respeito ao Erário motivam a não-vedação do LC ao Apenado estrangeiro.

Pelas razões acima tecidas se verifica claramente o constrangimento ilegal vivido e vivenciado pelo Paciente, o qual teve seu direito ao Livramento Condicional reconhecido irrepreensivelmente para, logo depois, vê-lo maculado de forma equivocada e injusta.

Tal mácula consistiu na decisão desditosa que tornou sem efeito LC concedido anteriormente com retidão, decisão esta que merece reparo por estar obstando indevidamente o status libertatis do Paciente.

É, pois, inequívoco que indo de encontro a costume jurídico equânime e harmonioso, prevendo vedação onde não há proibição legal, violando a isonomia, determinando a retroação de entendimento (limitador de direitos individuais) mais gravoso, atentando contra a segurança jurídica, afrontando o devido processo legal e hipertrofiando punição em prejuízo do ambiente carcerário e dos próprios cofres públicos, o Juízo da VEP/RJ passou a figurar, data maxima venia, como Autoridade Coatora.

Destarte, se vale o Impetrante do remédio heróico do Habeas Corpus colimando cessar o constrangimento ilegal infligido ao Paciente.

Outrossim, pede vênia a V.Exas. para instruir a presente Ação com os seguintes documentos obtidos junto ao *site* www.tj.rj.gov.br e junto ao processo de execução 2006/00582-1:

- andamento processual ("ficha VEP");
- decisão concessiva de Livramento Condicional (fls. 61v.);
- certidão informando ausência de decreto expulsão nos autos (fls. 62);
- decisum determinando que certificada a inexistência de decreto de expulsão fosse cumprida a ordem de fls. 61v., vale dizer, o deferimento do LC (fls. 62);
- certidão informando que a portaria de expulsão se encontrava na iminência de ser assinada e publicada (fls. 71v.);
- decisão determinando a oitiva do MP e da Defesa sobre a certidão *supra* (fls. 71v.)
- manifestação do Ministério Público requerendo o aguardo da publicação do decreto de expulsão para a efetivação do LC (fls. 72);
- certidão informando a publicação do decreto de expulsão (fls. 72v.);
- parecer do *Parquet* opinando "pela efetivação do LC concedido" (fls. 73)
- decisum deferindo o requerido às fls. 73, ou seja, determinando a efetivação do LC concedido (fls. 73v.);
- certidão informando a inexistência de mandado de prisão administrativa visando a efetivação da expulsão (fls. 74);

decisão tornando sem efeito o LC concedido com base no enunciado n. 26 proveniente da uniformização das decisões do Juízo da VEP/RJ datada de 17/04/2007 (fls. 74).

Pelo acima esposado, o Impetrante requer a esta Colenda Câmara que seja a ORDEM CONCEDIDA para CASSAR A DECISÃO QUE TORNOU SEM EFEITO O LIVRAMENTO CONDICIONAL ANTERIORMENTE DEFERIDO COM RETIDÃO, RESTABELECENDO, ASSIM, ESTE CORRETO DEFERIMENTO.

P.Deferimento.

Rio de Janeiro, 28 de agosto de 2007.

Bruno Vinicius Setta Lagares
Defensor Público
Mat. 877.400-2

CONTESTAÇÃO EM AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE (DL70/66)

João Helvécio de Carvalho Letícia de Camargo Millen P. Compasso¹

Resumo: Autor que adquiriu imóvel da Caixa Econômica Federal em leilão ou venda direta, que o retomou do anterior mutuário inadimplente, propõe ação de IMISSÃO DE POSSE com base no DL 70/66 para adentrar no imóvel em face daquele que reside. Contestação. Entre a retomada do IMÓVEL pela CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e a venda efetivada ao terceiro interessado e ou a propositura da demanda de imissão de posse, há o decurso de mais de cinco anos, possibilitando, caso o imóvel tenha área de até 250m², a argüição em defesa da USUCAPIÃO especial urbana. Conflito entre POSSE e PROPRIEDADE

Nota dos autores: a decisão transcrita decorreu de apelação vitoriosa contra sentença que negava a usucapião ao argumento de que a CEF não pode perder seus bens, considerados públicos, equivocadamente; a contestação originária foi apresentada perante o juízo da 5ª Vara Cível de Volta Redonda; o material pertinente pode ser consultado no Suporte Jurídico da Adperj.

EXM. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA CIVEL DA COMARCA DE BARRA MANSA - RJ

Proc. 2007.007.007025-0

ANTÔNIO DO CARMO RODRIGUES e sua esposa RAIMUNDA MOREIRA RODRIGUES, brasileiros, casados, ele zelador, ela do lar, ele portador do RG nº MG-10584.520 e CPF nº 614.692.627-20, ela portadora do RG nº 10659636-4, residentes e domiciliados na Rua I, CASA 20, Loteamento Aymoré, Colônia Santo Antônio, Barra Mansa, vêm por intermédio da Defensoria Pública, oferecer CONTESTAÇÃO ao pedido formulado por RAPHAEL LANDIM LIMA, nos termos abaixo aduzidos:

 $^{^1}$ Os autores são Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro, titulares das $5^a/6^a$ Varas Cíveis de Volta Redonda e $1^a/3^a$ Varas Cíveis de Barra Mansa, respectivamente.

Inicialmente, AFIRMAM ser juridicamente necessitados não podendo arcar com despesas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo do próprio sustento e de seus dependentes, nos termos e sob as penas da Lei 1060/50, requerendo de logo o reconhecimento do direito subjetivo público constitucional à Gratuidade de Justiça.

Trata-se de ação petitória embasada em título de propriedade imobiliária, com pedido de liminar para imissão na posse, vez que os réus se encontram no bem, contra a vontade do Autor.

Tal assertiva merece de pronto inteira e veemente repulsa, o que se faz mediante o manejo de **QUESTÃO PRÉVIA DE DIREITO MATERIAL**, cujo contorno normativo decorre da vontade constitucional, qual seja, a USUCAPIÃO ESPECIAL URBANA, com previsão no art. 183 Da CRFB, hoje regulamentada pelo art. 1240 do CC e no Estatuto das Cidades.

Como se observará no curso da lide, os réus residem no bem há mais de 14 anos, tendo inicialmente adquirido a propriedade do imóvel, mediante compra e venda com pacto adjeto de mútuo e hipoteca, sendo a Caixa Econômica Federal a Credora, em abril de 1993.

Passado pouco mais de um ano, em razão de desemprego experimentado pelo primeiro réu, este não honrou com os pagamentos de algumas prestações, levando-o ao total inadimplemento contratual, gerador da retomada do bem, conforme se vê na escritura trazida pela autora, na qual a CEF declara que adquiriu o imóvel mediante Carta de Adjudicação(fl.9v.) em 21/12/95.

Naquela ocasião, sendo a CEF a proprietária do imóvel, com todos os poderes de domínio inerentes ao título aquisitivo, a empresa pública NENHUMA ATITUDE tomou para que o imóvel ficasse livre de pessoas e coisas, dando vazão à contagem de prazo prescricional aquisitivo, porquanto a presença continuada do exproprietário na casa, sem que qualquer oposição fosse manifestada, deixou de ser posse de proprietário passando a ser posse por exclusiva vontade dos ora réus,

verificando-se, no caso, a ALTERAÇÃO DO CARATER POSSESSÓRIO, ante a inequívoca modificação da natureza do fato jurídico.

Antes, como sabido, a posse era o exercício óbvio da propriedade do mutuário. Ao deixar de ser mutuário, perdendo a propriedade pelo registro da Carta de Adjudicação em favor da CEF, sua permanência notória, pública, não contestada e contínua, é fruto da intenção de, assumindo o risco, ficar na posse da coisa até que o titular a persiga, intenção esta aliada à ausência de manifestação da CEF, portanto, a posse do ex-mutuário, a partir da Carta de Adjudicação, teve respaldo na própria conduta omissiva da titular do domínio.

Assim, coerente com a melhor doutrina e com a mais recente jurisprudência de nossos tribunais, em especial o STJ, ocorre no presente caso o fenômeno da INTERVERSÃO DA POSSE.

É que, conforme alinhavado acima, os réus CONTINUARAM na casa, não mais como PROPRIETÁRIOS e sim, por sua conta e risco, como POSSUIDORES, na expectativa da passagem do tempo hábil a caracterizar a aquisição pela usucapião, aproveitando-se da desídia da CEF.

Quanto a CEF, deve ser frisado ainda o teor da Escritura Pública de fl. 9/10. Naquele instrumento, declara o autor que aceita <u>a venda</u> e que <u>está adquirindo o imóvel no estado de conservação e OCUPAÇÃO em que se encontra, assumindo a responsabilidade pela recuperação e ou reforma e providências de desocupação.</u>

Na verdade, a empresa pública federal vende o imóvel no estado em que se encontra, iludindo o consumidor que imagina ser fácil retirar alguém de sua moradia.

A afirmativa, padronizada, não contém qualquer inverdade, afinal, a CEF transfere o bem e nada lhe pode ser atribuído, traduzindo-se em verdadeiro absurdo.

Há de se ter sensibilidade para ver a prática ABSURDA que a CEF faz com seus mutuários: os réus, após recomporem sua subsistência com o novo emprego do

varão, tendo deixado de adimplir POUCAS prestações, talvez seis ou sete, NÃO CONSEGUIRAM NAQUELE TEMPO RENEGOCIAR SUA DÍVIDA, NEM MESMO RETOMAR O PAGAMENTO, considerando o fato de que não possuíam carnê, e que as boletas eram retiradas MENSALMENTE para pagamento, não havendo modo efetuar os pagamentos seguintes. Foram os réus enganados pela CEF que dizia que SERIAM ELES NOTIFICADOS quando o imóvel fosse à leilão, TENDO PREFERÊNCIA na compra. Obviamente isso nunca aconteceu, caso contrário não se estaria nesse palco. Preferiu a CEF vender o imóvel ocupado pelos réus já há NOVE ANOS pelo PREÇO VIL de R\$594,00 (quinhentos e noventa e quatro reais) ao autor (fis. 9v, B).

Vê-se na certidão de fls. 9v., que <u>a Carta de Adjudicação, - meio pelo qual outorgouse ao credor hipotecário (CEF)</u>, o direito de incorporar ao seu acervo patrimonial o bem até então titularizado pelo mutuário originário, foi passada em 21/12/95.

Levada a registro, a referida carta passou a figurar na cadeia sucessória, como título em favor daquela instituição financeira, a partir de então, titular do direito real, oponível *erga omnes*.

Ocorre que, desde que surgiu o título hábil à transmissão da propriedade, o que facultava ao Adquirente (adjudicante) o exercício das ações e medidas assecuratórias de seu direito (em 1995), POSTURA ALGUMA adotou o banco contra a permanência do réu e seus familiares no imóvel. Nenhuma notificação restou expedida, não houve qualquer comunicação para desocupação. De ação visando a retomada física do bem, não se tem notícia. Somente notificou o réu APÓS a venda feita ao autor, sete anos depois, enfim, quando já consolidada a propriedade pela usucapião.

Enfim, a presença dos réus no imóvel era fato conhecido do banco que não a ocultou, pelo contrário, cuidou de declarar circunstância contrária em diversas passagens do instrumento público acima apontado, exatamente para impor ao incauto mutuário, o sério ônus da desocupação.

A posse exercida pelos réus é mansa, pública, notória, incontestada, contínua e sobre seu exercício jamais incidiu qualquer manifestação do anterior proprietário, a instituição bancária federal, sendo irrefutável a boa-fé dos mesmos na ocupação do bem.

Passados 07 anos da ocupação do bem (contados da Carta de Adjudicação), sem qualquer nesga de intolerância ou descontentamento do dono (titular do domínio, durante o tempo da ocupação) vendeu a CEF o imóvel ao autor em 03/12/2002, que em outubro de 2007 ingressou com a presente ação, tendo os réus sido citados em janeiro de 2008.

Ora, qualquer que seja a razão do autor, o bem que ele busca é aquele em que os réus residem há 15 (QUINZE) ANOS, dentre os quais 12 (doze) deles com-ânimo de dono, sendo certo que esse é o único imóvel onde fixaram residência, cujas medidas enquadram-se no limite de 250m2, operou-se de pleno, o lapso prescricional aquisitivo, INICIADO tão logo houve a permanência da ocupação, que NÃO se interrompeu quando o banco registrou a Carta e DEIXOU de promover os atos de conservação do direito a que tinha a faculdade de fazer, ENCERRANDO-SE, sem interrupção ou suspensão, em Dezembro de 2000, data bem anterior à venda ao autor, à distribuição da presente e da própria citação, ÚNICO ato jurídico idôneo a interromper e jogar por terra todo prazo prescricional aquisitivo.

São as características da posse que, no conceito tradicional e hodiernamente assimilado pela lei, jurisprudência e doutrina, é o exercício legítimo dos poderes de domínio, entre eles o uso, gozo, fruição e defesa contra os ataques ao atuar legítimo. Portanto, a exteriorização da propriedade É O ÂNIMO que revestem os réus, porquanto estão no imóvel como se dono fosse, sem qualquer intenção alheia a esta pretensão.

O fato, posse ininterrupta, mansa, pacífica e com ânimo de dono, juridicamente tutelável ocorre sem oposição há mais de 12°anos.

Todos os aspectos acima serão provados. Nunca, em tempo algum, deixaram os réus de lá fixar moradia com seus filhos, dentro do prazo que afirmam estar lá. Nunca, em tempo algum, houve por parte da CEF, qualquer manifestação contrária à posse dos réus, mesmo sabendo que lá estavam, aqueles que não eram mais o dono, mas que tinham vontade de voltar a sê-lo, como diversas vezes assim se manifestaram.

Ao manter-se no imóvel desde dezembro 1995, passaram a exercer sobre ele, diretamente e sem qualquer intermediação, as faculdades de possuidores, dando azo à confirmação de que o exercício da posse NÃO É CLANDESTINO, posto pública e notória, de maneira incontroversa, afinal, os réus se encontram no bem há mais de 15 anos, tirando dele o real proveito econômico e social, com a destinação essencial – RESIDÊNCIA FAMILIAR.

Quanto à boa-fé, este não é requisito para usucapião da espécie apontada. Basta a concorrência dos elencados pelo art. 183 CRFB, hoje transcritos no art. 1240 do NCC e na Lei 10257/01, para consolidar-se. Tudo concorre para tal. A posse é superior a 05 anos, é pacífica, incontestada, tem fim residencial e o possuidor não tem outro imóvel residencial como certificará os documentos que virão dos respectivos cartórios de imóveis.

Neste sentido, convergem os doutrinadores. Tanto os clássicos, entre eles Silvio Rodrigues, quanto os modernos aos quais aqui representa o Prof. Marco Aurélio, antes citado. Diz Silvio Rodrigues, em sua recente obra, antes apontada:

O art. 1240 repete regra já contemplada na Constituição de 1988, transcrita acima. Confere direito à usucapião de área urbana a quem a possuir por mais de 05 anos. São requisitos: a) que a área possuída seja no máximo de duzentos e cinqüenta metros quadrados; b) que seja utilizada como moradia do possuidor; c) que este não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural; d) que não haja desfrutado deste direito anteriormente...

Em respaldo ao que diz Silvio Rodrigues, o Prof. Marco Aurélio, na obra citada acima, diz que " ... assim como ocorre em todas as modalidades de usucapião a lei

exige...., sendo <u>desnecessário</u> que o possuidor esteja de <u>boa-fé</u> ou tenha justo título".

Em que pese a inexigibilidade da boa-fé para consolidação da usucapião aqui perseguida a melhor doutrina classifica-a como estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento e estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica.

Também nesse ponto é importante observar a conduta dos réus, que quando receberam EXTEMPORANEMANTE a informação de que poderiam comprar o imóvel (xérox do envelope datado de 08/04/03 anexa) se dirigiram imediatamente à agência da CEF, sendo lá notificados que a venda já havia sido feita a terceiro, e que deveriam desocupar o imóvel em 10 dias, propuseram ação junto ao Juizado Especial Federal, que restou extinta sem análise do mérito, por incompetência absoluta.

O dito acima tem importância para demonstrar a conduta dos réus na defesa de seu imóvel, não ADMITINDO eles a conduta ilegal da CEF que os preteriu sem qualquer formalidade, colocando em risco seu direito constitucional à habitação, em total afronta ao PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

A Prof. Judith Martins Costa, em relato na obra coordenada por Gustavo Tepedino. Problemas de Direito Civil Constitucional, Renovar, 2001, 2ª tiragem, pág. 23 assim se manifesta:

A expressão "boa-fé subjetiva" denota 'estado de consciência' ou convencimento individual de obrar (a parte) em conformidade ao direito (sendo) aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para sua aplicação, deve o intérprete, considerar a intenção do sujeito da relação jurídica o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé está a má-fé, também vista subjetivamente como intenção de lesar alguém...

Transparece na postura dos Réus, exatamente a ausência de intenção lesiva dos direitos do autor.

Quando souberam da aquisição que fizera o autor disseram-lhe claramente que NÃO DEIXARIAM O IMÓVEL, PORQUE A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL HAVIA AGIDO COM MÁ-FÉ COM ELES, QUE VÁRIAS VEZES A HAVIAM PROCURADO PARA SOLUCIONAR A QUESTÃO DE SUA POSSE, SENDO PROMETIDO QUE QUANDO FOSSE A OPORTUNIDADE ELES SERIAM AVISADOS E ISSO NÃO ACONTECEU. QUANDO RECEBERAM A CORRESPONDÊNCIA EXTEMPORÂNEA ERA PARA NOTIFICÁ-LOS A DESOCUPAR O IMÓVEL EM 10 DIAS E ISSO NÃO FARIAM.

Ao tempo da retomada jurídica (adjudicação extrajudicial), permanecendo os réus na casa, o Autor NÃO ERA PROPRIETÁRIO da mesma, o que ocorreu sete anos depois. Nunca, em tempo algum, houve entre eles (autor e réus) qualquer vínculo jurídico, sendo certo que da aquisição pelo autor e citação dos réus para entrega do imóvel se passaram mais de cinco anos.

Até mesmo o dever geral de abstenção frente ao direito real que ostenta o Autor, É INEXIGÍVEL, pois quando o mesmo surgiu, já havia sido ultrapassado o lapso prescricional. Aqui, mais uma vez, ressalta a inexistência de agressão ou moléstia praticada pelo réu ao direito do Autor. A posse é JUSTA, portanto.

A ocupação perpetrada conclui-se contra o direito da CEF que nada fez, permitindo a cauterização da lesão.

DA POSTURA DA CAIXA ECONÔMICA E DOS EFEITOS A QUE SE SUBMETE

A CEF tem seu fim precípuo, além de regular o mercado financeiro, como braço do Governo Federal, na atividade de captação de poupança interna, gerir o Sistema Financeiro de Habitação. Para tanto tem capacidade para financiar e fomentar a construção civil, gerando emprego, renda e moradia a milhões de pessoas. É a atividade pública em parceria com a iniciativa privada, buscando a produção de

riquezas para o país e, por tabela, permitindo o acesso de muitos ao sonho chamado CASA PRÓPRIA.

Ao exercer o direito de crédito a CEF está na legítima proteção de seu patrimônio, coisa pública, que deve ser gerida com responsabilidade. Deixando de se valer dos mecanismos postos a disposição pelo legislador, em autêntica e insofismável displicência, a CEF deixou de cumprir, com apenas uma grave omissão, vários desideratos a elas incumbidos.

Tendo se tornado titular do domínio, pelo registro da Carta de Adjudicação, NÃO PROMOVEU os atos inerentes à regular retornada do bem por quem o tivesse ocupando.

Afinal, a retomada atenderia à demanda reprimida por moradia popular, permitindo que a adjudicação não se tornasse em mera postura acumulatória de bens de raiz, como se fosse a CEF, uma grande concentradora de imóveis.

Certo e cristalino que a Caixa deixou escoar, sem qualquer oposição, sabendo que o imóvel estava ocupado pelo réu, o prazo fatal para a aquisição da propriedade por usucapião, eis que fora do réu que retomara o bem em questão.

Ao adjudicar o bem, sabendo que o mesmo se encontrava ocupado, fato inegável, a CEF NÃO BUSCOU A TUTELA JURISDICIONAL para desocupação.

Sobre as consequências danosas advindas do reconhecimento judicial dos requisitos para a usucapião, deverá a CEF responsabilizar-se, para o que poderá a parte autora buscar a tutela respectiva, junto ao juízo competente.

NATUREZA JURÍDICA DA CAIXA ECONOMICA FEDERAL E POSSBILIDADE JURIDICA DA USUCAPIAO SOBRE SEUS BENS

O problema de saber se a CEF **perde ou não** seus bens pela usucapião deve ser dirimido à luz da interpretação normativa. O art. 98 do Código Civil diz, com todas as

letras, qual é o limite da compreensão do que seja BEM PÚBLICO. Logo, o conceito de bem público é aquele expressado pelo art. 98 do CC.

Quanto ao tema, é lúcida e atual a posição trazida por Gustavo Tepedino, em sua obra Código Civil Interpretado, Volume I, Renovar, que merece ser transcrita:

"Art. 98: São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem." "Comentário:os bens particulares, como se vê do dispositivo, são definidos por exclusão, enquadrando-se nesta categoria todos os bens que não pertencerem às pessoas jurídicas de direito público interno".

Como se vê no art. 41 do CC, as pessoas jurídicas de direito público interno são a UNIÃO, os ESTADOS, os MUNICIPIOS e suas AUTARQUIAS.

A Caixa Econômica Federal é pessoa jurídica de direito privado, tendo seu regime jurídico estabelecido pela lei que a criou. Não é nenhuma das pessoas listadas no art. 41. É empresa pública.

No mesmo sentido devem ser lidas as redações dos artigos, 37, XIX e 173, § 1º, II da CRFB. Ali, com mais ênfase, se extrai a natureza jurídica da CEF, ente criado e controlado pelo Governo Federal, mas com todos **os contornos de empresa privada**. A criação de empresas com tais características, à toda evidência, foi idéia afeta à mobilidade das políticas públicas em consonância e respeito à iniciativa privada, dispondo os bancos, chamados estatais, no mesmo patamar dos bancos privados, concorrendo entre si, tendo aqueles, por lógica, maior responsabilidade na condução das ações governamentais que dependem de vastos recursos, como o financiamento de imóveis, da indústria de base e dos produtores rurais.

A doutrina mais recente, jovial e moderna, encampa a tese acima esposada, cabendo aqui reproduzir o que pensa o eminente administrativista do Rio de Janeiro, o Professor, Doutor Procurador de Justiça, José dos Santos Carvalho Filho, em sua obra Manual de Direito Administrativo, Lumen Juris, 10ª edição, cujo destaque se dá:

"... como veremos, essas entidades são dotadas de personalidade jurídica de direito privado e delas se vale o Estado para possibilitar a execução de alguma atividade... a terminologia que dá o nome às empresas públicas é realmente de grande imprecisão. O termo públicas pode denotar, em princípio que se trata de pessoas de direito público, mas assim não é; contrariamente, cuida-se de pessoas de direito privado. O termo está a indicar apenas que a forma empresarial adotada pelo Estado não é livre, mas, ao revés, há uma relação de controle entre o Estado e tais empresas... são exemplos de empresa pública federal a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos...a Casa da Moeda do Brasil; a Caixa Econômica Federal..." (ob.cit.386/7)

"... os bens das pessoas administrativas, privadas, como é o caso das empresas públicas...devem ser caracterizados como bens privados..." (ob.cit.pág.872).

Neste tópico, importa realçar a natureza jurídica da Caixa Econômica para que a usucapião possa atingir seus bens e, deste modo, permitir a declaração incidental do direito do réu, devendo grifar a submissão do ente federal aos ditames constitucionais, entre eles a FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE e a DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Encampar a defesa do direito de moradia, reconhecendo, por ele, a usucapião e, com isso, jogar ao mar o direito de propriedade da CEF, é julgar segundo a abalizada doutrina de Tereza Nogueira, Juarez Freitas e Ricardo Lira, para os quais, o ato de decidir deve sopesar, SEMPRE, a possibilidade de agressão à dignidade da pessoa humana e que o Juiz deve assumir postura interpretativa que impeça a redução ou a debilitação dos direitos fundamentais, concretizando a vontade constitucional.

Ainda sobre o tema afeto à dignidade da pessoa humana, não há como realizar correto julgamento, traduzir o conceito de Justiça, sem que se faça uma releitura do sistema legal, a partir dos suportes embasadores, da rede de princípios e das garantias constitucionais.

As decisões judiciais, portanto, devem satisfazer, não ao direito posto, necessariamente, mas fundamentalmente, às garantias e aos princípios constitucionais, os quais CONDICIONAM e se IMPÕEM aos intérpretes.

Neste diapasão, bastam as linhas abaixo, de autoria da exímia dupla, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, que transcrevemos:

...mais: no Estado Democrático de Direito, delineado pela Constituição de 1988, que tem entre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o antagonismo público-privado perdeu definitivamente o sentido. Os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária e da erradicação da pobreza, colocaram a pessoa humana- isto é, os valores existenciais — no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que tal é o valor que conforma todos os ramos do Direito. Correta parece, então, a elaboração hermenêutica que entende ultrapassada a "summa divisio" e reclama incidência dos valores constitucionais na normativa civilistica, operando uma espécie de"despatrimonialização do direito, em razão da prioridade atribuída pela Constituição à pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu desenvolvimento (Revista de Direito Civil, ano 17, jul/set 93, nº 65, p. 26)

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana(art. 1º, I e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial(art. 3º, III), ao lado da isonomia formal do art. 5º bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, § 2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte. Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental da redução 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 no texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento. (Temas de Direito Civil, Renovar, 1999, pp. 47/48)

DA FUNÇÃO SOCIAL DA POSSE

A presente ação traz à lume um conflito entre dois direitos constitucionalmente garantidos, o direito de propriedade (função social da propriedade) X o direito de posse (função social da posse), devendo ser empregado o Princípio da Preponderância dos Interesses para a devida solução da lide, caso em que prevalecerá o que melhor atender à função social.

Nesse sentido, vale observar a lúcida lição da Dra. Ana Rita Vieira Albuquerque, em seu já famoso livro <u>Da Função Social da Posse e sua consequência frente à situação proprietária</u>, Ed. Lumen Juris, 2002, quando assere que:

Em função da dimensão de peso e da ausência de hierarquia entre os princípios jurídicos, podemos concluir que o princípio da função social da posse encontra-se em patamar de igualdade com o princípio da função social da propriedade. E isto significa, como expomos, a possibilidade de existência de uma colisão entre ambos os princípios, a ser solucionado no caso concreto pelo princípio da proporcionalidade dos bens, exigindo a ponderação de bens e valores por parte do julgador.

Com efeito, a posse é forma de ocupação primária, corresponde ao fim último de liberdade e de dignidade da pessoa humana, na medida em que está ligada aos direitos de moradia, possa implementar a erradicação da pobreza e torne efetiva a igualdade entre todos, principalmente diante de um conceito amplo de cidadania.

Assim sendo, o princípio da função social da posse tem como conseqüência inafastável a garantia de efetividade de outros Princípios e Direitos também erigidos à categoria de dogmas constitucionais, tais como o Direito de Moradia e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Vale citar, nesse ponto, mais uma brilhante passagem do mencionado livro da Dra. Ana Rita Vieira Albuquerque, pág. 213, in verbis:

A função social da posse representa uma alteração do paradigma do conceito da posse, maximizando-o, para visualizar, ao lado dos elementos internos, que são a apreensão física da coisa e a vontade, um outro elemento que compõe esta vontade, qual seja, a sua utilização econômica, e um elemento externo — a consciência social, tal como proposta pela doutrina de Saleilles. A composição de todos estes elementos torna clara a função social da posse e a necessidade de proteção da posse pela posse em si mesma, como direito indeclinável do possuidor, ainda que diante da situação proprietária.

(...)
O principal efeito da **função social da posse** como princípio constitucional, portanto, é o de elevar o conceito da dignidade da pessoa humana a um plano substancial e não meramente formal, porque atende diretamente as exigências de moradia, de aproveitamento do solo, bem como os programas de erradicação da pobreza.

Logo, havendo nítido conflito entre o direito de propriedade e o direito de posse, devemos apreciar o que melhor atende à função social no caso concreto.

A título de ilustração, apresenta a decisão proferida em recente julgado no Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

AÇÃO DE REINVINDICAÇÃO DE IMÓVEL. AUTOR QUE PRODUZ A PROVA DOCUMENTAL DA PROPRIEDADE SOBRE O BEM. ALEGAÇÃO DA RÉ COMO MATÉRIA DE DEFESA DA USUCAPIÃO. BEM QUE PERTENCIA À CEF. POSSIBILIDADE DE BENS PERTENCENTES A EMPRESAS PÚBLICAS SEREM USUCAPIDOS. QUESTÃO CONTROVERTIDA. AS EMPRESAS PÚBLICAS POSSUEM NATUREZA DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO, ENCONTRANDO-SE SUBMETIDAS ÀS NORMAS DE DIREITO COMUM, PODENDO LIVREMENTE DISPOR DE SEUS BENS. CONSIDERA-SE INJUSTIFICAVEL A EXTENSÃO DA RESTRIÇÃO CONSTITUCIONAL CONCERNENTE AOS BENS PÚBLICOS AOS BENS PERTENCENTES ÀS EMPRESAS PÚBLICAS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. POSSE DA RÉ QUE SE SOMA À POSSE DE SEU ANTECESSOR. POSSE QUALIFICADA POR PERÍODO DE TEMPO SUFICIENTE À AQUISIÇÃO DA **PROPRIEDADE PELA** USUCAPIÃO. **SENTENÇA** PROCEDÊNCIA QUE SE REFORMA. RECURSO CONHECIDO E **PROVIDO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível nº. 03069/2007, que tem por Apelante MARLI LOPES DA ROCHA e por Apelado RICARDO ALEXANDRE GONÇALVES DA SILVA. ACORDAM os Desembargadores que integram a Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do desembargador Relator.

Décima Quarta Câmara Cível Apelação Cível nº 03069/2007 Apelante : MARLI LOPES DA ROCHA Apelado : RICARDO ALEXANDRE GONÇALVES DA SILVA Relator: JDS Desembargador MAURO PEREIRA MARTINS. AC 03069/2007 2 Rio de Janeiro, 06 de junho de 2007 Desembargador NASCIMENTO PÓVOAS VAZ - Presidente JDS Desembargador MAURO PEREIRA MARTINS.²

DO RITO PROCESSUAL E DO INDEFERIMENTO DA MEDIDA LIMINAR

² Nota dos autores: a decisão transcrita decorreu de apelação vitoriosa contra sentença que negava a usucapião ao argumento de que a CEF não pode perder seus bens, considerados públicos, equivocadamente; a contestação originária foi apresentada perante o juízo da 5ª Vara Cível de Volta Redonda; o material pertinente pode ser consultado no Suporte Jurídico da Adperj.

Nos presentes autos deve ser afastada a aplicação do disposto no artigo 37, §2º, do Decreto Lei 70/66, pelas seguintes razões de fato e de direito:

Dispõe o parágrafo que o <u>adquirente, uma vez transcrita a CARTA DE</u>

<u>ARREMATAÇÃO, poderá requerer a IMISSÃO DA POSSE.</u>

Percebe-se, à evidência, que o adjudicante/arrematante retomou o bem em 1995 e NADA FEZ naquele tempo, tendo deixado transcorrer *in albis* o prazo prescricional para aquisição do bem por usucapião, o que verdadeiramente aconteceu antes da venda ao autor.

Não é possível utilizar do dispositivo citado para situação que se protraiu no tempo por mais de DOZE ANOS.

Não se nega a possibilidade do particular subrogar-se no direito daquele ARREMATANTE EM LEILÃO EXTRAJUDICIAL, mas no caso em tela a CEF adjudicou a si própria o bem, e passados SETE ANOS o vendeu ao autor, que esperou CINCO ANOS para promover medida judicial.

NEGA-SE, portanto, A URGÊNCIA DE PROVIMENTO LIMINAR QUANDO É EVIDENTE QUE A DEMORA DA CEF OU DO PRÓPRIO AUTOR FIZERAM TRANSMUDAR SEU DIREITO, objeto agora de questionamento.

Aponta como exemplo o julgado abaixo indicado:

2005.002.29882 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 1ª Ementa

DES. MAURO DICKSTEIN - Julgamento: 07/02/2006 - DECIMA
SEXTA CAMARA CIVEL

AGRAVO INOMINADO . CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DESTE RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO, COM BASE NO ART. 557, DO C.P.C.. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. ARGÜIÇÃO DE **USUCAPIÃO** EM SEDE DE CONTESTAÇÃO. INDEFERIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA PARA A **IMISSÃO** IMEDIATA NA **POSSE** DO IMÓVEL. NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO DA MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROCEDIMENTO DE RITO ORDINÁRIO QUE, DIFERENTEMENTE DO POSSESSÓRIO COM REGRAS PRÓPRIAS,

NÃO COMPORTA O PEDIDO DE **LIMINAR.** PRETENSÃO DA TRANSMUTAÇÃO DO PEDIDO DE **LIMINAR** EM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, INCABÍVEL NA ESPÉCIE. AUSÊNCIA DA VEROSSIMILHANÇA. DECISÃO NÃO TERATOLÓGICA. ADOÇÃO DA SÚMULA № 59, DESTE E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

CONCLUSÃO E PEDIDOS:

Evidenciado o fato jurídico, vicejando a realidade apontada, outra não pode ser a conclusão, senão o julgamento do feito, culminando com a improcedência do pedido, reconhecendo a usucapião especial urbana, como delineado na Carta Republicana, em seu art. 183, que não exige título, pelo qual, a lesão imposta ao dono da coisa ou ao seu sucessor, restou cauterizada, sanada, convalescida, por força da passagem inexorável do tempo, valendo a sentença como título hábil ao registro da mesma, em cumprimento ao preceito ditado pelo art. 13 da lei 10257/01. É o que requer.

Observada a relevância da fundamentação, bem como a possibilidade de dano irreparável e a difícil reversão ao <u>status quo ante</u>, presente indubitavelmente, o <u>periculum in mora</u> inverso, SENDO O IMÓVEL DESTINADO À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA DOS RÉUS, requer a SUSPENSÃO da análise do pleito de liminar, conforme delineado na inicial.

Em conseqüência, requer a inversão dos ônus sucumbenciais, entre eles a verba honorária, que deverá ser depositada em favor do CEJUR da DPGE.

Protesta pela prova documental, pugnando por ofícios aos RGI's para apresentação de CERTIDÕES NEGATIVAS e testemunhal, cujo rol seguirá oportunamente.

Termos em que,

Pede Deferimento.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA **SEGUNDA VARA CÍVEL DA REGIONAL LEOPOLDINA** - COMARCA DA CAPITAL - RJ.

Processo nº 2007.210.003304-1

ALBERTO FERREIRA DE MATOS, português, viúvo, aposentado, portador da identidade nº W165874-M, expedida pela SE/DPMAF/DPF, inscrito no CPF/MF sob o nº 128 790 377 00, domiciliado na Rua Capitão Duarte nº 90, apartamento 201, Cordovil, Rio de Janeiro, RJ, nos autos do processo epigrafado em que contende com ANTONIO DE CASTRO NEVES, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro opor embargos à execução objeto da presente tendo em vista que o débito objeto da presente se mostra excessivo, conforme documentos anexos.

Inicialmente requer a gratuidade de justiça em virtude de sua comprovada falta de condições financeiras para arcar com os encargos das custas judiciais e honorários de advogado sem prejuízo ao sustento próprio e da família, na forma do artigo 5º, LXXIV da Constituição da República Federativa do Brasil e da Lei 1.060/50, indicando a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para defesa dos seus interesses, com arrimo no artigo 134 de nossa Carta Política.

Nessa direção, esclarece, ainda, que nasceu aos 2 de janeiro de 1926, contando com 82 anos, percebendo a quantia mensal aproximada da R\$ 650,00 (seiscentos e cinqüenta reais), se enquadrando na isenção objetiva e subjetiva prevista no inciso II, item g, número 10 da Portaria 2827 de 29 de dezembro de 2005, e legislação estadual correlata, vale dizer, "são isentos do pagamento de custas os maiores de 65 anos que recebam até 10 (dez) salários mínimos, donde se conclui, ressalvado engano de nossa parte, que o deferimento da gratuidade de justiça será de direito e justiça, sem embargo do que mencionado no parágrafo anterior.

DAS PRELIMINARES

Convém esclarecer que o Exeqüente persegue créditos inexigíveis, notadamente por força da gratuidade de justiça a que faz jus o ora Requerente, razão pela qual requer seja excluída da execução as verbas em excesso, a exemplo das custas judiciais e os honorários de advogado.

Noutro giro, não podemos deslembrar que o Exequente está a cobrar sucumbência de processo a que o ora Requerente não foi parte, frise-se,

sem qualquer amparo legal, mormente quando aviou ação de despejo por falta de pagamento exclusivamente em desfavor de Marco Antonio Murga Jardim, como narra na sua exordial (fls. 2), razão pela qual será forçoso reconhecer que lhe falece razão na cobrança da sucumbência respectiva, repise-se, notadamente porque o ora Requerente não integrou a relação processual sob comento, no que invocamos o artigo 267, VI, terceira figura, do Código de Processo Civil, para fins de indeferir o pleito autoral prematuramente, dada patente impossibilidade jurídica do pedido, sob pena de violência frontal ao comando do artigo 5º, LIV e LV de nossa Carta Política, tendo em vista a afronta aos princípios erigidos à categoria de Dogma Constitucional, quais sejam, devido processo legal, ampla defesa e o contraditório.

Assim sendo, eventual cobrança, se persistir, deverá incidir apenas e tão somente sobre os aluguéis não pagos e sob a vigência do contrato de fiança.

A inicial deve ser indeferida de plano, ainda, por força do inequívoco descumprimento ao que disciplinado pelo artigo 62, I, parte final da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, tendo em vista que não há nos autos qualquer planilha discriminada que informa claramente o valor do aluguel, os meses em atraso e a evolução do crédito.

Portanto, diante da imposição legal, forçoso reconhecer que a "planilha" de fls. 4 se mostra imprestável e completamente em descompasso com o que exige o legislador ordinário, razão pela qual, ressalvado engano de nossa parte, se impõe a extinção prematura do presente feito por lhe faltar uma condição de procedibilidade, vale dizer, condição específica para o legítimo exercício do direito de ação, o que não foi obedecido, donde se conclui, forçosamente, que o pleito deve ser indeferido prematuramente na forma do artigo 267, IV do Código de Processo Civil.

NO MÉRITO – PANO DE FUNDO

O contrato de locação objeto da presente tem sua vigência indicada para o período compreendido entre 3 de outubro de 2003 à 2 de abril de 2006, ainda que permita a prorrogação por igual período, certo é que o que restou desenganadamente estabelecido o termo final, até porque na hipótese não se permite condição a ser imposta também ao fiador, cujo contrato é específico, segundo orientação da jurisprudência de nossos Tribunais, não será demais afirmar que o contrato de fiança expirou exatamente em 2 de abril de 2006, donde se conclui que, se houver aluguel em aberto, o fiador, ora Requerente, somente responderá até o limite de sua responsabilidade contratual, qual seja, 2 de abril de 2006.

Assim sendo, considerando, ainda, o que narrado na peça vestibular bitola o pedido Autoral, resta desenganadamente claro que o fiador somente se responsabilizará pelos meses de **janeiro à março de 2006**, tendo em vista o termo final do contrato de fiança sob comento, donde se conclui que o débito

objeto da presente alcança apenas e tão somente, vale dizer, R\$ 270,00 x 3 meses, que será exatamente R\$ 810,00 (oitocentos e dez reais).

Com efeito, resta claro que os valores apontados na peça vestibular se mostram excessivos e merecem o indeferimento.

DA IMPENHORABILIDADE DE BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR PARA GARANTIA DE UM MÍNIMO DE SOBREVIVÊNCIA DIGNA – PRECEITO CONSTITUCIONAL COMO GARANTIA FUNDAMENTAL – INAPLICABILIDADE DE LEI INFRACONSTITUCIONAL – INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Trata-se de defesa manejada por força de decisão judicial que deferiu penhora sobre penhora de bem de família de titularidade do fiador idoso, com enfrentamento de disposições contidas nos artigos 2º, 3º, 9º, 10º, 37, 43 e 71 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Ocorre que o ora Requerente foi vítima de um contrato de fiança em que não lhe foi dada ciência de que poderia perder seu imóvel por ocasião da inadimplência do locatário, consoante disposição contida no artigo 3º, VII da Lei 8009, de 29 de março de 1990.

Impende ressaltar que os fundamentos da presente defesa não são os mesmos que nortearam a decisão do Supremo Tribunal Feral que declarou a constitucionalidade do artigo 3º, VII da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991, sendo, certo, pois, que defendemos a interpretação do dispositivo conforme a nossa *Magna Charta*, sob pena de violência ao artigo 1º, III do mesmo Diploma Superior, sem embargo de outros enfrentamentos aqui trazidos, senão vejamos:

DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

"O ordenamento jurídico é formado por um conjunto de normas, dispostas hierarquicamente. Das normas inferiores, criadas por particulares (os contratos), às contratuais, forma-se aquilo que se convencionou chamar de pirâmide jurídica. Nela, as normas inferiores buscam validade nas normas constitucionais. É isso que Kelsen queria significar quando apregoava que "(...) o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma".

Assim, as normas subordinadas devem harmonizar-se com as superiores, sob pena de deixarem de ter validade, no ordenamento jurídico.

Exemplificando: o decreto deve buscar fundamento de validade na lei, e esta, na Constituição. Se, eventualmente, o decreto contrariar a lei, esta estará fora da pirâmide, a ninguém podendo obrigar. O mesmo podemos dizer da lei, se em descompasso com a Constituição.

Para Gomes Canotilho a superioridade hierárquica da Constituição revela-se de três modos; a saber: (1) as normas do direito constitucional constituem uma *lex* superior que recolhe o fundamento de validade em si própria (autoprimazia normativa); (2) as normas de direito constitucional são normas de normas (*norma normarum*), afirmando-se como fontes de produção jurídica de outras normas (normas legais, normas regulamentares, normas estatutárias etc.); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os actos dos poderes políticos com a Constituição.

Notamos, *en passant*, que, no Brasil, esta conformidade exige não só que as leis, os decretos, as portarias etc. estejam em sintonia com a Constituição Federal, como, também, que não se omita a aplicação de suas normas, quando ela assim o requer. É que, ao lado da inconstitucionalidade por ação (art. 102, I, 'a', 'b', 'c' e 'd', da CF), temos, desde o advento da Carta de 1988, a inconstitucionalidade por omissão (art. 103 e §§ 1º, 2º e 3º da CF).

Etimologicamente, o termo "princípio" (do latim *principium*, *principii*) encerra idéia de começo, origem, base. Em linguagem leiga é, o ponto de partida e o fundamento (causa) de um processo qualquer.

Kant deixou consignado que 'princípio' é toda proposição geral que pode servir como premissa maior num silogismo (Crítica da Razão Pura, Dialética, II. A).

Por igual modo, em qualquer Ciência, princípio é começo, alicerce, ponto de partida. Pressupõe, sempre, a figura de um patamar privilegiado, que torna mais fácil a compreensão ou a demonstração de algo. Nesta medida, é, ainda, a pedra angular de qualquer sistema.

Convém aqui invocarmos Geraldo Ataliba, que, com precisão, observa:

'o caráter orgânico das realidades componentes do mundo que nos cerca e o caráter lógico do pensamento humano conduzem o homem a abordar as realidades que pretende estudar, sob critérios unitários, de alta utilidade científica e conveniência pedagógica, em tentativa de reconhecimento

coerente e harmônico da composição de diversos elementos em um todo unitário, integrado em uma realidade maior.'

'A esta composição de elementos, sob perspectiva unitária, se denomina sistema.'

Sistema, pois, é a reunião ordenada das várias partes que formam um todo, de tal sorte que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam-se pelas primeiras. As que dão razão à outras chamam-se princípios, e o sistema é tanto mais perfeito, quanto em menor número existam.

Sendo o princípio, pois, a pedra de fecho do sistema ao qual pertence, desprezá-lo equivale, no mais das vezes, a incidir em erronia inafastável e de efeitos bem previsíveis: o completo esboroamento da construção intelectual, a exemplo, como lembra Geraldo Ataliba, do que ocorreu na 'Abóboda', de Alexandre Herculano.

PRINCÍPIOS JURÍDICOS. PRINCÍPIOS JURÍDICOS-CONSTITUCIONAIS

Usando, por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importante que as portas e janelas (facilmente substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruirmos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc. estejam intactas e em seus devidos lugares. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes 'alicerces' e estas 'vigas mestras' são os princípios jurídicos, ora obieto de nossa atenção.

Não importa se o princípio é implícito ou explícito, mas, sim, se existe ou não existe. Se existe, o jurista, com o instrumental teórico que a Ciência do Direito coloca à sua disposição, tem condições de discerni-lo. De ressaltar, com Souto Maior Borges, que o princípio explícito não é necessariamente mais importante que o princípio implícito. Judo vai depender do 6ambito de abrangência de um e de outro, e não do fato de um estar melhor ou pior

desvendando no teto jurídico. Aliás, as normas jurídicas não trazem sequer expressa sua condição de princípios ou de regras. É o jurista que, ao debruçar-se sobre elas, as identifica e as hierarquiza.

A respeito do assunto, atente-se para este primor de lição de Celso Antonio bandeira de Mello: 'Princípio (...) é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lha dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo'.

Ressalta do exposto que um princípio jurídico é inconcebível em estado de isolamento. Ele — até por exigência do Direito (que forma um todo pleno, unitário e harmônico) — se apresenta sempre relacionado com outros princípios e normas, que lhe dão equilíbrio e proporção e lhe afirmam a importância.

O jurista, ao examinar o Direito, deve considerar as idéias que mais se aproximam da universidade dos princípios maiores; com isto, formará proposições e terá verdades menos gerais. Em seguida, tomará as idéias que mais se aproximem, por sua universalidade, das descobertas que acabou de fazer, concebendo novas proposições e continuando, desta maneira, sempre sem deixar de aplicar os primeiros princípios a cada proposição que descobrir. Descerá, então, pouco a pouco, dos princípios gerais às normas jurídicas mais particulares, caminhando, na medida do possível, do conhecido para o desconhecido.

De fato, há princípios constitucionais, legais e até infralegais. Dentre eles, os constitucionais, sem dúvida alguma, são os mais importantes, já que sobrepairam aos outros princípios e regras (inclusive às contidas na Lei Máxima).

Muito bem, em razão de seu caráter normativo, os princípios constitucionais demandam estrita observância, até porque, tendo amplitude maior, sua desobediência acarreta conseqüências muito mais danosas ao sistema jurídico que o descumprimento de uma simples regra, ainda que constitucional. São eles que estabelecem aquilo que chamamos de pontos de apoio normativos para a boa aplicação do Direito.

Não é por outras razões que, na realidade de qualquer problema jurídico – por mais trivial que seja (ou que pareça ser) - , o cultor do Direito

deve, antes de mais nada, alçar-se ao altiplano dos princípios constitucionais, a fim de verificar em que sentido apontam. Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio iurídico—constitucional.

Como bem percebeu Michel Temer: '(...) a interpretação de uma norma constitucional levará em conta todo sistema, tal como positivado, dando ênfase, porém, para os princípios que foram valorizados pelo constituinte. Também não se pode deixar de verificar qual sentido que o constituinte atribuiu às palavras do Texto Constitucional, perquirição que só é possível pelo exame do todo normativo, após correta apreensão da principiologia que ampara aquelas palavras'.

Sem dúvida, a Hermenêutica profliga o exame apartado de artigos da Magna Carta. Insultá-los, dissociando-os do todo harmônico a que pertencem, é encampar as idéias dos 'tecnocratas', que, arvorando-se em juristas, superestimam o método literal para a interpretação do Direito.

A constituição, porém, não é um ajuntamento de preceptivos, cada qual girando em sua estreita órbita, sem sofrer nenhuma atração dos demais. Pelo contrário, como dilucida Carlos Ayres Britto, eles '(...) se articulam em feixes orgânicos, em blocos unitários de sentido, como peças de uma mesma engrenagem e instrumentos de uma só política legislativa'. Em realidade, o jurista deve ordenar as normas constitucionais em grupos de fundamentação unitária, formando sistemas e subsistemas (como o tributário).

Daí este publicista preconizar o emprego preferencial do método exegético que há nome sistemático, com o quê o intérprete é conduzido aos patamares dos princípios jurídicos-constitucionais, que, mais do que simples regras de comando, 'são idéias-matrizes dessas regras singulares, vetores de todo o conjunto mandamental, fontes de inspiração de cada modelo deôntico, de sorte a operar como verdadeiro critério do mais íntimo significado do sistema como um todo e de cada qual das suas partes."¹

Portanto, não será demais afirmar, desenganadamente que a dignidade da pessoa humana foi erigida à categoria de Dogma Constitucional, segundo dicção do artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, tendo sido introduzido em nosso sistema jurídico com a nomenclatura de "fundamento", noutras palavras, princípio expressamente concebido, afastando qualquer dúvida sobre a exegese.

¹ CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO —ROQUE ANTONIO CARRAZZA, 22ª edição, pág. 33/43, Malheiros Editores

Forçoso reconhecer, portanto, que nessa linha de princípio ou de raciocínio, que o legislador de regência da lei acerca da impenhorabilidade², notadamente em seu artigo 3º, VII, não afastou da impenhorabilidade o fiador que necessita manter sua dignidade para com esta continuar a sobreviver como pessoa humana.

Noutras palavras, na ponderação dos interesses do locador que não recebeu os alugueis por mora ou inadimplemento do locatário e a manutenção de um único bem modesto do fiador, resta desenganadamente claro que prestigiará o fiador.

Nessa toada, impende frisar que o Locador dispunha de inúmeros mecanismos para garantir o pagamento do seu crédito, (seguro, fiador abastado, pagamento antecipado do aluguel — art. 42 da lei 8.245/91 etc), não podendo exigir que o fiador se sacrifique a ponto de perder sua moradia e ser levado à miséria, violentando o princípio Maior da Dignidade da Pessoa Humana.

Assim sendo, não será demais acrescentar que o dispositivo sub examen (art. 3º, VII da Lei 8.009/90), exige interpretação conforme a Constituição da República, cabendo o intérprete cauteloso perquirir se a penhora do imóvel considerado bem de família violentará o princípio sob comento. Se a resposta for negativa, vale dizer, se a penhora do imóvel e a subseqüente alienação for suficiente para pagar o débito e ainda assim garantir ao fiador verba suficiente para que adquira novo imóvel que possa garantir sua sobrevivência com dignidade, temos que a penhora poderá subsistir. Do contrário, vale dizer, se a penhora e subseqüente alienação do bem de família resultar na perda do imóvel e o conseqüente desalijamento do fiador, colocando-o em situação de penúria, para não dizer em situação de miséria completa, temos, pois, que a penhora violentará o princípio constitucional da DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Em resumo, poderá o imóvel intitulado bem de família ser penhorado, desde que com a alienação do respectivo imóvel, subsista recursos suficientes para aquisição de novo imóvel que possibilite o fiador a sobrevivência com dignidade, ainda que o imóvel alcance valor inferior, mas que garanta a dignidade humana.

Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade

² Lei 8.009, de 29 de março de 1990

livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e pelo respeito inarredável da dignidade da pessoa humana.³

DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CARTA DA REPÚBLICA

Outrossim, nessa mesma direção podemos afirmar que o artigo 3º, VII da Lei 8009, de 29 de março de 1990, não viola a Constituição da República Federativa do Brasil, mormente porque poderá o titular da propriedade lançar mão de seu patrimônio como bem lhe convier. Todavia, não se concebe que o contrato seja um engodo de modo a induzir em erro o fiador que, de boa-fé, ajusta garantir obrigação alheia.

Não é incomum que encontremos a teratológica situação de ver o bem de fiador penhorado por expressa autorização legislativa, em harmonia com nossa *Magna Charta*, em contraponto a impenhorabilidade do bem do locatário, o que significa dizer que o julgador deverá andar com muita cautela de modo a verificar a retidão dos contratos de fiança locatícia, especialmente quando se tratar de fiadores que necessitem atenção especial.

Ora, se em inúmeras situações o idoso merece tratamento diferenciado, aqui não será diferente, e tratá-lo igualmente aos demais membros da sociedade será violentar ou ignorar a existência das políticas de proteção aos mesmos, como foi opção legislativa, a exemplo do que traduzido pela Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, o que significa dizer que também aqui o tratamento diferenciado se impõe

Impende destacar que não podemos tratar situações diferentes da mesma forma, sob pena de violação ao princípio constitucional da isonomia, o que significa dizer que tratamento isonômico significa exatamente tratar os desiguais de maneira desigual na medida de suas desigualdades.

Portanto, ilustramos com a hipótese vulgar de que um bem com valor estimado em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) possa ser penhora, frise-se, bem do fiador, desde que com o produto da alienação final,

³ Curso de DIREITO PENAL, Fernando Capez, Parte Geral, volume 1, pág. 6, 11ª edição, Editora Saraiva.

possa este mesmo fiador, com o que lhe restar, adquirir um bem imóvel capaz de manter sua dignidade enquanto vivo, o que significa dizer que o bem pode sim sofrer constrição, desde que respeitado o princípio inafastável da dignidade da pessoa humana.

Não estamos a estimular a mora ou inadimplemento, mas apenas entendemos que os contratantes devem agir respeitando as balizas legais e constitucionais, vale dizer, quando da contratação, todas as cláusulas, riscos e conseqüências contratuais deverão estar claras de modo a que os contratantes, todos, possam compreendê-las e fazer sua opção por contratar ou não, a exemplo do que ocorre com a Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, exatamente no seu artigo 6º, III, porquanto se o consumidor merece atenção especial, o fiador e o idoso também não poderão ser excluídos dessa proteção que tem a finalidade de evitar o enriquecimento sem justa causa e o prejuízo do hipossuficiente econômico, situação que se amolda ao caso sob comento.

O paralelo traçado entre as leis 8.078/90 e a lei 8.245/91 (alteração no inciso VII do artigo 3º.), relativamente à transparência na informação se dá por conta da nova ordem civil assim dispor, notadamente nos artigos 421 e 422.

Ad argumentantum tantum, observe-se, a título de mera ilustração, que, com ousadia invulgar, o Supremo Tribunal Federal com razão, entendeu inconstitucional disposição contida no parágrafo primeiro do artigo 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, por entender que a pena deverá ser individualizada, sendo conseqüência desta, em apertadíssima síntese, a "progressão do regime".

Ora, a se considerar a inconstitucionalidade da disposição sub examen, frise-se, com acerto, também aqui será dada interpretação conforme para que o fiador com um único bem e à beira da miséria não seja violentado em sua dignidade por força de uma garantia que represente pouca monta para o Locador, mas o destino digno do fiador.

Perguntamos se a individualização da pena sob comento está acima da dignidade da pessoa humana, sendo certo que a resposta será desenganadamente negativa, donde se conclui que deverá ser afastada a constrição sobre um único bem de família do fiador em relação locatícia, se este não possuir meios suficientes para manter sua própria subsistência digna, seguindo o mesmo raciocínio lógico-sistemático.

DA GARANTIA CONSTITUCIONAL AO PATRIMÔNIO MÍNIMO

O artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil nos dá notícia de que seu fundamento é a dignidade da pessoa humana.

"Art. 1º 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:

III – a dignidade da pessoa humana;"

O princípio da dignidade da pessoa humana está umbilicalmente ligado à subsistência digna, vale dizer, é exatamente a *mens legis*, sendo certo que qualquer disposição em contrario estaria a violar o texto em exame.

Assim sendo, forçoso reconhecer que o Estado deve cumprir o seu papel constitucional de garantir o mínimo de dignidade ao cidadão que se encontre em território nacional, ainda que estrangeiro.

É sabido e não se pode negar que o Estado deveria garantir uma sobrevivência minimamente digna a todos os brasileiros, segundo orientação de nossa Carta Política talhada no artigo 3º, I, III e IV.

Todavia, não podemos deslembrar que este mesmo Estado não está a se agüentar nas próprias pernas, notadamente pela incompetência e covardia de seus Administradores, seja pela omissão, seja pelo não combate implacável à corrupção que vem causando sérios transtornos irreparáveis à população.

Nessa toada, não será demais dizer que este mesmo Estado não poderá se arvorar na condição de fiel da balança para retirar do trabalhador honesto, notadamente daquele que ajudou a manter viva a chama da esperança de um país livre, justo e solidário. Noutras palavras, não pode o Estado retirar do cidadão de bem o único bem que lhe restou, malgrado por força da incapacidade notória do Estado em promover mecanismos à obtenção de seu patrimônio mínimo, vale dizer, da sua casa própria.

Lembre-se que o Estado se mostra ineficiente nas mais primárias das suas atribuições, a exemplo da ausência de segurança, saúde, transporte, educação e respeito ao consumidor, tendo em vista que inúmeras concessionárias descumprem suas responsabilidades sem qualquer reprimenda, vale dizer, somente o trabalhador tem responsabilidade de pagar o tributo, sem a contrapartida Estatal, que, como dito, se mostra por demais incompetente, ressalvadas raríssimas exceções.

Assim sendo, na linha do que sustentado pelo professor **Luiz Edson Fachin**⁴ em sua obra invulgar e com raríssima sensibilidade quando traduz, em síntese....

A Constituição de 1988 trouxe princípios e valores rearticuladores do universo privado, agora centrado na dignidade da pessoa humana. Desta forma, tendo em vista que os princípios constitucionais são hierarquicamente superiores às regras das legislações ordinárias e especiais vigentes, devem ser utilizados como princípios unificadores de todo o sistema jurídico, orientando a interpretação e aplicação das referidas regras infraconstitucionais.

Aponta para esse sentido a lição de Gustavo TEPEDINO: "reconhecendo embora existência dos mencionados universos legislativos setoriais, é de se buscar a unidade do sistema, deslocando para a tábua axiológica da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil".

Princípios como o da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, da função social da propriedade privada e também da livre iniciativa econômica, integram conjuntamente a ordem constitucional positivada, sem graus de hierarquia ou de prevalência; não são "adornos" ou meras formulações de feição programática. Por este motivo não podem deixar de ser utilizados, nem sê-lo apenas subsidiariamente; devem instruir a interpretação e a aplicação das normas infraconstitucionais, mantendo a coerência e unidade próprias de um sistema.

As palavras de Gustavo TEPEDINO resumem a base em que funda o trabalho dos que têm como missão a adequação do Direito às necessidades sociais contemporâneas:

Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento

⁴ ESTATUTO JURÍDICO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO – Luiz Edson Fachin, 2ª edição, Editora Renovar – pág. 75/139.

deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.

(...)

A regra do artigo 548 é instituída com o fim de resguardar a pessoa do doador. A restrição imposta à doação universal tem como fundamento e razão de ser a "subsistência do doador", como enuncia a própria lei. No entanto, este dispositivo tem sido invocado por credores, para ver anulada, mediante incidente processual, a doação realizada em fraude contra credores, sem a necessidade da ação pauliana. Carvalho SANTOS entende que os credores podem alegar a nulidade prevista no artigo 548, por ser esta absoluta, podendo ser, de conseqüência, alegada por qualquer pessoa que tenha o interesse de agir.

Há de convir, entretanto, que a argüição de nulidade deduzida por credor pode escapar ao sentido legal da regra, pois, como reconhece o próprio Carvalho SANTOS "o intuito da lei, fácil é perceber, não é outro senão evitar que o doador, no futuro, venha a sofrer as conseqüências da sua liberalidade exagerada". Sem embargo, não se deve acoimar de totalmente ilegítimo esse interesse do credor. O vício inarredável da invalidade pode estar presente diante da ausência das condições de sobrevivência.

É nula, portanto, a doação que exaure os meios de subsistência. Não se trata de inoficiosidade e sim de nulidade, tema que transcendente a ineficácia total ou parcial.⁵

Em acórdão, a 4ª Câmara Cível do Tribunal de São Paulo entendeu não poder o credor invocar a nulidade de doação por inobservância do artigo 1.175, do Código Civil de 1916, ainda que alegue fraude em prejuízo de seus direitos creditórios, entendo que para o caso o único remédio cabível seria a ação pauliana, nos termos do artigo 106 do mesmo Código Civil. Em sua fundamentação, assentou o juiz Pedro Augusto do Amaral:

Alega o recorrente que a doação é nula por ter sido da única propriedade pertencente ao executado, sem reserva de usufruto, não podendo, assim, prevalecer o ato em face do art. 1.175 do Código Civil, mas o recurso não merece provimento não obstante a opinião contrária de comentador de nossa lei civil (Carvalho Santos, "Código Civil Interpretado", vol. XVI, pág. 389 e seg.). O Código declara nula a doação sem reserva de parte ou de renda suficiente para subsistência do doador. A nulidade não pode,

⁵ Nessa toada, mutatis mutandis, se a doação da totalidade dos bens do doador pode ser acoimada de nulidade, no mesmo sentido e com os mesmos fundamentos será tido por nula ou ineficaz a fiança cujos efeitos recaiam sobre o único imóvel módico ou humilde do fiador, mormente quando este for maior de 70 anos, notadamente quando os efeitos da fiança não estão claramente esclarecidos ao fiador idoso e no mais das vezes ignorante.

porém, ser invocada por terceiro porque foi criada em benefício dos que dispõem de todo seu patrimônio, ficando sem bens ou meios para viver, o que não impede seja o ato anulado por outro motivo, como se decidiu em primeira instância, se sofre ele de outro vício, como a alegada fraude contra credores. Razão da impossibilidade da penhora está em que não se trata de preceito de ordem pública, nem de nulidade *erga omnes*, mas de invalidade do ato que apenas interessa à pessoa do doador prejudicado por ato de liberalidade.

Esta decisão do Tribunal de São Paulo está em sintonia com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana que, hoje, se impõe como chave hermenêutica para leitura do Código Civil. Ainda que da leitura do próprio Código tal interpretação fosse possível, já na época do julgamento referido, atualmente, com muito mais razão, o entendimento esposado deve prevalecer.

(...)

Concebendo o Direito como um sistema axiológico, orientado pelo princípio maior da dignidade da pessoa humana, procurou-se, assim, repensar a vedação da doação de todo patrimônio sem reserva voltada, fundamentalmente, para a defesa da vida.

O princípio jurídico ensejador da proibição do reduzirse à miséria, cometendo atos de prodigalidade ou mesmo de liberalidade por benemerência, também resguarda o doador de, mediante astúcia, ser induzido à prática de tal ato. Essa proteção objetiva deriva de norma cogente e não se confunde com vício da vontade para efeito da invalidação.

Tanto o imóvel urbano como o rural pode ser objeto de constituição de bem de família, com suas pertenças e acessórios. Segundo a nova lei, o registro imobiliário é constitutivo do bem voluntário de família.

Criticava-se o fato de o Código de 1916 não se manifestar a propósito da fixação de um valor para o imóvel. Em 19 de abril de 1941, o Decreto-Lei nº 3.200 estipulou o valor de cem mil cruzeiros como máximo, valor elevado para um milhão de cruzeiros através da Lei 2.514, de 27.06.1955, valores que logo se tornaram desatualizados. Fez-se necessário um critério para essa fixação no bem de família, que acompanhasse a desvalorização monetária. Em 1971, a Lei nº5.653 dispôs que não pode ser instituído bem de família com valor superior a quinhentas vezes o maior salário mínimo vigente no país. Sobreveio a Lei nº6.742/79, que alterou o disposto no artigo 19 do Decreto-Lei nº 3.200/41; desde que o imóvel seja a residência dos interessados por mais de dois anes, não há limite de valor para o bem de família. Agora o novo CCB se reporta a 1/3 do patrimônio líquido.

O efeito da instituição do bem de família é proteger o prédio destinado a ser o domicílio familiar, tornando-o impenhorável e excluindo-o da garantia de credores, com duas exceções: na hipótese de execução por impostos relativos ao prédio ou despesas de condomínio, e por dívidas anteriores à sua instituição é penhorável o bem de família. Além disso, segundo o Código Civil, o bem de família é inalienável sem o consentimento dos interessados e representantes legais; assim, se o pai pretender a alienação do bem, será preciso a concordância da mãe e dos filhos, por intermédio de curador especial e ouvindo-se o Ministério Público, sob pena de nulidade da alienação, se a aquiescência for de absolutamente incapaz, e anulável se relativamente incapaz. Pode ser necessária a concordância dos filhos maiores, quando estes são igualmente os destinatários do benefício. (Os destaques não são do original)

DA ANÁLISE DO ARTIGO 548 DO CÓDIGO CIVIL NUMA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA E COMPARADA COM O ARTIGO 3º, VII DA LEI 8.245/91 E O DIREITO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO – COM RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA TALHADO NO ARTIGO 1º, III DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

Comparando os institutos da vedação da doação da totalidade dos bens do doador sem reserva de meios mínimos para subsistência do doador, com a autorização legal (art. 3º, VII da Lei 8.245/91), chegamos à conclusão de que o legislador no primeiro instituto preserva o que estatuído no artigo 1º, III de nossa Carta Política, enquanto o segundo, se interpretado sem as cautelas ou com a rapidez dos menos sensíveis poderá violentar o comando constitucional, notadamente porque o Texto Maior revela desenganadamente sua atenção à preservação e proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Ora, se o legislador ordinário impõe que o doador deve observar a regra do artigo 548 do Código Civil, de modo que quando da doação, fulminando de nulidade qualquer doação da totalidade do patrimônio, sem observância de bens suficientes à sua própria subsistência, data venia, outra não poderá ser a interpretação se e quando o fiador estiver nas mesmas condições, repise-se, sob pena de se estar dando tratamento diferenciado à situação semelhante, notadamente quando ao fiador não são esclarecidas as conseqüências de sua liberalidade.

DO EFETIVO RESPEITO AOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS DA BOA-FÉ OBJETIVA, PROBIDADE E FIM SOCIAL

Nessa toada, convém esclarecer que a nova ordem civil determina que o contrato deverá respeitar os princípios basilares da boa-fé

objetiva, fim social e da probidade, o que significa dizer que as cláusulas contratuais deverão ser claras o suficiente para que os contratantes entendam o que estão a contratar, sem qualquer dúvida, sendo certo, que disposição contida no artigo 423 do novel Código Civil, em caso de dúvida, adotar-se-á interpretação mais favoráveis ao aderente, noutras palavras, o contrato deve ser claro nas cláusulas e conseqüências, consoante disposições contidas nos artigos 421 e 422 do mesmo diploma legal.

Assim sendo, se no direito penal há a possibilidade de se alegar o erro de proibição, conforme dicção do artigo 21 do Código Penal, malgrado o artigo 3º da Lei de Introdução ao Código Civil indicar que "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", nos dando conta que o erro sobre a ilicitude do fato é diferente do erro de direito, também aqui no direito civil não se poderá negar a incidência de tal instituto.

Contudo, se em matéria penal, em tese muito mais gravosa se admite o erro sobre a ilicitude do fato, vale dizer, pode o agente agir acreditando sinceramente que sua conduta é lícita, embora não seja, em sede de direito civil, menos gravosa, será forçoso reconhecer que também poderemos falar em erro, erro sobre o conteúdo do ajusto, vale dizer, alcance do ajuste, mormente quando as cláusulas não são claras o suficiente para que o homem médio consiga alcançá-las.

Nessa senda, se o homem médio encontra dificuldade para entender que seu único bem pode ser penhorado por força de contrato de fiança, porventura o afiançado se quede em mora, maior a probabilidade da incidência dessa hipótese quando se tratar de pessoa idosa, notadamente uma senhora que ultrapassa a casa dos 60 anos, de pouca escolaridade e não contendo no contrato qualquer indicação da possibilidade de penhora de seu bem, o que significa dizer que o contrato sob comento está desenganadamente viciado e não merece guarida, principalmente se consideramos que a ninguém é dado se beneficiar da própria torpeza, consoante disposição estampada nos comandos dos artigos 421 e 422 do Código Civil.

2006.002.27674 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. LEILA MARIANO - SEGUNDA CAMARA CIVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. IMPENHORABILIDADE DOS BENS DO FIADOR. IMPENHORABILIDADE POLÊMICA. UNIFORMIZAÇÃO QUESTÃO DE 06/06. **JURISPRUDENCIA** idoso, Aposentado, percebendo, mensalmente, provimentos líquidos de r\$ 1.400,00 (um mil e quatrocentos reais), que se apresenta representado pela Defensoria Pública, deve ser considerado juridicamente carente. São impenhoráveis os bens móveis e eletrodomésticos que guarnecem a residência do devedor, não prevalecendo quanto a eles a previsão do art. 3º VII da lei 8.009/90, sob pena de se violar o princípio da dignidade da pessoa humana consagrado no art. 1º, III da CR. PROVIMENTO DO RECURSO.

Não podemos deslembrar que o idoso goza de proteção legal de modo que deverá ser respeitado, não só por sua experiência natural adquirida ao logo dos anos, mais também por se tratar de pessoa que ajudou a construir esse país, o que significa dizer que toda proteção que lhe é dispensada não se traduz em favor, mais em direito.

Com efeito, se a nova ordem civil balizou as regras para os contratos em geral, aqui não poderá ser diferente.

Observe-se que alguns julgadores, data venia, a nosso sentir, ressalvado engano de nossa parte, partem de premissa equivocada de que o fiador está a estimular o "calote", quando buscam o afastamento de seus bens da constrição, quando em verdade temos o inverso, quando, no mais das vezes o locador é quem vem dando causa ao calote, quando não perseguem o pagamento ou desalijamento por ocasião dos primeiros meses de inadimplemento dos alugueres.

Se o Locador guardasse as cautelas devidas por ocasião do ajuste de locação, exigindo dos pretendentes a comprovação de meios seguros para garantia das parcelas contratadas, certamente todo o transtorno da mora ou inadimplemento seria minimizado, não pela ganância em ver privado do patrimônio o fiador, mais pela coerência de exigir minimamente recursos dos envolvidos para fins de viabilizar os pagamentos objeto do contrato.

Frise-se que quase sempre o locador não se desincumbe de exigir comprovação de renda suficiente dos envolvidos no contrato.

Ademais, ninguém duvida que nenhum fiador entregaria seu único bem para garantia de fiança, acaso soubesse que poderia ser o mesmo objeto de constrição judicial por força de eventual mora ou inadimplemento do locatário, mormente quando não consta tal ressalva objetiva e claramente no contrato, o que significa dizer que se não consta claramente do contrato a possibilidade da constrição, tal medida não pode ser convalidada, sob pena de estar o poder judiciário a compactuar com a torpeza dos mais espertos, o que não se concebe no moderno Estado Democrático de Direito.

DA NECESSIDADE DE UMA REFLEXÃO RESPONSÁVEL SOBRE NO CAMPO DOS CONTRATOS E SOBRETUDO OS COMPROMISSOS E EFEITOS AOS SEUS BENEFICIÁRIOS E GARANTIDORES

Apesar de algumas imperfeições já apontadas pela doutrina e jurisprudência, o novo Código Civil chega em boa hora, com inovações pertinentes e a introdução legislativa de institutos e princípios já consagrados como a boa-fé objetiva, fim social do contrato e probidade, conforme anunciado no capítulo anterior.

Todavia, forçoso reconhecer que tais institutos ainda hoje são interpretados de maneira tímida e sem o rigor que a letra da lei exige e impõe. Noutras palavras, a verdade nas relações contratuais deve ser encarada com pedra fundamental para que os seus efeitos sejam respeitados e aprovados por toda sociedade e não apenas em benefício de alguns poucos abastados.

Poderemos estar enganados, mais não temos notícia de um único contrato de fiança em que os efeitos do artigo 3º, VII da Lei 8.009/90 estejam claramente previstos, de modo a alertar o fiador de sua responsabilidade e conseqüência, pois, como dito, dificilmente se vincularia se soubesse que seu único bem estaria ou está ameaçado.

Não será demais repisar que no confronto entre o prejuízo mínimo do Locador e da desgraça total do fiador, segundo critérios lógicos de interpretação conforme a Constituição, o julgador, a nosso sentir e ressalvado engano de nossa parte, deverá optar pela preservação da via com dignidade, e a única opção será a de que o locador "esperto" que não se desincumbiu da missão de se cercar das garantias mínimas ao pagamento dos encargos contratados, a exemplo do montante dos recursos do fiador, deverá suportar o prejuízo.

Ademais, impõe destacar, ainda, que a realidade brasileira caminha na direção de exigir inúmeros requisitos para locação de imóveis, principalmente nas metrópoles, que não se justifica a violência ao único bem do fiador para satisfação de um crédito vultoso que o próprio credor contribuiu para tanto, tendo em vista que poderia se valer da ação de despejo por falta de pagamento quando ainda nos primeiros 2 (dois) meses de mora.

O Locador diligente deve aferir a capacidade econômica e financeira do fiador, e, não o fazendo, também deverá suportar os ônus de sua omissão ou esperteza.

DA PONDERAÇÃO DOS INTERESSES DO LOCADOR EM RECEBER O SEU CRÉDITO EM CONTRAPONTO AO FIADOR EM TER O PATRIMÔNIO MÍNIMO PARA SUA SOBREVIVÊNCIA COM DIGNIDADE

Nessa toada, valemo-nos de todo o exposto para ressaltar que o Locador que não se desincumbiu de bem escolher sua melhor garantia com os mecanismos que o legislador colocou à sua disposição deve suportar a impenhorabilidade do imóvel modesto do fiador que tem a seu favor o artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim sendo, na ponderação do confronto entre o direito de receber o seu crédito (locador) e a preservação do patrimônio mínimo de modo a garantir a observância do princípio Constitucional da dignidade da pessoa humana, pensamos que a preservação do patrimônio mínio deve prevalecer, especificamente por força de estar talhado no comando constitucional, que, hierarquicamente submete a sua vontade ao texto do artigo 3º, VII da lei 8.009/90. Não se pode interpretar a Constituição a partir da Lei Ordinária.

DA RESPONSABILIDADE DO LOCADOR EM VERIFICAR COM PROBIDADE O PODER DE GARANTIA DO FIADOR

Não podemos deslembrar, de início, que o Brasil é o 10º país em que encontramos a pior distribuição de renda do mundo, o que significa dizer que o que talhado no artigo 3º, I, III da *Magna Charta* está muito longe de ser alcançado.

Ora, no momento da contratação deve, deverá ou deveria o Locador verificar as condições financeiras daquele que garantirá o contrato respectivo.

Nessa direção, na hipótese de se ter de lançar mão da garantia para alcançar o fiador, eventual impossibilidade ou incapacidade financeira do mesmo, não se poderá violentar comandos constitucionais fundamentais, a exemplo de se lançar o fiador à própria sorte, notadamente quando há risco iminente de reduzi-lo à miséria, preservando, assim, princípio constitucional da preservação da dignidade humana, este em detrimento do recebimento do crédito pelo locador inescrupuloso que sabendo da impossibilidade do fiador suportar os encargos do contrato, ainda assim autoriza que este possa figurar na relação contratual respectiva.

Noutras palavras, se o Locador, sabendo da dificuldade financeira do fiador, quando da análise do seu patrimônio e renda, ainda assim o aceita, deve suportar os ônus de um eventual inadimplente, posto que o seu crédito não é e não será mais importante que a dignidade humana erigida à categoria de Dogma Constitucional.

DA "NEGLIGÊNCIA" DO LOCADOR NA APROVAÇÃO DO FIADOR SEM RECURSOS OU PATRIMÔNIO PARA GARANTIA DO CONTRATO

Alguns locadores inescrupulosos têm se valido da interpretação equivocada que vêm se dando ao texto contido no artigo 3º, VII da Lei de regência das locações, num país que têm como princípio básico a dignidade da pessoa humana.

Não será demais afirmar que o Locador deverá arcar com os ônus de sua negligência ao escolher o garantidor da obrigação contratada, mormente quando detém todas as condições para melhor escolher o garantidor ou mesmo garantir o pagamento do seu crédito, vale dizer, poderá e deverá, se quiser, escolher quem esteja em boas condições financeiras para garantia do contrato, posto que, não o fazendo, correrá o risco de ver frustrado o pagamento.

Acrescente-se que a Lei de regência das locações não proíbe o pagamento antecipado, como se depreende do artigo 42, senão vejamos:

"Art. 42. Não estando a locação garantida por qualquer das modalidades, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo."

Ora, se o legislador pôs à disposição do locador inúmeros mecanismos para segurança de seu crédito, resta claro que o que se quis foi evitar o enriquecimento sem justa causa e não levar o fiador à miséria.

Nessa senda, se o locador inescrupuloso resolve se valer de sua superioridade econômica para compelir o locatário a se valer de meios escusos e pouco ortodoxos para obtenção de um fiador e consequentemente possibilitar a locação de um imóvel, certo também que o novo Código Civil hoje exige desenganadamente a clareza nos contratos com todos os seus consectários, notadamente o risco de penhora do único imóvel do fiador, mormente quando se trate de pessoa idosa, cuja atenção deverá ser maior e mais cautelosa.

Não seremos nós a criticar a acidez que incorporou a Lei de regência das locações, notadamente porque conhecemos a dificuldade histórica anterior ao advento da legislação sob comento, dada dificuldade da retomada do imóvel pelo locador ou mesmo da cobrança dos encargos, tendo em vista que o fiador deveria apresentar pelo menos dois imóveis, haja vista a garantia da impenhorabilidade, cuja alteração da lei 8.009/90, em sentido contrário surge com a malsinada Lei 8.245/91, exatamente em seu artigo 82 que vem sacrificando inúmeras famílias em detrimento de locadores quase sempre abastados e pouco preocupados com o rompimento das desigualdades, pensando apenas na ganância e no lucro, sendo certo que a nosso sentir não foi esta a vontade do legislador.

Pensamos que o locador deve também experimentar o resultado de sua má escolha. Deve o Locador melhor escolher não só o locatário mais também o fiador com recursos mínimos à garantia de seu crédito, sem embargo da atuação mais efetiva do judiciário na entrega da prestação jurisdicional quando requerida, na linha do que ditado pelo artigo 42 da lei de regência, vale dizer, se o pagamento não feito a contento, desalija-se o locatário sem maiores transtornos, tornando-se desnecessária a violência ao fiador e sua família, estar-seia a ferir de morte a nossa *Magna Charta*.

Não há consenso doutrinário a respeito da definição de direitos da personalidade, nem de quantos e quais seriam esses direitos. É certo que se trata de direitos inerentes à pessoa e a ela relativos, quando do exercício de um direito ou da cidadania, chamados por uns de pessoais, por outros, de pessoalíssimos. É certo que a personalidade transcende a pessoa, assim tornando a técnicas as definições restringidoras da real amplitude da personalidade e seus direitos. Este fato não ocorre no Direito alemão, que prevê, além dos direitos ali descritos, outros tais, como se vê no § 823, alínea 1ª, do seu Código Civil, cujo preceito concede indenização contra quem, dolosa ou culposamente, lesiona direito à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade, à propriedade ou outro direito de outra pessoa 18-19 A nossa Constituição, no seu art. 5º, caput, prescreve serem invioláveis os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade; no seu inciso X, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem; no seu inciso XII, o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas; no XXVII, são garantidos os direitos autorais; no XXX, é garantido o direito de herança; e, no seu § 2º, realça que os direitos e garantias individuais, expressos na Constituição, não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais dos quais o Brasil fizer parte. São, ainda, fundamentais os direitos de cidadania e dignidade da pessoa humana, previstos no art. 1º da Constituição⁶.

⁶Biblioteca Forense Digital - NILSON BRUNBO FILHO A Personalidade, os Danos Morais e sua Liquidação de Forma Múltipla

RECENTE JULGADO DO STJ, ENFRENTANDO TEMA MUITO MAIS ÁRIDO AFASTOU A INCIDÊNCIA DO ARTIGO 3º, V DA LEI 8.009/90

Em recentíssimo julgado publicado no último dia 16 de abril de 2007, o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem, na linha de julgados anteriores que o imóvel intitulado bem de família, ainda que oferecido como garantia hipotecária, não perde a esta natureza.

Nessa senda, pensamos que o tratamento diferenciado entre a aplicação do inciso V (bem dado como garantia hipotecária) e o inciso VII (imóvel intitulado bem de família violentado pela penhora, no mais das vezes, sem conhecimento do fiador das conseqüências do negócio realizado), se mostra desenganadamente em descompasso com um verdadeiro Estado Democrático de Direito, donde se conclui, ressalvado engano de nossa parte, que a harmonia entre as situações semelhantes com tratamentos igualitários se impõe por medida de direito e justiça.

Assim sendo, em não se aplicando tratamento isonômico, a situação semelhante (exceções previstas no artigo 3º da Lei de regência da impenhorabilidade legal sobre o bem de família, notadamente situações idênticas como as dos incisos V e VII), estar-se-ia a violentar comando previsto na cabeça do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil e afastando princípios Constitucionais já enfrentados alhures.

Forçoso reconhecer, portanto, que se a impenhorabilidade pode ser reconhecida ao imóvel oferecido em garantia hipotecária e mesmo oferecido em sede de execução, onde o beneficiário da garantia da impenhorabilidade, voluntariamente, abre mão do seu favor legal, repise-se, sabendo que está abrindo mão do favor legal; igual tratamento deve ser conferido àquela que, sem saber das conseqüências de seu comportamento num negócio jurídico (fiança), podendo perder seu único bem em que reside com sua família, sob pena de estar subvertendo a ordem natural das coisas.

Vejamos a íntegra do acórdão sob comento:

RECURSO ESPECIAL Nº 805.713 - DF (2005/0210993-5)

Paulo Roberto Benasse Página 5 de 55

""RELATÓRIO

EXMO.SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR: Início por adotar o relatório de fis. 174/175, verbis:

"Cuida-se de agravo de instrumento tirado por NASCIMENTO ALVES PAULINO em face da r. decisão proferida pela ilustre magistrada da 14º Vara Cível de Brasília (cópia de fl. 130), em sede de **ação de execução**, onde indeferiu vários pedidos então formulados, e dentre eles a liberação da constrição judicial (penhora) incidente sobre o apartamento 301, do Bloco C, da SQN 107, e sobre um veículo Ômega. Indeferiu ainda requerimento no sentido de que tais bens fossem substituídos por salas comerciais que discrimina.

Argumenta o agravante, em resumo, que nula a penhora sobre o apartamento por se tratar de **bem de família**, onde reside com sua família composta da companheira SILENE ALVES MARTINS, com a qual convive desde 1986, e das **filhas menores**: Laura, nascida em 1987, e Larissa, nascida em 1994. Ofereceu várias salas comerciais para substituí-lo, inclusive, o veículo Omega noticiado nos autos.

Foi deferida **parcialmente** a antecipação dos efeitos da tutela recursal, suspendendo-se a execução em relação ao imóvel residencial (fls. 157/159).

Em sua contra minuta, o BANCO BRADESCO S/A (fls 166-171), explicita, em resumo: a) que o agravante não possui legitimidade para recorrer, haja vista o tema relatado nos autos; b) que a penhora foi efetivada sobre o bem imóvel oferecido em garantia real (hipoteca), nos exatos termos do artigo 655, § 2º, do Código de Processo Civil; c) que tema pertinente a bem de família foi omitido quando o mesmo opôs embargos à execução, só trazendo agora na véspera de praceamento; d) que, além do mais, a litigância de má-fé, pois, quando do oferecimento do bem em hipoteca, o mesmo, dolosamente, silenciou que mantinha entidade familiar, inclusive, a companheira manejou embargos de terceiro, sendo que a petição inicial foi indeferida, de plano,

Entranhadas nos autos as informações prestadas pelo d. julgador de primeiro grau (fls. 161-163).

Anoto regular guia de preparo (fls.12). È o relatório do necessário."

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios deu parcial provimento ao recurso, em acórdão assim ementado (fis. 180):

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BEM DE FAMÍLIA. GARANTIA REAL OFERTADA POR APENAS UM DOS CONVIVENTES. PENHORA. INVIABILIDADE.

- Exsurgindo dos autos que o imóvel penhorado, indiscutivelmente, trata-se de bem de família, e mesmo que tenha sido oferecido pelo devedor, em garantia real (hipoteca), pode o tema ser por ele evocado e atendido, em virtude da situação concreta dos autos.
- Peramanece a penhora sobre o veículo Omega, por não se caracterizar como tal, e, nesse caso, perfeita garantia real sobre ele incidente.
- 3. Recurso parcialmente provido."

Opostos Embargos declaratórios foram rejeitados (fl. 200).

Inconformado, BANCO BRADESCO S/A, interpõe pela letra "a" do artigo 105, III da Constituição Federal, recurso especial alegando, em síntese, que a decisão violou os artigos 3º e 267, VI, ambos do Código de Processo Civil e artigo 3º, V da lei 8.009/1990.

Alega que "o Recorrido não tem legitimidade para propor o agravo de Instrumento com fundamento na falta da anuência de sua companheira, no ato da constituição da hipoteca em virtude de ter se qualificado como DIVORCIADO omitindo a condição alegada somente agora." (fls. 209/210)

Aduz, ainda, que "o imóvel residencial pode garantir dívida desde que o mesmo seja oferecido como garantia hipotecária, como efetivamente ocorreu no presente caso. O imóvel dado em garantia da dívida executada pode ser penhorado, vez que, inclui na ressalva do inciso V do artigo 3º, da Lei nº 8009 de 29.03.1990." (fl. 212).

Contra-razões às fls. 239/245,pugnando pelo não conhecimento do recurso e, acaso conhecido, pelo seu improvimento.

O recurso especial foi admitido na instância de origem pela decisão presidencial de fls. 247/248.

É o relatório.

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR (Relator): Trata-se de recurso especial em que se discute sobre a impenhorabilidade de imóvel constrito por determinação judicial, em ação de execução por quantia certa movida pelo recorrente em desfavor do Sr. Nascimento Alves Paulino, para cobrança da dívida consubstanciada em escritura pública de confissão e assunção de dívida.

Preliminarmente, no que concerne à falta de legitimidade do recorrido para propor o agravo de instrumento, vez que os artigos 3º e 267, VI, ambos do Código de Processo Civil não foram analisados pelo Tribunal estadual, falando, assim, o necessário prequestionamento.

É certo que foram opostos embargos declaratórios, porém não houve exame dos mencionados dispositivos, incidindo, na espécie, a súmula nº 211 do STJ, que reza:

"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal **a quo.**"

No mérito invoca-se violação ao artigo 3º, V da lei 8009/1990. Nesse particular assim se manifestou o voto condutor do aresto **a quo**, de relatoria do eminente Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, **literis** (fls.182/183):

"(...), surge o embróglio: aquele que, quando da formação de um contrato omitindo a situação de manter união estável e oferecendo imóvel em hipoteca, pode, posteriormente, na ação de execução, evocar o benefício da instituição do **bem de família?**

A meu ver, sim.

Não impressiona o silêncio do consumidor perante o ente financeiro em relação a sua vida marital com determinada pessoa, se não foi indagado a respeito, e se naquela oportunidade apontou seu status jurídico de divorciado, quando então toda cautela seria do credor, no que se afasta, desde logo, tese de litigância de má-fé.

O tema proposto não é estranho no seio do colendo SUPERIOR *TRIBUNAL DE JUSTIÇA, onde, por intermédio de suas turmas especializadas em direito

privado (3ª e 4ª), tratando-se de indicação do bem para ser penhorado, pelo devedor, não significaria a renúncia ao direito de alegar a impenhorabilidade nos termos da Lei Federal 8.009/90.

Verdade que se tratou de tema relacionado à penhora. Confira-se:

"EMENTA: BEM DE FAMÍLIA. Impenhorabilidade. Indicação à penhora.

- A indicação do bem à penhora não significa renúncia ao direito de alegar a impenhorabilidade prevista na Lei 8009/1990. Precedentes.
- Recurso conhecido e provido" (REsp. N 242. 175 PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJU de 08-maio-2000, página 101).

Vide ainda REsp. N. 526.460 – RS Relatora Ministra NANCI ADRIGHI.

Nem por isso se há de restringir o alcance de tal diretiva jurídica, pois, se o **devedor não pode dispor desta proteção** (Resp. N. 160.058 – SP), mesmo tendo oferecido o bem em garantia real, poderá evocar o benefício em sede de ação de execução, se tal garantia real não restou ofertado pela **entidade familiar**, conforme dicção clara do artigo 3º da lei Federal 8.009/90.

Rejeito a preliminar.

Quanto ao mérito, o que foi explicitado, por si só, já repele o conteúdo da contraminuta, pois o devedor não estava obrigado a suscitar o tema em sede de embargos à execução, haja vista que o mesmo podia ser argüído em qualquer fase do processo de execução (Resp. N. 187.935 – SP).

E, indiscutivelmente, em nenhuma oportunidade, a impenhorabilidade, sob fundamento de ser bem de família, havia sido tratada nos autos, no que se equivocou a ilustre magistrada, ante a generalidade do decisum ora objurgado (cópia de fl. 130), sendo também desinfluente a circunstância de a mesma autoridade ter

indeferido petição inicial em sede de embargos de terceiro.

Com efeito, inexiste qualquer dúvida de que o agravante e sua família residem no imóvel em questão, e nem este ponto restou confrontado pelo agravado."

A decisão da Corte **a quo** está em consonância com a jurisprudência assentada no STJ, no sentido de fazer prevalecer a proteção legal, ainda que o devedor haja renunciado anteriormente ao privilégio, por se cuidar de norma cogente, contendo princípio de ordem pública.

Nesse sentido:

"BEM DE FAMÍLIA. Impenhorabilidade. Indicação à penhora.

- A indicação do bem à penhora não significa renúncia ao direito de alegar a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/90. Precedentes.
- Recurso conhecido e provido"
 (4ª Turma, REsp. N. 242.175 PR, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, unânime, DJU 08.05.2000)

"Bem de família. Impenhorabilidade. As exceções à impenhorabilidade são as expressamente previstas em lei. Ineficaz a renúncia a favor em documento particular de confissão de dívida."

(3º Turma. REsp. N. 250.040 – SP, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, por maioria, DJUde 13.09.1999)

CIVIL. "PROCESSUAL EXECUÇÃO. OCUPADO IMÓVEL POR EX-COMPANHEIRA E PELO FILHO DO DEVEDOR, IMPENHORABILIDADE. RENÚNCIA AO FAVOR LEGAL. INVALIDADE. PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA. LEI 8.009/90

A proteção conferida à entidade familiar pela Lei 8.009/90 se estende à situação em que o imóvel constritado se acha ocupado pela excompanheira e pelo filho do executado, sendo destituída de validade cláusula contratual em que ele abre mão do favor legal, que, por se cuidar de norma de ordem pública, é sempre preponderante.

Tampouco importa em renúncia ao benefício a indicação anterior do bem à penhora.

III. Precedentes do STJ.

IV. Recurso especial não conhecido" (4ª Turma, Resp. N. 507 .686 – SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Unânime, DJU, de 22.03.2004)

Ante o exposto, não conheço do recurso especial.

É como voto.""

Não podemos deslembrar das invulgares opiniões em sentido diverso, que, ressalvado engano de nossa parte, o artigo 3º, VII da Lei 8.009, de 29 de março de 1990 deve ser dado interpretação conforme a Constituição da República Federativa do Brasil, de modo a que somente incidirá a exceção sob comento se, com o produto da alienação do bem penhorado (imóvel do fiador), puder este adquirir imóvel diverso, ainda que de menor porte, não se estará a violentar nossa Carta Política, do contrário, estarse-ia a ferir de morte o inciso III do artigo 1º da *Magna Charta*.

Na mesma trilha já se alinhava posicionamento do Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal, em companhia dos Ministros Eros Grau, Carlos Ayres Brito e Celso de Mello, que entende o seguinte:

AC 967 / RS - RIO GRANDE DO SUL AÇÃO CAUTELAR Relator(a) MIN. - - CARLOS VELLOSO Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) - - CARLOS VELLOSO Partes AÇÃO CAUTELAR N. 967-7 PROCED.: RIO GRANDE DO SUL RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO REQTE.(S): NEUSA MARIA LIMA DOS SANTOS ADV.(A/S): FERNANDO GOMES REQDO.(A/S): DEVALDINO AROLDO CARBONI ADV.(A/S): NEWTON JANCOWSKI JUNIOR Julgamento 10/10/2005 Publicação DJ 17/10/2005 PP-00046 Despacho DECISÃO: - Vistos. Trata-se de cautelar proposta por NEUSA

MARIA LIMA DOS SANTOS com o objetivo de destrancar recurso extraordinário retido com base no art. 542, § 3º, do CPC (fl. 53), recurso esse interposto de acórdão que, em agravo de instrumento de decisão indeferitória de pedido de tutela antecipada (fl. 22), decidiu pela penhorabilidade do bem imóvel do fiador de contrato de locação (fls. 40-43), em acórdão assim ementado: "AGRAVO INTERNO - LEI 9.756/98. AGRAVO DE INSTRUMENTO COM **SEGUIMENTO NEGADO** MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. Embora exista decisão do STF, proferida em decisão monocrática, não houve mudança no posicionamento majoritário da jurisprudência. Adota-se o entendimento do 8º Grupo Cível do Tribunal de Justiça e do colendo STJ, que entende penhorável o bem do fiador. Negaram provimento." (Fl. 40) Diz a requerente que propôs ação anulatória de adjudicação, com pedido de antecipação de tutela de reintegração de posse, por ter sido seu único imóvel (bem de família) penhorado e adjudicado, em razão de dívida relativa a contrato de locação de imóvel não-residencial, do qual fora fiadora (fls. 23-27). Sustenta, mais, em síntese: a) ocorrência do fumus boni juris, consubstanciado na afronta ao art. 6º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 26/2000; b) existência do periculum in mora, tendo em vista que o magistrado de 1º grau designou o dia 13 de outubro de 2005 para a efetivação da imissão na posse do imóvel em questão, conforme certificado à fl. 84; c) cabimento da presente ação cautelar, ante a excepcionalidade do caso e o poder geral de cautela do magistrado, na medida em que o trâmite processual da ação anulatória se estenderá por longo período, o que levará a requerente a sofrer prejuízos irreparáveis; d) existência de entendimento do Ministro Carlos Velloso no sentido da impenhorabilidade do imóvel residencial do fiador. Requer, ao final, o deferimento da cautelar, "a fim de determinar o destrancamento do recurso extraordinário, seu imediato processamento, e a concessão do efeito suspensivo ao mesmo, (...) e por consequência - determinar a suspensão imediata da imissão na posse do requerido, no imóvel" (fl. 12). Autos conclusos em 06.10.2005. Decido. Na AC 928/RJ, proferi a seguinte decisão: "(...) O recurso extraordinário em questão, retido com fundamento no art. 542, § 3º, do CPC, foi interposto de acórdão que, em agravo de instrumento, decidiu pela nulidade da extensão a todos os associados da ora requerente da tutela antecipada anteriormente deferida, porque não requerida na petição inicial da ação. Pedido semelhante a este foi formulado ao Eg. Superior Tribunal de Justiça, dado que foi interposto, também, o recurso especial. O ilustre Relator da cautelar, naquela Corte, determinou o processamento recurso especial (fls. 402-405). Negado seguimento ao REsp, a ora requerente interpôs agravo de instrumento, posteriormente desprovido pelo ilustre Ministro

Fernando Gonçaives (fls. 466-471), decisão essa mantida pela Quarta Turma do Eg. Superior Tribunal de Justiça (fl. 473). É de se determinar, tal como ocorreu com o recurso especial, que o RE não figue retido, tal como decidido pelo STJ, quanto ao especial. É que a tutela antecipada, não obstante a sua provisoriedade, como é de sua natureza, é satisfativa, recomendando o bom senso, sobretudo, que a questão seja de logo resolvida. Do exposto, defiro a cautelar, para o fim de determinar o regular processamento do recurso extraordinário, efetivando-se, primeiro que tudo, o seu juízo de admissibilidade. Comunique-se, transmitindo-se cópia integral desta decisão. (...)." Aqui, ocorre o mesmo. Em razão da decisão, informa a requerente, foi designado o dia 13 deste para efetivação da imissão na posse do imóvel, o que está, aliás, certificado à fl. 84. O RE, portanto, deverá ser processado. De outro lado, é de ser, também, dado efeito suspensivo ao citado RE. Reporto-me, no ponto, à decisão que proferi no RE 449.657/SP, sintetizada na seguinte ementa: "EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido." Idêntica decisão proferi no RE 352.940/SP. Do exposto, defiro a cautelar, para o fim de determinar o regular processamento do recurso extraordinário, ao tempo em que a este confiro efeito suspensivo. Comunique-se, com urgência. Publiquese. Brasília, 10 de outubro de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO -Relator

DO DIREITO CONSTITUCIONAL À MORADIA PREVISTO NO ARTIGO 6º DA CARTA POLÍTICA – VOTO VENCIDO QUANDO FUNDAMENTADO NA CARTA POLÍTICA

Em recente julgado junto ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enfrentado a questão posta a exame, voto vencido, o Eminente Julgador Desembargador Francisco de Assis Pessanha ressaltou a necessidade de adequação do preceituado no artigo 3º, VII da Lei 8.245, de 18 de outubro de 1991 ao comando do artigo 6º da Magna Charta, oportunidade em que nos permitimos reproduzir o voto vencido de S. Exa., senão vejamos:

O Ministro EROS GRAU divergiu do relator, no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. O ministro citou como precedentes dois Recursos Extraordinários (RE 352940 e 449657) relatados pelo Ministro CARLOS VELLOSO (aposentado) e decididos no sentido de impedir a penhora do único imóvel do fiador. Nesses dois recursos entendeu que o dispositivo da lei ao excluir o fiador da proteção contra a penhora de seu imóvel feriu o princípio constitucional da isonomia.

Esse entendimento também foi citado pelos Ministros CARLOS AYRES BRITTO E CELSO DE MELLO, que acompanharam a divergência aberta pelo Ministro EROS GRAU. Os três votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2º geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 votos a 3, o plenário acompanhou o voto do Ministro CEZAR PELUSO e negou provimento ao recurso extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

Ante tais considerações, o voto é no sentido de negar provimento ao recurso, assim mantendo o dispositivo sentencial pelos fundamentos ora expostos.

Des. Nagib Slaibi Filho - Presidente e Relator

Voto Vencido

Ousei divergir da Douta Maioria, coerente com a minha modesta posição adotada há algum tempo a respeito do tema.

No julgamento das Apelações Cíveis nºs 2005.001.43.944 e 2005.001.49534, votei no seguinte sentido, verbis:

"Mantenho o entendimento no sentido de que o artigo 6º da Carta Política, com a introdução do vocábulo "moradia" através da Emenda Constitucional nº 26, passou a amparar a família e sua moradia como direito fundamental e, com isto, tornou indisponível o bem de família para a constrição judicial e, portanto, no caso concreto, o imóvel em questão é impenhorável

Esta posição ficou confirmada pelo Supremo Tribunal Federal, através da decisão monocrática proferida pelo ilustre Ministro CARLOS VELLOSO, com a seguinte ementa:

"Ementa: constitucional. Civil. Fiador: bem de família: imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: impenhorabilidade. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei nº 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º,

ressalvando a penhora "por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação": sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Decisão: - Vistos. O acórdão recorrido, em embargos à execução, proferido pela Oitava Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, entendeu ser penhorável, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação dada pelo art. 82 da Lei nº 8.245/91, o bem de família do fiador de contrato de locação. Daí o RE, interposto por Antonio Elpídio Moreira e Outros, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, em síntese, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que o art. 6º da Constituição Federal, que se configura como auto-aplicável, assegura o direito à moradia, o que elidiria à aplicação do disposto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, redação da Lei 8.245/91. Admitido o recurso, subiram os autos. Autos conclusos em 20.4.2005. Decido. Ao julgar o RE 352.940/SP, em 26.4.2005, escrevi: "Ementa: Constitucional. Civil. Fiador: Bem de família: Imóvel residencial do casal ou de entidade familiar: Impenhorabilidade. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei nº 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressalvando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua nãorecepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (...) A Lei nº 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei nº 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressalvar a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.' É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: 'Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.' Em trabalho doutrinário que escrevi "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil", texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, a moradia do homem e sua família, justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei nº 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei nº8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei nº 8.245. de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei nº 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2º geração, direito social. Ora, o bem de família, Lei nº 8.009/90, art. 1º encontra justificativa, foi dito linha atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009, de 1990, introduzido pela Lei nº 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência." Reportando-me à decisão acima transcrita, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência. Publique-se. Brasília, 27 de abril de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO – Relator

Não obstante, recentemente, quando do julgamento do RE 407688, do qual foi Relator o ilustre Ministro CEZAR PELUSO no Plenário em 08.02.2006, com publicação no dia 03.03.2006, a Suprema Corte, por maioria, decidiu de forma diversa, ficando vencidos os ilustres Ministros EROS GRAU, que divergiu do Relator, CARLOS AYRES BRITTO e CELSO DE MELLO.

O Ministro EROS GRAU citou como precedentes os REs. 352940 e 449657, ambos relatados pelo Ministro CARLOS VELLOSO, recentemente aposentado.

Vê-se, pois, que o tema ainda não está pacificado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

A meu sentir, o bem de família, ou seja, a moradia do homem e sua família não pode ser penhorado, sobretudo porque o instituto da penhora é ato coercitivo estatal e a impenhorabilidade decorre de um direito fundamental constitucionalmente assegurado.

A permissividade, com todo o respeito às posições contrárias, fere de morte, também, o princípio da isonomia, ao tratar desigualmente situações iguais, na contra-mão do brocardo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito.

Portanto, na prevalência de tal princípio, ou seja, o isonômico, o inciso VII do art 3º, acrescentado pela Lei nº 8.245/91, não foi recebido pela Emenda Constitucional nº26, de 2000.

Essa assertiva está estampada, expressamente, no art. 6º, Constituição da República, após a inclusão do vocábulo "moradia".

Adoto, pois, como integrantes deste voto, as mesmas razões que ora ratifico e, assim, votei vencido, pelo provimento do recurso.

Des. Francisco de Assis Pessanha - Revisor Vencido.

Lembramos que há muito o dispositivo contido no artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 8.072/90 teve inúmeros votos vencidos no sentido de declarar sua inconstitucionalidade, até que alterada a formação do Supremo Tribunal Federal, o entendimento acerca da inconstitucionalidade do dispositivo sob comento se fez necessária, notadamente por conta da constatação de que com a nova ordem constitucional, passamos a respirar novos ares, e, tanto os congressistas quanto os julgadores deverão se acostumar com a garantia da amplitude de defesa, contraditório e ampla defesa, sem embargo do respeito às garantias fundamentais que não estão fincadas na Constituição da República por mera ilustração. Noutras palavras, o respeito ao princípio da garantia da dignidade da pessoa humana é real e existe talhado no artigo 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil.

DOS DISPOSITIVOS VIOLENTADOS

O ora Requerente aponta os dispositivos violados e/ou com negativa de vigência pela decisão impugnada ao o princípio da dignidade da pessoa humana talhado no artigo 1º, III da Constituição da República; sem embargo da violação ou negativa de vigência dos artigos 5º e 6º da Constituição da República Federativa do Brasil c/c artigo 548 do Código Civil e artigo 1º da Lei 8.009, de 29 de março de 1990, que confere interpretação conforme à Constituição da república quando da análise do artigo 3º, VII da Lei sob comento, assim como artigos 421 e 422 do Código Civil; artigos 2º, 3º, 9º, 10º, 37, 43 e 71 da Lei 10.741, de 1º de outubro de 2003, razão pela qual, para fins de interposição de recurso excepcional, entendemos que os dispositivos foram violentados e postos especificamente em discussão.

DO PEDIDO

Por todo exposto, requer seja julgado improcedente a presente execução seja pelo excesso na execução, seja pela inépcia da inicial ou pelo descumprimento da condição de procedibilidade, ou, ainda, sucessivamente, seja afastada a constrição no imóvel objeto da presente, tudo na forma da fundamentação supra, por medida de justiça.

Rio de Janeiro, RJ, 22 de janeiro de 2008.

NILSON BRUNO FILHO Defensor Público 2ª VARA CÍVEL DA REGIONAL LEOPOLDINA – REGIONAL DA COMARCA DA CAPITAL

Processo nº 2008.210.007174-3

AÇÃO DE DESPEJO: EMBARGOS À EXECUÇÃO Embargante: ALBERTO FERREIRA DE MATOS Embargado: ANTONIO DE CASTRO NEVES

SENTENÇA

ALBERTO FERREIRA DE MATOS propôs embargos à execução em face ANTONIO DE CASTRO NEVES, alegando, em síntese, excesso de execução e impenhorabilidade do bem de família. Os embargos foram recebidos, determinandose a manifestação da embargada. Impugnação a fl. 86/102. Vieram os autos à conclusão. É o relatório. Passo a decidir. O feito comporta julgamento antecipado na forma do artigo 330, I do CPC, eis que se trata de matéria unicamente de direito. Não merece acolhida a preliminar de inépcia argüida, eis que a inicial da ação executiva é clara sendo perfeitamente possível ao executado defender-se dos fatos nela alegados. Cuida-se de embargos à execução de título extrajudicial, fundada em contrato de locação, afiançado pelo embargante, conforme se vê no contrato de fl. 44/48. O artigo 818 do Código Civil estabelece que: 'pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra´. Desta forma, o fiador é um obrigado solidário, arcando com as despesas oriundas do contrato principal tendo em vista a renúncia expressa ao benefício de ordem inserto na cláusula VIII (fl. 47). Assim verificada a inadimplência do locador - afiançado, responde o fiador pelo total da dívida até a data da entrega das chaves conforme estabelecido expressamente no contrato, não havendo que se falar em excesso de execução em relação às verbas estabelecidas no contrato locatício. Ressalte-se ademais que o Tribunal de Justiça deste Estado já sumulou tal entendimento: Súmula 134: Nos contratos de locação responde o fiador pelas obrigações futuras após a prorrogação do contrato por prazo indeterminado se assim o anuiu expressamente e não se exonerot na forma da lei'. No que tange a alegação de impenhorabilidade do bem de Família, é sabido que a lei 8.009/90 inaugurou, à luz da nova ordem constitucional, um novo aspecto do bem de família,

que até então era regido pelas disposições do vetusto Código Civil brasileiro e da lei 6.015/73 não mais se tornou necessário que houvesse o registro do bem de família, bastando tão somente que estivessem presentes os requisitos previstos naquela lei, para que o bem imóvel fosse considerado como tal. Na ponderação de interesses, verifica-se que a matéria já foi objeto de discussão no STF, 'o Supremo Tribunal Federal decidiu, em fevereiro de 2.006, que a liberdade individual e constitucional de alguém que pode optar ser fiador e arcar com essa responsabilidade tem valor preponderante sobre o valor social constitucional à moradia (Recurso Extraordinário nº 483.000; Resp nº 407.688). De ressaltar, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em sessão realizada no dia 08.02.2006 no Recurso Extraordinário nº 407.688, por maioria de sete (7) votos a três (3) julgou no sentido de que 'O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. É inegável que existirão situações concretas onde a liberdade individual de contratar poderá ter sido turvada por fatores consideráveis, a modificar tal condição, o que não é o caso destes autos. No caso concreto, verifica-se que o artigo 3º da referida lei excepciona o bem de família instituído voluntariamente. Vê-se ainda caso que o devedor afiançou o contrato locatício que fundamenta a ação executória e tendo-se em conta que o patrimônio do devedor é a garantia do credor quanto ao adimplemento das obrigações contratuais, não há como acolher a tese de nulidade apresentada pelo impugnante ao argumento da impenhorabilidade do bem de família. Neste sentido, o acórdão do E. TJ/RJ: '2006.001.67367 - APELACAO CIVEL. DES. FERNANDO FERNANDY FERNANDES - QUARTA CAMARA CIVEL. APELAÇÃO CÍVEL. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, VII DA LEI Nº. 8.009/90. 1. É penhorável o imóvel do fiador que garante o contrato de locação na exegese do art. 3º, inciso VII da Lei nº. 8.009/90.2. Atual posição do STF e precedentes do STJ e TJ/RJ.3. Apelação a que se dá provimento. A hipótese, assim, é de improcedência dos embargos, eis que inexistente o direito alegado pelo embargante. ISTO POSTO, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO e declaro resolvido o mérito da causa na forma do art. 741, VI, do CPC. Condeno o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, observando-se os artigos 11 e 12 da Lei 1060/50, em razão da gratuidade deferida ao embargante. P.R.I. Após o trânsito em julgado, dê-se baixa e certifique-se nos autos, prosseguindo-se o processo de execução.

ANDRE FELIPE ALVES DA COSTA TREDINNICK Juiz de Direito

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA **SEGUNDA VARA**CIVEL DA COMARCA DA CAPITAL – **REGIONAL DA LEOPOLDINA - RJ**

Considerando que o ora Requerente conta com 82 anos, nascido em 2 de janeiro de 1926, conforme demonstrado às fls. 35, requer a aplicação do que disposto no artigo 71 da Lei 10.741, de 1º outubro de 2003, para fins de observar a prioridade ao idoso.

Processo nº 2008.210.007174-3

ALBERTO FERREIRA DE MATOS, nos autos do processo epigrafado, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, na forma do artigo 535 do Código de Processo Civil, opor recurso de embargos de declaração, data venia e ressalvado engano de nossa parte, tendo em mira que a decisão de fls. 104/105, não logrou verter justiça e se mostra contraditória relativamente ao fundamento lançado, notadamente quando afirma às fls. 105, que "é inegável que existirão situações concretas onde a liberdade individual de contratar poderá ter sido turvada por fatores consideráveis, a modificar tal condição, o que não é o caso desses autos", mas, entretanto, não enfrentou quaisquer das questões lançadas na peça de ingresso, a exemplo da aplicação conforme a constituição da República relativamente ao preceito sub examen a luz dos princípios constitucionais postos em debate; garantia constitucional ao patrimônio mínimo; análise do artigo 548 do Código Civil em vigor, respeito aos princípios contratuais da boa-fé objetiva, probidade e fim social dos contratos; ponderação dos interesses em jogo; negligência do locador em verificar a capacidade econômica do fiador; enfrentamento do que assentado em recente julgado pelo STJ relativamente a garantia hipotecária, que se aproxima em muito do caso sob comento; direito constitucional à moradia previsto no artigo 6º de nossa Carta Política; o que significa dizer, data venia e ressalvado engano de nossa parte, que há patente contradição que se busca corrigir através da presente, para que a decisão vergastada seja compatível com a fundamentação destacada, sem prejuízo de ver suprida a omissão relativamente ao enfrentamento de todas as matérias de defesa apontadas na peça de ingresso de fls. 02/34, para, ao final, julgar procedente o pedido autoral em homenagem aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório.

Pelo talho do exposto, querer sejam supridas a contradição e as omissões apontadas, para, ao final, julgar procedente o pedido Autoral por seus próprios fundamentos, notadamente porque a impugnação de fls. 86/101, sequer enfrentou os temas mencionados, nos dando conta de que não os repele, antes o confirma com sua anuência tácita, tendo em vista o princípio da eventualidade.

Rio de Janeiro, 3 de setembro de 2008.

NILSON BRUNO FILHO Defensor Público 2ª VARA CÍVEL DA REGIONAL LEOPOLDINA – REGIONAL DA COMARCA DA CAPITAL

Processo nº 2008.210.007174-3

AÇÃO DE DESPEJO: EMBARGOS À EXECUÇÃO

Embargante: ALBERTO FERREIRA DE MATOS

Embargado: ANTONIO DE CASTRO NEVES

DECISÃO

Alega o embargante contradição na sentença prolatada por esse juízo, uma vez que a referida decisão não enfrentou a questão da impenhorabilidade do bem de família, eis que embora tenha se lançado naquela que existirão situações concretas onde a liberdade individual para contratar será turvada por fatores consideráveis, não enfrentou as argumentações da parte requerente. Conhecemos dos presentes embargos, eis que tempestivos e os admitimos, com efeitos infringentes, dada a excepcionalidade do direito invocado em suas razões (STJ, EDcl nos EDcl no REsp 938540, e EDcl no REsp 1009523 / SP). A lei civil estabelece que 'o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam´ (artigo 1º da lei 8.009/90), salvo em processo movido por dívida oriunda de obrigação contraída pelo fiador do contrato de locação, como se extrai do seu artigo 3o, VII. Na presente lide, identificamos que a colisão de direitos fundamentais se dá pelo direito à propriedade, consubstanciado no direito à satisfação do crédito, por um lado, e por outro, no direito à dignidade da pessoa humana, que inclui a análise do direito à moradia. O direito fundamental à propriedade vem estabelecido no artigo 5o, caput e XXII, com a ressalva de que seu exercício deverá atender à função social da propriedade (inciso XXIII) e se espraia para o direito privado na função social que todo contrato deverá possuir (artigo 421 do CCB). O princípio da dignidade da pessoa humana, ao seu turno, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1o, III). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia estabelece em seu artigo 1 o que a dignidade da

pessoa humana é inviolável. Inviolável e intocável, como estabelece o Grund Gesetz, a Lei Fundamental da República Alemã, utilizando o termo unantastbar, que possui o sentido de intangibilidade do sagrado. De modo que se observa que o exercício dos demais direitos fundamentais assegurados pela Constituição da República não poderá vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana em última instância. Estabelecidas as nuances dos direitos em colisão, parte-se para a solução do hard case. Essa se dará pela técnica da ponderação de interesses, do exame das circunstâncias concretas do mesmo e sua interação com os elementos normativos e por fim a apuração da densidade dessas normas e princípios no caso e pela decisão de quão intensamente as normas selecionadas devam prevalecer. Tal acontece utilizando-se o princípio da razoabilidade. A fim de se expurgar duas variantes indesejáveis na hipótese, atingir a necessária objetividade da decisão e para permitir o devido contraste da decisão, adotamos aqui a teoria da argumentação, através da motivação suficiente (artigo 93, IX, CF). A motivação suficiente se dá pela transcendência dos critérios adotados, que possibilitam sua universalização e aplicação em casos semelhantes e a consecução do Estado ideal pretendido pelos princípios, dentro do diálogo que caracteriza a sociedade aberta. Nesse passo, verificamos que a matéria já foi objeto de discussão no STF, quando se estabeleceu que 'a liberdade individual e constitucional de alguém que pode optar ser fiador e arcar com essa responsabilidade tem valor preponderante sobre o valor social constitucional à moradia (Recurso Extraordinário nº 483.000, Resp nº 407.688, j. 08.02.2006). De ressaltar, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, na referida sessão, adotou tal entendimento por maioria de sete (7) votos a três (3), fixando na composição anterior que 'o único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. Entendemos assim que, havendo alegação de vulnerabilidade de uma das partes em litígio, é cabível a verificação da colisão de direitos. Para a identificação da vulnerabilidade no caso concreto, valemo-nos, em primeiro lugar, da Constituição Federal, ao estatuir como objetivos fundamentais da República erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, III e IV). Em segundo lugar, do próprio ordenamento jurídico, que reconhece tal status ao deficiente físico (artigo 203, V, CF), à criança

(artigo 226 da CF e lei 8.069/90) e ao idoso (artigo 203, V e 230, § 1º, CF e Lei 10.741/03). A dignidade da pessoa humana, subjacente a todo direito fundamental, se fará mais premente quando o direito tutelado for de pessoa vulnerável. Na hipótese dos autos, verifica-se que o fiador é pessoa idosa, assim caracterizada pelo Estatuto próprio: 'art. 20 O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.´ Além disso, o fiador, de 82 anos, é viúvo, aposentado sem renda relevante (fls. 42) e residente em bairro humilde dessa cidade (em 98º lugar de 126 bairros no Índice de Desenvolvimento Humano da cidade), possuindo alfabetização precária (fls. 09 e 34). Desse modo, reconhece-se sua vulnerabilidade, que importa em redução de sua autonomia de vontade. Por outro lado, e dentro da teoria da ponderação, se verifica que a execução do contrato acessório no caso importaria em violação de sua função social, o que é vedado pelo ordenamento jurídico, por força do artigo 421 do CCB: 'Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Ou seja, é necessário que as cláusulas do contrato não impliquem em uma violação dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1o, III) e o equilíbrio entre os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa (artigo 1o, IV) e o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3o, 1). Quem vê em tais cânones o princípio da socialidade (Miguel Reale, 'O Projeto do novo Código Civil', ed. Saraiva, 1999, 2a ed.) ou uma nítida influência do socialismo (Rachel Sztajn, Externalidades e Custos da Transação..., Revista de Direito Privado, n. 22, pág. 250), concorda ao menos que nenhuma cláusula do contrato poderá refletir uma prática que gere um dano social - a perda do único bem imóvel utilizado para moradia - para atender a satisfação do crédito da relação principal. Nesse campo, reconhecemos ainda a senda preconizada por LUIZ EDSON FACHIN ('Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo', 2ª Ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2006) que leva desde as garantias do crédito até à proteção da pessoa, pela garantia de um patrimônio mínimo, não como supedâneo ao individualismo, mas como reconhecimento do estado de necessidade social (pág. 169). É esse patrimônio mínimo que deverá ser assegurado em nossa ordem juridical. Por patrimônio mínimo se compreende aquele capaz de garantir 'a

manutenção dos meios indispensáveis à sobrevivência' (pág. 173), e é tutelado pelos artigos 5º, XI e 6º, caput, da Constituição da República, também é prevista como direito fundamental pelo PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS (1966), adotado em nosso país pelo Decreto Legislativo n.º 226, de 12.12.1991, e produz efeitos em nossa ordem juridical como norma constitucional (artigo 5 º, § 3 º): 'Art. 11 - 1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. Acresça-se ainda que a avença, e aí fica evidente a vulnerabilidade do embargante, não possui qualquer advertência no sentido de que o débito do inquilino poderia redundar em penhora do seu único imóvel, como se vê às fls. 08 dos autos principais. De outro lado, como evidente, existem outras formas de garantia do contrato de locação, que já são praticadas pelo mercado, permitindo mais fluidez aos negócios sem ameaças à dignidade da pessoa humana. Por tais motivos, os presentes embargos de declaração devem ser acolhidos, para se reconhecer a contradição na decisão de fls. 104/105, recebendo os embargos e acolhendo-os, reconhecendo também excesso na execução, no tocante às despesas processuais e honorários advocatícios, uma vez que o embargante é beneficiário da gratuidade de justiça. Não há também que se falar em inépcia da inicial, eis que essa permitiu a defesa do embargado em todos os seus aspectos, ou falta de condição de procedibilidade, eis que o título é válido. Ressaltamos por fim que a declaração de insubsistência da penhora não atinge outros bens penhoráveis do fiador, nem o próprio crédito, que subsiste em todos os seus aspectos, com o reparo mencionado. Isto Posto, acolho os embargos de declaração e JULGO PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO para desconstituir a penhora que incidiu sobre o imóvel da Rua Capitão Duarte da Cruz, n. 90, ap. 201, Cordovil (fls. 51 dos autos principais), como único bem imóvel do embargante, e para excluir do crédito a cobrança referente às despesas processuais e honorários advocatícios. Condeno o embargado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, em favor do CEJUR/DPGE, no valor de 10%

sobre o valor da causa. Transitada em julgado, expeçam-se os ofícios necessários, prosseguindo-se a execução. Intimem-se.