



UNIUBE
Universidade de Uberaba



**MINISTÉRIO PÚBLICO DO
ESTADO DE MINAS GERAIS**

REVISTA JURÍDICA

UNIJUS

ISSN 1518-8280

R. Jur. UNIJUS	Uberaba MG	V.8	n. 8	p. 1-242	maio 2005
----------------	------------	-----	------	----------	-----------



UNIJUS

Universidade de Uberaba

Reitor
Dr. Marcelo Palmério

Vice-Reitora
Profª. Elsie Barbosa

Pró-Reitor de Ensino Superior
Profª. Inara Barbosa Pena Elias

Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação
Prof. José Bento Alves

Diretor do Curso de Direito
Prof. Pérsio Henrique Barroso

Ministério Público do Estado de Minas Gerais

Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

Coordenadora: Sandra Maria da Silva
Promotora de Justiça

REVISTA JURÍDICA UNIJUS

Produção da Universidade de Uberaba em parceria com o Ministério Público do Estado de Minas Gerais (Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba).
Editoração e publicação pela UNIUBE.
Periodicidade semestral.

Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não, com os pontos de vista da coordenação da Revista.
Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida desde que citada a fonte.

Catálogo elaborado pelo Setor de Referência da Biblioteca Central da UNIUBE

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. – Vol. 1, n.1 (1998)- . – Uberaba, MG: UNIUBE, 1998-

v.

Semestral.

A partir do volume 8 a numeração dos fascículos passa a ser contínua.

ISSN 1518-8280

1. Direito. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

CDD: 340

Conselho Editorial

Dirce Maris Nunes da Silva
Eduardo Pimentel de Figueiredo
Guido Luiz Mendonça Bilharinho
João Delfino
João Vicente Davina
Miralda Dias Dourado
Newton Luís Mamede
Patrícia de Oliveira Portela
Vicente de Paulo Cunha Braga
Wagner Guerreiro

Coordenador Editorial

Jurandir Sebastião

Os trabalhos podem ser enviados para:

Universidade de Uberaba – UNIUBE - Curso de Direito
Prof. Jurandir Sebastião - Coordenador Editorial da Revista
Av. Nenê Sabino, 1801 – Bairro Universitário
CEP – 38.055-500 – Uberaba-MG
Telefone: PABX (0xx34) 33198800 – FAX (0xx34) 33148910
E-mail: malthus@terra.com.br

Núcleo de Estudos Jurídicos do Ministério Público de
Minas Gerais de Uberaba
Coordenadora: Dra. Sandra Maria da Silva
Rua Lauro Borges, nº 97 - Centro
CEP – 38.010-060 – Uberaba-MG
Telefone (0xx34) 33136423 - Fax (0xx34) 33338996
E-mail: sandras@netsite.com.br

ATENÇÃO: As normas para apresentação e envio dos trabalhos encontram-se no final deste fascículo.



SUMÁRIO

EDITORIAL p. 7

ARTIGOS:

FUNDAMENTOS GERAIS, REGRAS E ESPÉCIES DE
RESPONSABILIDADE CIVIL E CRIMINAL

Jurandir Sebastião..... p. 11

A EXPRESSÃO “ATIVIDADE JURÍDICA” NA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Renato Franco de Almeida..... p. 41

DA IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA À AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO,
NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antonio Milton de Barros..... p. 45

REFLEXÕES ACERCA DO ART. 1º DO CÓDIGO DE DEFESA
DO CONSUMIDOR

Lúcio Delfino p. 51

A EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO
BRASILEIRO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Carlos Eduardo do Nascimento p. 77

TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES “TESTEMUNHAS
DE JEOVÁ”: RELIGIÃO, ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO-PENAL

Rodrigo Iennaco de Moraes e

Rodrigo Esteves Santos Pires p. 87

O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DA INFORMÁTICA –
ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Sérgio Nojiri p. 99

FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS NOVOS
RAMOS DO DIREITO

Andréa Queiroz Fabri..... p. 107

A POLÍTICA ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E
OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

André Del Negri p. 119

JURISDIÇÃO PENAL & CIVIL: INTEGRAÇÃO E CONFLITOS

Ênio Santarelli Zuliani..... p. 129

EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A BUSCA
DO “PONTO DE EQUILÍBRIO” EM DIREITO PENAL AMBIENTAL

Lélio Braga Calhau..... p. 153

O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE
O PRIVADO NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO E COMPARADO

Hidemberg Alves da Frota p. 161

A “FALTA DE AMOR” COMO FUNDAMENTO PARA
SEPARAÇÃO LITIGIOSA

Santo Aparecido Gutier p. 177



UNIJUS

SUMÁRIO

**A CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – ANÁLISE
DOS ARTS. 1.793 E SEQUINTE DO CC/2002**

Samuel Luiz Araújo p. 185

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Marcelo de Oliveira Milagres..... p. 195

**ARELAÇÃO DE CONSUMO E A FIXAÇÃO DO PREÇO
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.962/04**

Renato Franco de Almeida e Aline Bayerl Coelho..... p. 205

**O POSITIVISMO JURÍDICO E A FORMAÇÃO ACADÊMICA DO
OPERADOR DO DIREITO**

Janaína Nayara Barra p. 217



UNIJUS

EDITORIAL

Com alegria, apresentamos ao universo acadêmico e à classe jurídica mais um volume da Revista UNIJUS. Desta feita, o de número 8.

Fiel ao propósito registrado por ocasião do início de nossa atuação como coordenador desta revista, de publicar trabalhos de vanguarda, mas com o “pé-no-chão”, seguem, com o beneplácito do Conselho Editorial, os artigos selecionados com este perfil. São temas variados, de autores diversos, da região ou de locais distantes. Quando possível, a produção intelectual finda em conclusões objetivas para interpretação do texto legal enfocado ou com sugestões para o aperfeiçoamento da lei.

Para breve conhecimento do leitor, adiantamos:

a) – No artigo *Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal*, de nossa lavra, são expostos os naturais valores sociais e, por decorrência, as necessárias regras de convívio, como forma de justificar a existência de texto legal coercitivo pertinente a cada situação de responsabilidade individual ou coletiva, conceitos e classificações, fundamentação material e sua aplicação no plano processual. Referendado por farta pesquisa, é trabalho com fim didático destinado a auxiliar o discente na compreensão da responsabilidade civil e criminal, assim como espécie de manual ou roteiro para o docente e para os operadores do Direito.

b) – No artigo *A expressão “atividade jurídica” na Emenda Constitucional nº 45/2004*, de Renato Franco de Almeida, são analisados os conceitos e a extensão dessa expressão, para os fins de preenchimento de requisito prévio para os concursos públicos na área jurídica. Propugna o autor pela extensão de entendimento da expressão “atividade jurídica”, para abarcar outras atividades exercidas por Bacharel em Direito, porque de igual natureza, mas incompatível com a advocacia.

c) – No artigo intitulado *Da imputação alternativa à ausência de imputação, no Código de Processo Penal*, de Antonio Milton de Barros, o autor desenvolve argumentos para demonstração de que, diante de situações especiais a envolver a ação delituosa, a imputação alternativa ao réu não fere o sistema vigente e até pode propiciar melhores condições para o cumprimento ao princípio da ampla defesa do que a fórmula prevista no CPP, especialmente no *caput* do artigo 384. E, segundo o autor, ainda que não se queira admitir esse procedimento, não se pode negar sua previsão no parágrafo único desse artigo 384.

d) – No artigo *Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor*, de Lúcio Delfino, o autor procura



UNIJUS

demonstrar que o comando desse artigo, numa exegese mais profunda e com expresse amparo Constitucional, diante de sua concepção principiológica e de ordem pública, em prol do consumidor e das relações de consumo, dá amplo campo de atuação ao intérprete/aplicador para solução dos complexos casos fáticos dessa natureza (consumo), assim como preserva espaço para o legislador ordinário implementar legislação extensiva, no curso do tempo.

e) – No artigo *A efetividade dos Tratados Internacionais no Direito Brasileiro e a Emenda Constitucional nº 45/2004*, de Carlos Eduardo do Nascimento, são analisadas as regras do Direito Brasileiro em relação aos Tratados Internacionais subscritos. Demonstra o autor que, pela CF/88, não há supremacia dos Tratados em relação ao Direito Nacional, mas seus cumprimentos são obrigatórios. Em caso de desrespeito, o prejudicado poderá se socorrer de Corte Arbitral Internacional, para solucionar a devida reparação, cuja decisão, para cumprimento, deverá passar pela formal homologação pelo STJ, por força do letra “i”, acrescentada ao art. 105 da CF pela EC 45/2004.

f) – No artigo *Transfusão de sangue em pacientes “testemunhas de Jeová”: Religião, Ética e Discurso Jurídico-penal*, de Rodrigo Iennaco de Moraes e Rodrigo Esteves Santos Pires, os aspectos da conduta pessoal derivada da prática de religião, os reflexos no Direito Penal, e os deveres de atuação médica em prol do paciente, diante da garantia constitucional da liberdade de religião, são analisados com mestria, profundidade legal e filosófica. Quem se dispuser a lê-lo, nele encontrará minudente análise e indicação de conduta profissional segura - médica e jurídica - para o enfrentamento dessa complexa relação pessoal, social e filosófica.

g) – No artigo *O Direito à privacidade na era da informática – algumas considerações*, de Sérgio Nojiri, o sistema de comunicação eletrônica mundial é descrito de forma didática, e a análise jurídica da liberdade de comunicação e da preservação da intimidade é feita de forma lúcida, com registro das atuações e evolução no Direito Norte-Americano. É assunto novo que se desdobrará, continuamente, no campo da técnica, no campo da proteção dos direitos autorais, no campo da segurança jurídica para os negócios instantâneos, e no campo da preservação da liberdade de comunicação e da proteção da intimidade, por inexorável decorrência dos fatos tecnológicos dinâmicos que caracterizam o mundo moderno.

h) – No artigo *Função Social da Propriedade e os Novos Ramos do Direito*, de Andréa Queiroz Fabri, são analisados os fundamentos da propriedade privada e a proteção pela ordem jurídica, como direito fundamental, e sua importância no Direito Econômico, como sustentação da vida social moderna assentada, substancialmente, na sobrevivência material, ou seja, pendente



UNIJUS

da política econômica adotada pelo Estado Democrático de Direito.

i) – No artigo *A Política Econômica na CF/88 e os Direitos Fundamentais*, de André Del Negri, o autor analisa as questões socioeconômicas, suas características e evolução histórica constitucional a partir da revolução industrial, findando com o Estado moderno, ora intervencionista, ora liberal, decorrentes do predomínio das idéias e da tensão social de cada momento histórico. Arremata com análise da CF/88, em seu enfoque de Direito Econômico do Estado de Direito Democrático, voltado para as políticas econômicas que devem ser implementadas em observância aos direitos fundamentais.

j) – No artigo *Jurisdição Penal & Civil: integração e conflitos*, de Ênio Santarelli Zuliani, são analisados a independência de cada qual dessas jurisdições, os reflexos da decisão criminal sobre a cível, como regra, e as respectivas exceções. É trabalho didático, mas de profundidade, porque, na prática, os conflitos dessa natureza nem sempre são de fácil solução.

k) – No artigo *Efetividade da Tutela Penal do Meio Ambiente: a busca do “ponto de equilíbrio” em Direito Penal Ambiental*, de Lélío Braga Calhau, o autor examina a questão penal e processual penal no âmbito dos crimes ambientais. Com serenidade, alega que a atuação subjetiva de parte dos membros do Ministério Público e da Magistratura, por vezes, não atua com razoabilidade frente a eventual conflito aparente de princípios do Direito Penal e do Direito Ambiental, uma vez que, como regra, compete ao Juizado Especial Criminal decidir tais conflitos, os quais, por sua natureza, de ordinário, exigem prova pericial sob o crivo do contraditório, a transbordar os limites de atuação desse Órgão Julgador.

l) – No artigo *O Princípio da Supremacia do Interesse Público no Direito Brasileiro e Comparado*, de Hidemberg Alves da Frota, o autor, após minudente cotejo da doutrina pátria com o Direito Positivo Comparado, conclui que a supremacia do interesse público sobre o privado tem como essência o interesse geral da sociedade e a soberania popular, e que constitui princípio geral do Direito, de caráter universal, estando presente tanto no Sistema Jurídico Romano-Germânico, como no Sistema *Common Law*.

m) – No artigo *A “falta de amor” como fundamento para separação litigiosa*, de Santo Aparecido Gutier, o autor propõe a compreensão do fato “falta de amor” (por decorrência das vicissitudes e dinâmica do casamento como propósito contratual, social e institucional) como motivo suficiente à separação judicial, independentemente da alegação e pesquisa de culpa, em interpretação compreensiva do caput do artigo nº 1.572 e do parágrafo único do art. nº 1.573, do CC/2002. O assunto é abordado com sensibilidade humana e com profundidade jurídica,



com reflexos na eventual pensão alimentícia devida ao réu ou ao próprio autor, em casos especiais.

n) – No artigo *Cessão de Direitos Hereditários – Análise dos Arts. 1.793 e seguintes do CC/2002*, de Samuel Luiz Araújo, o autor analisa a natureza da herança, frente ao tratamento legal, e, por decorrência, a necessidade de tratamento como bem imóvel indivisível, para todos os fins de validade e de adequação ao ordenamento jurídico. Acentuando a preferência dos herdeiros para validade da cessão, criada pelo novo CC, arremata o estudo em proposições objetivas, dando-lhe cunho prático e seguro.

o) – No artigo *O Ministério Público e a Defesa da Concorrência*, de Marcelo de Oliveira Milagres, o autor demonstra, com amparo Constitucional, o vasto campo de atuação do Ministério Público Estadual em defesa do consumidor, principalmente nas relações macroeconômicas onde a ocorrência de formação de cartéis não é rara, tanto para provocação do CADE, para exercício no âmbito da administração pública federal, como para desenvolvimento dos processos judiciais penais pertinentes.

p) – No artigo *A relação de consumo e a fixação do preço – inconstitucionalidade da Lei 10.962/04*, de Renato Franco de Almeida e Aline Bayel Coelho, os autores, após descreverem a evolução dos sistemas econômicos e das lutas de classe nestes últimos séculos, afirmam que nossa Constituição de 1988 optou pela forma *Estado dirigente*, voltado para o predomínio do interesse público sobre o privado, situação que se incompatibiliza com a Lei 10.962/04, na parte em que, a pretexto de *eficiência* econômica, autoriza a utilização de *código de barra*, deixando o consumidor vulnerável, pela dificuldade de se conhecer o preço do produto.

q) – No artigo *O Positivismo Jurídico e a Formação Acadêmica do Operador do Direito*, de Janaina Nayara Barra, a autora, vivenciando a deficiência do sistema de ensino e do sistema de prática jurídica, em razão do vício da interpretação literal das normas jurídicas, mostra os desacertos e aponta rumos para afastamento do positivismo jurídico exagerado e da insensível conduta humana dos operadores do direito, por ocasião da solução de conflitos individuais/sociais.

Com essa variedade de assuntos e riqueza de conteúdo, a revista, ultrapassando o universo acadêmico, certamente será útil a todos os operadores do Direito.

Como dito no volume anterior, críticas, sejam quais forem, serão bem vindas. Se produtivas, a ela, humildemente, nos renderemos.

Uberaba, maio de 2005.

Jurandir Sebastião
Coordenador Editorial



UNIJUS



Fundamentos Gerais, Regras e Espécies de Responsabilidade Civil e Criminal

Jurandir Sebastião*

RESUMO

O presente artigo destina-se aos graduandos e graduados em Direito e, também, aos profissionais da área: professores, advogados, julgadores etc. Tem por objetivo examinar, definir e resumir a classificação geral da responsabilidade, em especial a civil, suas razões sociológicas, fundamentos jurídicos e regras, e efeitos no plano processual.

Palavras-chave: Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade objetiva. Objetiva absoluta. Objetiva relativa. Risco integral. Ônus da prova.

Sumário :

1– Valores Culturais e Conduta Individual. 2– Ato Ilícito: Conseqüências Jurídicas. 3– Aspecto Geral e Fundamentos da Responsabilidade Civil. 4– Aspecto Geral e Fundamentos da Responsabilidade Criminal. 5– Reflexo do Direito Penal no Juízo Cível. 6– Responsabilidade Subjetiva e Objetiva. 7– A Responsabilidade Civil e a Sociedade de Consumo. 8– Responsabilidade pelo Risco Social ou Dever de Amparo. 9– Responsabilidade Civil *objetiva* e *subjetiva* do Estado. 10– Conclusão.

1 VALORES CULTURAIS E CONDUTA INDIVIDUAL

No convívio social, a Ciência do Direito é, e sempre foi, substancialmente, *utilitarista*. Daí sua feição, exclusivamente, *sociológica*. Por decorrência e em razão do processo *cultural*, o modo de agir em sociedade, sem reprovação, chega a ser intuitivo. A noção de “responsabilidade” nasce do dever de “responder” pelos *prejuízos* (danos) causados, direta ou indiretamente, por alguém contra outrem. Na competição pela sobrevivência, todos (incluídos os criminosos e exceto os doentes mentais) têm noção correta do *certo* e do *errado* no modo de proceder socialmente. Todos anseiam pelo “justo”.¹ A noção do “justo” não é senão o desejo de estabelecer um ponto de *equilíbrio* entre as conveniências individuais, mas antagônicas no exato momento histórico da competição pela sobrevivência. É, também,

* - O autor é juiz de direito aposentado, professor de direito civil e advogado. E-mail: malthus@terra.com.br

¹ - O jornal “O Estado de São Paulo”, na edição do dia 27.08.04, Caderno A, fls.14, divulga reportagem de Alessandro Greco sob o tema “Punir os que quebram regras é um prazer”, contendo o resultado de pesquisa promovida, com imagens cerebrais, pela equipe de Dominique de Quervain, da Univerdade de Zurique, através de aparelho de tomografia por emissão de pósitrons, em 15 voluntários homens, publicado na Revista *Science*, que detectou imagens cerebrais demonstrando que a *punição* daqueles que quebram as regras do convívio *gera prazer*. Para ilustrar, escreve o articulista: “Dezoito horas em São Paulo. O trânsito da capital paulista está, obviamente, parado. Um espertinho resolve andar com seu carro pelo acostamento e tenta entrar na sua frente. Você acelera, não deixa, e até sente um certo prazer por ter punido o infrator; mesmo que isso não faça muita diferença no horário em que você chegará em casa”. Não sem razão, registre-se por oportuno, como natural impulso ao “justo”, o verso do poeta que conhece a alma humana: “*a vingança é só minha e ela é doce*” !

o desejo de atingir um ponto de *igualdade* na *satisfação* individual, material ou imaterial. Por isso, muitas das vezes a conduta reprovável de alguém teve início no impulso psicológico de *re-equilibrar* os resultados desiguais decorrentes da competição entre iguais ou desiguais. É até, às vezes, tentativa de se fazer “*justiça com as próprias mãos*”. Como isso não pode ser regra, oficialmente essa conduta é reprovada. Caso contrário, a primitiva “*lei do mais forte*” prevaleceria sempre.

Fazer “*justiça*” é prerrogativa exclusiva do *Estado*, com a finalidade de, no âmbito individual, obrigar o causador do dano à *reposição* do desfalque ou, no âmbito coletivo, criar mecanismos para *equilibrar* a competição social, com vistas ao resguardo dos mais fracos ou das minorias, sem afastar a “regra de ouro” de que *contribuição* social (trabalho) desigual há de gerar, naturalmente, resultado desigual, ou seja, o “*justo*” é que cada qual receba o *prêmio* ou o *castigo* na exata proporção da *contribuição* individual para esse resultado. É, desta forma, pela visão sociológica, a consagração do princípio *ético* do crime/castigo, a sedimentar a hierarquia do tecido social.

Quando alguém, pessoalmente identificado, fere outrem, todos sabem que não está certo. Se alguém, identificado, apropria-se de coisa alheia, também todos sabem que está errado. Por fim, se alguém, igualmente identificado, deixa de socorrer outrem, conhecido ou desconhecido, podendo fazê-lo sem prejuízo ou risco próprio, também não está certo. Essas noções só passam a ficar “*complicadas*”, para os efeitos de *castigo* ou de *reposição* compulsória, quando a pessoa física *causadora* do dano (por ação ou por omissão) é de difícil ou de impossível identificação pessoal. Ou quando o dano decorra de fatos que a ninguém possam ser atribuídos, como, por exemplo, os *fortuítos* e os decorrentes de evento da natureza – *força maior*.

Deste modo, o conceito de *culpa* (censura da conduta consciente) e o de *responsabilidade* (dever de reposição) emerge claro na percepção de todos, tanto no plano *contratual* (descumprimento do combinado), como no plano *extracontratual* (conduta não combinada, mas danosa). Ambas, de forma *direta*, com identificação física do agente (se único) e do mandante ou guardião (se vinculado). Também a *responsabilidade* pode decorrer da necessidade de *solidariedade* social, em caso de dano injusto e sem identificação física do agente, quando, então, aos olhos de todos, a vítima deverá ser *ressarcida* ou *amparada* por alguma forma.

Nas relações individuais *diretas* (por ação ou por omissão) com dano contra alguém, em razão de conduta *desejada* pelo agente, instala-se a responsabilidade ou o dever de *responder*: Neste caso o agente quer causar mal, quer tomar para si o que não lhe pertence, etc. É a responsabilidade pela *má-fé*, pelo *dolo* direto ou *eventual* (este, pela assunção *consciente* do risco), com base na *culpa*, no sentido *lato*.

Entretanto, o dano pode derivar de conduta igualmente reprovável, mas sem que o agente desejasse causar prejuízo a outrem. É a *culpa* em sentido estrito, *subjetiva*, assentada na *negligência* (descaso, omissão dos cuidados devidos)², ou na *imprudência* (afoiteza sem medir as conseqüências ou com desprezo dos riscos), ou na *imperícia* (procedimento técnico profissional desacertado), ou no *abuso de poder* ao exercitar um direito (legal, econômico ou psicológico). Nessa modalidade de *culpa* o agente não quer o resultado, mas a ele deu causa direta ou indiretamente, ainda que ausente sua vontade.

² - Assim decidiu unânime a 3ª Câm. Cível do TAMG, na Apel. Cível 137.635-2, da Comarca de Uberaba, MG, Rel. Juiz Ximenes Cameiro, com a Ementa: “O médico que deixa uma compressa na cavidade abdominal de paciente durante cirurgia, provocando infecção generalizada que lhe causa morte, negligencia no seu ofício e é imperito no tratamento, devendo ser responsabilizado pela reparação dos danos causados, nos termos do art. 1.545 do Código Civil”. In Revista de Julgados do TAMG nº 48, p. 260-264.

A culpa *subjetiva* também pode ocorrer de forma *indireta*. Neste caso, o fundamento do dever de reparar (responder) nasce da relação de *dependência legal* entre a pessoa que diretamente causa o dano (mandatário, empregado, incapaz, menor etc) e o *responsável* por esse agente (mandante, empregador, curador, tutor etc). Em relação à vítima, nesses casos, se o causador direto for imputável (maioridade e ausência de doença mental), estabelecer-se-á a *solidariedade* de *ambos* (agente e o responsável legal). Se o agente direto for inimputável, a responsabilidade será somente do mandante, do guardião, etc.

Também a *omissão* nos cuidados da convivência social, o *descaso* ou a *ineficiência* na proteção dos interesses alheios (individuais, coletivos e difusos), causando dano a alguém, podem resultar em obrigação de reparar com base na *culpa* ou com *irrelevância* desta. É o caso, por exemplo, do dono de animal perigoso, quando este causa dano a alguém; do proprietário que deixa seu imóvel em ruína, que por isso vem a desabar, causando dano a outrem; do morador de edifício alto que dele deixa cair objetos, ferindo alguém; do proprietário de aeronave ou embarcação naval, quando os respectivos passageiros ou terceiros sofrem danos por ineficiente execução do transporte; do fabricante de produto tóxico ou perigoso, quando o consumidor sofre dano por falta de informação adequada; do industrial poluidor do meio ambiente, quando a coletividade sofre prejuízo, etc. Como regra geral, em todas as situações em que a vítima não pode se defender com eficiência, mais claro desponta a responsabilidade e a obrigação de reparar por parte do agente ou causador, como nos casos de passageiro de avião (em pleno vôo), de navio (em alto mar); de comboio ferroviário ou ônibus (em movimento); de paciente inconsciente (internado em hospital); de tumulto em multidão onde se exigiu pagamento para o ingresso, etc. Evidentemente que, nessas situações e outras similares, o passageiro, ou o paciente, ou o espectador não poderá discordar das regras pré-estabelecidas contratualmente nem deixar de cumprir as ordens recebidas. Por isso, nos casos de fato, a certeza sobre de quem é a *responsabilidade* emerge claro na percepção de todos, porque a vítima não tinha como se defender ou como evitar por antecipação, pelo *desconhecimento* de como agir, pela *imprevisibilidade* do fato danoso ou pela *impossibilidade* de resultado diverso. Em todas essas hipóteses aplica-se a previsão legal do parágrafo único do art. 927 do CC, estabelecendo o dever de reparar por parte do responsável pelo *fato-cause*. Outros exemplos: responsabilidade do construtor pelo desabamento da construção erguida inapropriadamente; do proprietário do veículo que o entrega a pessoa não habilitada, para dirigi-lo em via pública; do empregador que ordena ao empregado (ignorante e submisso) manusear produtos tóxicos ou radioativos, sem a devida proteção, ou que ordena utilizar máquina perigosa, sem o prévio adestramento; da Administração Pública que libera à população a utilização de ponte ou de viaduto sem grades de proteção; ou, ainda, da Administração Pública (direta ou indireta) que executa obra na via pública, impossibilitando trânsito seguro, sem a prévia interceptação dos veículos e dos transeuntes (deixar de colocar avisos de perigo e de impedimento); ou do Estado, quando mantém pessoa encarcerada, mas sem segurança e sem alimentos suficientes; ou do hospital que *ordena, autoriza* ou *consente* que “médico” não habilitado perante o CRM pratique cirurgia em suas dependências e dessa cirurgia resulte dano ao paciente; ou, por fim, do hospital que descarta a assepsia, decorrendo dessa omissão contágio virulento e danoso em pacientes internados, etc.

2 ATO ILÍCITO – CONSEQÜÊNCIAS JURÍDICAS

Denomina-se ato *ilícito* a *conduta* humana *contrária* à lei ou que fira o direito subjetivo de alguém. Por “direito subjetivo” compreende-se o universo de interesses materiais

e materiais de uma pessoa, amparado pela Ordem Jurídica. Se a lei desrespeitada for de natureza civil, causando dano injusto à vítima, o ato será um *ilícito civil*. Também será *ilícito civil* a conduta desrespeitadora do contrato ou da regra geral de convívio (lesão contratual e ou extracontratual). Se o ato humano ferir uma regra de convívio cuja consequência prevista é *punição* pessoal, *penal*, o ato será *ilícito penal*. Em se tratando de *ato ilícito penal*, pouco importa se houve ou não dano a terceiro. A vítima poderá ser apenas a sociedade como um todo, como interesse social *difuso*, a exemplo do que ocorre na prática do crime de *usurpação de função pública* (art. 328 do CP), ou de *auto-acusação falsa* (art. 341 do CP), ou de *exercício arbitrário das próprias razões* (art. 345 do CP), ou de *uso de substância entorpecente* (danosa contra o próprio paciente – art. 16 da lei nº 6.368/76), etc. Entretanto, todo *ilícito penal* que causar *dano* a outrem (vítima), ainda que exclusivamente *moral*, também ensejará ação de reparação *civil*, independentemente da punição penal.

Para os efeitos indenizatórios é necessário que o *ilícito civil* cause *dano* material ou moral (arts. 927 a 943 do CC/2002). Em caso de dano decorrente de ato ilícito civil *extracontratual*, a citação processual (efetiva ou presumida, a contar da distribuição da ação) constituirá o réu em *mora*. No caso de ilícito civil *contratual*, a *mora* dependerá da natureza da obrigação descumprida: a) tratando-se de obrigação *líquida, certa e positiva*, a mora será considerada, por força da lei, a partir da data aprazada para o seu cumprimento (art. 397 do CC/2002); b) se, entretanto, o cumprimento da obrigação *pender* de providências do credor da obrigação, a mora será instalada após *notificação* judicial ou extrajudicial promovida pelo credor contra o devedor (art. 397, parágrafo único, do CC).

Nem todo *ato ilícito* gera consequências jurídicas. A lei prevê as situações em que a conduta humana deixa de ser censurável, não obstante a ocorrência de dano em alguém. No direito *penal*, além da indispensável imputabilidade do agente (art. 13 do CP), há os seguintes casos de exclusão de ilicitude afastando punição do agente: *estado de necessidade*; *legítima defesa*; *estrito cumprimento de dever legal* ou *exercício regular de direito* (art. 23 do CP). No direito *civil*, além dessas três modalidades há, ainda, como excludentes da obrigação de reparar, a situação de “*deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão à pessoa, a fim de remover perigo iminente*” (art. 188 do CC/2002) e quando houver *culpa* exclusiva ou concorrente da *própria vítima*. Em caso de culpa concorrente, a indenização será reduzida proporcionalmente (art. 945 do CC/2002). Há, também como excludentes, o *caso fortuito* (externo e impossível de se prevenir); a *força maior*; o *fato de terceiro* (inafastável e invencível); e a *intervenção legal* (lei nova modificando a relação contratual – por exemplo, proibição da atividade até então permitida).

3 ASPECTO GERAL E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Na ordem prática, responsabilidade *civil* significa o poder coercitivo expropriatório que o Estado-Juiz coloca à disposição da vítima, para compelir o causador do dano (responsável) à reposição do desfalque ocorrido ou retorno da vítima ao *status quo ante*, quando possível, sem prejuízo de eventual indenização complementar. Historicamente, responsabilidade civil representa a *evolução* do princípio da antiga *Pena de Talião*, agora condicionando a expropriação ao *possível* concreto ou aos *limites* legais – ambos para proteção da pessoa humana do *devedor*.

A responsabilidade civil, como regra positiva geral no direito posto, tem por sustento as disposições dos artigos 186, 187 e 927 a 943, dentre outros do CC/2002, ao fundamento de que aquele que causa dano por *ação*, *omissão* ou *abuso do direito* deve repará-lo. Se o agente estiver cumprindo ordem de terceiro (pai, padrão, etc), ambos, solidariamente,

responderão perante a vítima. Se o agente for *incapaz*, a reposição do desfalque deverá ser feita por quem tinha o dever de comando, guarda, fiscalização, vigilância ou cautela. Se o dano *não* decorrer de *culpa* dos responsáveis pelo *incapaz* e se este tiver bens suficientes, dele (*incapaz*) será exigida a reparação (art. 928 do CC/2002). Se o dano decorrer de relação de consumo, aquele que tirou proveito da relação socioeconômica indenizará a vítima (art. 7º ao art. 25, e art. 28, do CDC).

Assim, na relação social *contratual* na *extracontratual*, ocorrendo dano patrimonial ou extrapatrimonial (*moral* – pessoa física; *imaterial* – pessoa jurídica) praticado por alguém de forma direta (pessoa natural) ou indireta (pessoa jurídica), com ou sem conotação criminal, instala-se o direito/dever de indenizar na esfera cível.

A responsabilidade civil assenta-se tanto no descumprimento *direto* como no *indireto* da norma genérica de conduta de agir (incluídos aqui os deveres de boa-fé e de ausência de abuso de direito). Pouco importa se o agente *teve* ou *não* a *intenção* de causar dano (dolo; ou culpa *strictu sensu* – ausência de boa-fé ou abuso de direito). Em quaisquer dos casos, para a reparação compulsória, é necessário prova do *nexo causal* entre a *ação* ou *omissão* e o *resultado* lesivo.

No caso de descumprimento *indireto* (identificado o *nexo causal*), a responsabilidade, com culpa ou com irrelevância desta, decorrerá do *vínculo jurídico* existente entre o causador *direto* do dano e o *responsável* pela conduta desse agente. A *presunção* de culpa do *responsável* pela conduta do agente (causador direto do dano) assenta-se no pressuposto de má escolha (culpa *in eligendo*) ou de falta de fiscalização (culpa *in vigilando*) sobre esse agente (arts. 927 a 943 do novo Código Civil e Súmula 341 do STF), ou, por fim, no *risco* evidente da atividade. Assim, a responsabilidade do *terceiro* (mandante ou responsável) decorre da lei ou do contrato.

Pelo ângulo de análise da conduta *moral* (subjetiva) do agente, a *responsabilidade civil* (como *obrigação* de reparar) repousa, concomitante, em três elementos: a) *débito* (descumprimento do dever geral de conduta, por parte do agente, causando dano); b) *imputabilidade* (conduta *consciente* desejada ou não pelo agente, mas com resultado danoso pela ação *comissiva*, *omissiva*, *imperita*, ou *abusiva*); c) *crédito* (direito ofendido da vítima, de modo a legitimar reposição compulsória – sem dano material ou moral não há o que reparar).

Por *imputabilidade*, tanto no Direito *Penal* como no Direito *Civil*, entende-se a capacidade legal e fática de *compreensão* cognitiva da conduta ativa ou omissiva adotada por parte do agente.

No Direito *Penal* (como melhor será visto no item próprio a seguir) a *imputabilidade* é imprescindível, pela modalidade dolosa ou culposa, conforme a figura tipo previamente estabelecida, porque neste ramo do Direito o fundamento principal é a conduta *ética* do cidadão, enquanto que no Direito *Civil* o princípio dominante é o da *solidariedade*, a qual se efetiva no amparo ou na reposição material do desfalque (finalidade da responsabilidade civil).

Contudo, no Direito Civil, para os efeitos de *ressarcimento* do dano injusto, pode-se *desprezar* a *imputabilidade* em determinadas circunstâncias excepcionais. Quando isso ocorre, denomina-se responsabilidade *objetiva*, pela modalidade *absoluta*. Nesta, o que conta em primeiro plano é a *necessidade* de indenizar a vítima e *não* a de *aferir* a conduta *moral* do agente. Amparar a vítima ou repor o desfalque por ela sofrido é a primeira meta. Analisar a conduta do causador é secundário ou até irrelevante, se assim estiver previsto na lei. Deste modo, na responsabilidade *objetiva*, a primeira preocupação é indenizar a *vítima*, para, em

seguida, identificar quem deva fazê-lo (responsável pelo *fato-origem*). Na responsabilidade *subjetiva*, o dever de indenizar tem, em primeiro plano, o caráter de *pena*, para depois consolidá-la em efetiva *reposição* à vítima, pelo desfalque ocorrido. Aqui, a primeira preocupação é a *censura* à conduta consciente do agente. Tanto é assim que pode haver condenação judicial sem que o causador tenha meios materiais de efetivar a reposição do desfalque. Enquanto a responsabilidade *subjetiva* repousa em três elementos - *débito* (ofensor), *imputabilidade* (culpa) e *crédito* (vítima), como já dito - a *objetiva* absoluta se assenta em apenas dois: *fato-origem* (gerador do dano) e *fato-resultado* (vítima do dano injusto).

Pelo ângulo do Direito Processual, quando a indenização é analisada e decidida com base na *Teoria da Responsabilidade Subjetiva* (que é regra geral da organização social: relação crime/castigo), adota-se o princípio da culpa *provada*. Em sede de *culpa provada*, cabe ao autor da demanda (vítima do dano) demonstrar a extensão do dano, a conduta regular *própria* (dela vítima) e a conduta *imprópria* do agente (causador do dano), para obrigá-lo à indenização, ou seja, *fazer demonstração do seu direito* (art. 333, Inciso I, do CPC).

Mas quando a indenização é pleiteada com base na *Teoria da Responsabilidade Objetiva* (que é exceção – fundamentada na solidariedade necessária, compulsória), ora adota-se o princípio da *culpa presumida* (que na prática significa *inversão* do ônus da prova), ora o critério de *irrelevância* (afastamento ou desprezo) da *culpa*, de acordo com a previsão legal (Parágrafo único do art. 927, do novo CC). Em outra linguagem, a responsabilidade *objetiva* pode ser classificada como *relativa*, também denominada *mitigada* (onde a culpa é *presumida*), ou *absoluta* ou *sem culpa* (nas situações em que, mediante *previsão legal casuística*, a pesquisa de culpa é irrelevante ou indiferente).

No primeiro caso (*culpa presumida* ou responsabilidade objetiva *relativa* ou *mitigada*), ao autor cabe provar o dano, o nexo causal e a conduta própria regular. Não precisa provar a conduta *irregular* do réu, porque *presumida*. Ao réu, para se eximir da responsabilidade de indenizar, cabe provar que o dano decorreu de conduta irregular ou culpa da própria *vítima*, ou por decorrência de quaisquer dos casos de *exclusão* de responsabilidade: *legítima defesa*; *caso fortuito* (externo e impossível de se prevenir); *força maior*; *fato de terceiro* (inafastável e invencível); *intervenção legal* (lei nova modificando a relação contratual); *exercício de um direito reconhecido*; *estado de necessidade*, etc. Em sede de culpa *presumida*, cabe ao réu provar *ausência* de culpa.

No segundo caso (*irrelevância da culpa* ou objetiva *absoluta*), ao autor da demanda cabe provar apenas a extensão do dano, o *fato* danoso e sua *origem* (nexo causal). Ao réu cabe provar a *inexistência* de nexo causal. Ou seja, provar que *não* deu *causa* ao dano. Em sede de responsabilidade *sem culpa*, é indiferente se o réu agiu com *culpa* ou se agiu de acordo com as regras não censuradas do convívio social. O certo é que, não obstante a conduta não censurada, o dano eclodiu. Por força de previsão legal expressa, casuística, responde o réu (como responsável pelo *fato origem*) pela indenização, independentemente do “valor” subjetivo (moral) de sua *conduta* social.

Em quaisquer dos casos (teoria *subjetiva* ou *objetiva*), como regra geral, a *culpa* da própria *vítima*, quando *exclusiva*, absorve as conseqüências do dano. Se *concorrente*, atenua

a indenização, proporcionalmente (art. 945, CC/2002), mesmo nas indenizações oriundas de fato *ilícito* ou movida contra o Estado^{3, 4, 5, 6}. Mas há exceções em sede de responsabilidade *objetiva*, por previsão legal expressa, quando então será irrelevante a *concorrência* de culpa da vítima, como, por exemplo, no caso de *suicídio* de presidiário em que Agente Penitenciário (funcionário do Estado) instiga, auxilia ou fornece, conscientemente, instrumento para esse fim (art. 122-CP).

4 ASPECTO GERAL E FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

O Direito, como um todo, repita-se, é uma ciência social eminentemente *utilitarista*. O Direito *Penal*, cuja razão de ser é a aplicação da *pena*, não foge dessa regra. Entretanto, para aplicação da pena, diferentemente do Direito *Civil*, a *imputabilidade* do agente é imprescindível, tanto pela modalidade *dolosa* (regra geral) como *culposa* (exceção) conforme a figura tipo previamente estabelecida. A análise axiológica do fato individual/social é assentada no exame da conduta *ética* do agente. Se o agente (delinqüente) não tiver *capacidade* de entendimento e *discernimento* para reger sua conduta individual, não se poderá cogitar de *punição*. Deste modo, o enfoque se faz sobre *conduta humana*^{7, 8}. Direito

³ - O mestre **Rui Stoco** (insigne Magistrado Paulista), na extraordinária obra "*Tratado de Responsabilidade Civil*", 5ª ed. Revista dos Tribunais, SP, 2001, p. 98-103, e p. 754-765, transcreve doutrina e julgados pertinentes, dos quais reproduzimos o proferido pela 3ª Turma do STJ, Resp. nº 83.889-RS, Rel. Min. **Nilson Naves**, com a ementa: "A culpa tanto pode ser civil como penal. A responsabilidade civil não depende da criminal. Conquanto haja condenação penal, tal não impede se reconheça, na ação civil, a culpa concorrente da vítima. O que o art. 1.525 do Código Civil impede é que se questione sobre a existência do fato e de sua autoria" (RTSJ 121, p. 225). De igual forma, o julgado proferido pela 3ª Câm. Cível do TJSP, Rel. Des. **Yussef Cahali**, com a ementa: "Na ação de responsabilidade civil do Estado, a concorrência de culpa da vítima autoriza seja mitigado o valor da indenização. No caso, a conduta culposa da própria vítima concorreu, de certa forma, para a verificação do evento, o que enseja a redução daquela à metade". (RT 582, p. 94). Esse entendimento foi adotado pela 1ª Turma do STF, Rel. Min. **Celso de Mello**, no julgamento do RE 109.615-5 - RJ, em 28.05.1996, mencionando precedente contido na RTJ 55/50, com a ementa: "O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias, como o caso fortuito e a força maior, ou evidenciadora de culpa atribuível à própria vítima" (RDA 137/233 e RTJ 55/50). RT 733/130. Esse mesmo entendimento (p.793) foi seguido pela 4ª Câm. Direito Público, do TJSP, Rel. Des. **Eduardo Braga**, Apel. 27.524-5, em 03.12.1998.

⁴ - Também neste sentido decidiu a 1ª Turma do STF, Rel. Min. **Moreira Alves**, RE 206.711-3, 26.03.1999, com a ementa: "Entre as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público a que alude o § 6º do art. 37 da CF se incluem as permissionárias de serviços públicos. Pela teoria do risco administrativo, a responsabilidade objetiva permite que a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado demonstre a culpa da vítima, a fim de excluir a indenização ou de diminuí-la". RT 770, p. 183.

⁵ - **Weida Zancaner Brunini**, na monografia "Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública" (premiada com nota máxima pela banca coordenada por Celso Antonio Bandeira de Mello), ed. Revista dos Tribunais: SP, 1981, p. 74, escreve em suas conclusões: "13. Como excludente da responsabilidade da Administração temos a força maior. A culpa da vítima pode diminuir ou elidir a responsabilidade da Administração Pública".

⁶ - Mesmo no caso de falha do serviço público, se a conduta (culpa) da vítima for determinante do dano, o dever de indenizar ficará afastado. Nesse sentido é o julgado do STF, RE nº 113.587-SP, Rel. Min. **Carlos Velloso**, permitindo a pesquisa de culpa para abrandar ou excluir o dever de indenizar por parte do Estado (RTJ nº 140, p. 636-642). E, também, como decidido pela 12ª Câm do 1º TACivSP, em 04.12.2001, Apel. 1.032.270-0, Rel. Juiz **Matheus Fontes**, com a ementa: "Não cabe indenização por parte da Administração Pública, em caso de acidente de trânsito, ocorrido em cruzamento com semáforo defeituoso, se demonstrado que a culpa do lesado foi decisiva para causar o dano, por não ter parado antes de cruzar a avenida, ao ver o sinal apagado. Assim, embora se reconheça a responsabilidade objetiva do ente público, tal circunstância não significa que esse não possa demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso". RT 804, p. 251-252.

⁷ - Na atualidade, por força do § 3º do art. 225 da CF/88 e do art. 3º da Lei nº 9.605/98, rompendo com o sistema tradicional da *culpabilidade*, criou-se possibilidade de punição *criminal* da pessoa jurídica, quando esta atua na área *ambiental* (embora com aplicação de penas de natureza *civil*), não pela "vontade" da personalidade jurídica (como se pessoa humana fosse - posto que não o é), mas sim pela *ação* (administrativa) ou pela *omissão* no dever de conduta *ativa, preventiva*, por meio de seus representantes legais, agentes e prepostos, ao fundamento de *cautela social* necessária e *intimidação* preventiva, pelo novo princípio de Direito Penal denominado *adequação social* (ou da *relevância social*) tal como se pode extrair das lições de **Sérgio Salomão Shecaira**, trazendo à colação as lições de Jurez Tavares (Teorias do Direito, RT, SP: 1980, p. 93). In *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*, 2ª ed. Método, S. Paulo: 2003, p. 87.

⁸ - DAMÁSIO DE JESUS, a respeito da incriminação da personalidade jurídica, rendendo-se à previsão legal, vê a pessoa jurídica "como ser real, um verdadeiro organismo, tendo vontade que não é, simplesmente, a soma das vontades dos associados, nem o querer dos administradores". Assim, com base na *teoria da realidade* ou *teoria organicista*, arremata: "...Alterando a posição anterior, hoje reconhecemos invencível a tendência de incriminar-se a pessoa jurídica como mais uma forma de reprimir a criminalidade". In *Direito Penal - 1º Vol.* Ed. Saraiva, ano 2003, p. 167-169,

Penal não se confunde com vingança privada ou pública. Entretanto, nos casos de dano penal causado (ou iminência de praticá-lo) por agente *incapaz* (menor ou maior), o seu isolamento compulsório se impõe como forma de *proteger* os demais cidadãos, como primeiro objetivo, e, como segundo, para o tratamento médico e eventual recuperação, se possível, desse agente.

Portanto, o fundamento lógico *utilitarista* e predominante do Direito Penal é a *proteção* das pessoas humanas que compõem a sociedade no seu todo. Não se trata de recuperação da pessoa do criminoso em especial e como primeiro objetivo, como escrevem os desavisados, sem refletir sobre o assunto. Mas, sim, de proteção prévia da pessoa da *vítima* ou da próxima vítima (que somos nós outros) em primeiro lugar, porque ao Estado cumpre garantir os direitos fundamentais da *liberdade*⁹ e da *propriedade*, já que esta é a extensão daquela (por óbvio, uma e outra são limitadas: a primeira, em razão do *interesse coletivo*; a segunda, em razão da *função social*).

Por esse prisma, o *primeiro* e principal objetivo da *punição* penal é *evitar* que o delinqüente continue a conduta delitativa, cujo reflexo será a agressão à nossa integridade física, ou ao nosso patrimônio pessoal, ou aos valores *coletivos* ou *difusos* da nossa *sociedade*, materiais e morais, na dinâmica social voltada para o futuro¹⁰. Com essa perspectiva, agasalhada fica a possibilidade da *dispensa* da pena em situações especiais onde os efeitos do delito também atingem o próprio *delinqüente*, de forma tão grave que “a *sanção penal se torne desnecessária*”, como previsto no art. 121, § 5º, do CP. A *prevenção*, aqui, já estará consolidada, ao menos por presunção. É o caso, por exemplo, de motorista que, por *imprudência*, no trânsito, causa capotamento de seu veículo, resultando ferimento em si e morte de filho querido. Nesta hipótese, mesmo diante da *culpa* grave desse motorista, o juiz “*poderá deixar de aplicar a pena*”, nos termos do referido § 5º, do art. 121, do Código Penal.

O *segundo* objetivo da punição ao criminoso é a *satisfação* à vítima (ou à sua família em caso de morte), assim como satisfação ao grupo social ao qual pertence a vítima, para evitar reação motivadora de *justiça com as próprias mãos* (ou vingança). Nessa mesma segunda categoria de valor sociológico também se encontra o propósito de *prevenção* geral, ou seja, efeito *didático* social, inibindo igual procedimento deletério por parte dos demais membros da *sociedade*. Mesmo pelo ângulo abstrato do conceito de *democracia* (prevalência do interesse da maioria lúcida), esses fundamentos se impõem porque o número de cidadãos não delinqüentes é substancialmente muito superior ao dos delinqüentes. O interesse permanente e consciente da maioria há de prevalecer sempre. Na hipótese de quebra de regra de convívio *social*, o delinqüente não pode, livremente, continuar ameaçando os demais

⁹ - Não colide com nossa posição a lição do emérito professor Juarez Tavares, a respeito da *legitimação* da intervenção do Estado na *liberdade*, como razão da Ciência Penal, se examinada no plano da *efetividade* geral (o que importa compreensão de dever Estatal repressivo e preventivo de *evitar* dano à vítima e à próxima vítima): “...a intervenção, ainda que não possa se autolegitimar, só pode ser admitida se fundamentalmente necessária para garantir o pleno exercício da liberdade individual, compreendendo-se nessa liberdade, evidentemente, todos os seus corolários e acessórios, e quando não haja meio de garanti-la mediante uma intervenção mais branda. Só nisso deve residir a questão normativa, sem concessão de direitos estatais e sem a imposição de obrigações individuais. Com esta postura, restauram-se os princípios básicos do direito penal, decorrentes do primitivo veio do contrato social, pelo qual, no dizer de HASSEMER, “*não se permite nenhum poder autônomo, sem usurpador*”, de modo que “*se deve limitar o poder estatal da maneira mais enérgica, ali onde mais claramente se manifesta, quer dizer, no direito penal, que deve ser configurado a partir do ponto de vista dos direitos individuais, como sua forma mais enérgica e contundente de proteção*.” In *Teoria do Injusto Penal*. 3ª edição Del Rey, BH, 2003. p. 162.

¹⁰ - Escreve H. Donnedieu de Vabres: “A pena que não é uma reação instintiva, também não é uma *expiação*; ela não constitui, como pensavam os teólogos da idade média, a reparação de uma ofensa à divindade. É um ato de defesa consciente, ponderado, metódico, por meio do qual a sociedade reage contra um mal que a ameaça na sua organização e até na sua própria existência; um mal de que ela sofreu os ataques e cuja renovação quer evitar. A repressão não olha para o passado; está voltada para o futuro”. In *A Justiça Penal de Hoje*. Arménio Amado Editor. Coimbra, 1962, p. 10.

sócios. Daí a imperiosidade da *punição* sob pena de quebra da hierarquia social. É oportuno lembrar que o Estado, no curso da história, legitimou-se como Poder Público quando chamou para si o dever de promover *justiça penal*. Para cumprimento desse *devere privilégio* é que se impõe o efetivo *cumprimento* da pena, conforme regras preestabelecidas (estas, sim, voltadas para eficiência na recuperação do criminoso – se possível – e para evitar o risco de arbítrio e de prepotência ocasionais das demais autoridades públicas). Se o Estado não cumprir essa função, deixará de fazer o papel histórico social de *justicheiro* necessário e de protetor prévio dos administrados em geral. Se o Estado frustrar essa finalidade, o risco será o da prática da *justiça privada*, com descalabro da sociedade e retorno ao barbarismo primitivo. Acrescente-se que, ao se iniciar o processo de punição/segregação, o Estado estará também protegendo o delinqüente de eventual reação vingativa da vítima (ou de seu grupo).

Na hipótese de *desnecessidade* de aplicação da *pena* (porque os efeitos da ação delitiva já *atingiram* próprio agente, como previsto, por exemplo, no art. 121, § 5º, do CP), desaparece a razão para se preocupar com a vítima (princípio da *satisfação*), ou com a próxima vítima (princípio da *prevenção*), nem haverá motivo para *vingança* pela vítima (ou seu grupo), em substituição ao Estado, porque o agressor já estará punido. E em se tratando de *legítima defesa* (sem excesso, evidentemente), assim como as demais hipóteses de *exclusão* de ilicitude (art. 23 do CP), a *vítima* é o próprio agente (injustamente ameaçado), razão pela qual não se cogitará de sua punição.

Em *terceiro* e último lugar, na escala hierárquica de objetivos sociais, vem o interesse na *recuperação* da pessoa do delinqüente, com o propósito de que ele volte a ser nosso *sócio* participativo positivo (cidadão prestante, contribuidor do bem comum). É o fundamento sociológico, de cunho humanístico, ao pressuposto de que todos somos da mesma *espécie* humana ou, como apregoa o Cristianismo, somos todos *irmãos*.

Por esta hierarquia de fundamentos, se a *recuperação* da pessoa do delinqüente não for possível, os demais motivos e razões da Ciência Penal voltados para a *punição* não podem ser desprezados. Estes se sustentam por si sós. A sociedade em nenhuma hipótese pode ficar desprotegida. Fica mais barato a sociedade, como um todo, suportar os ônus sociais e materiais do encarceramento do delinqüente perigoso o quanto necessário, do que obrigar cada um do povo a construir fortalezas como moradia, ou a constituir ou contratar “guarda” ou “segurança” pessoal – como, infelizmente, está a ocorrer. O falacioso argumento de que em nosso País a aplicação da pena se mostra inútil à *recuperação* do delinqüente (e, mais que isso, acentua a periculosidade) não pode ser fundamento para afastar o exato *cumprimento* da *pena*, como querem os demagogos. Se verdadeiro, o mal seria fruto das incorreções ou das distorções na execução da pena, por deficiências materiais e pessoais. Não do cumprimento da norma. Outrossim, atribuir o crime à miséria (questão *social*, em cômoda oposição conceitual, decotômica, à questão de *polícia*), também é outra falácia¹¹. Quando se examina a condição econômica dos delinqüentes constata-se que, proporcionalmente, aqueles que pertencem à classe média e média alta são em número bem maior do que os efetivamente pobres. Basta lembrar que somos milhões de pobres (ou miseráveis) e a grande maioria dessa classe não é delinqüente. Mas sim, trabalhadores honestos, estoicos e resignados.

Cabe ao Poder *Executivo* absorver o ônus da *punição* (construção de tantos

¹¹ - Nesse sentido é o lúcido artigo de Gilberto de Mello Kujawski, “Juventude e Criminalidade” (*in* O Estado de São Paulo, 22-07-2004 – A-2), com remissão às pesquisas da antropóloga Alba Zaluar, cujo trabalho aponta, dentre outras coisas (jornal *Folha de São Paulo*, 12-07-04), o equívoco e indevido sensacionalismo do filme “Cidade de Deus”, induzindo o espectador à falsa compreensão de que a miséria leva, necessariamente, ao crime.

presídios e emprego de pessoal o quanto necessários – independentemente da polícia ostensiva, preventiva, repressiva e, principalmente, a *investigativa*¹²), dando efetividade à execução da pena. Por extensão, cabe ao Poder *Legislativo* o dever de contínuo aprimoramento das leis penais (materiais, processuais, e de execução), mesmo porque o ser humano, isolado ou em grupo, está, a cada dia, mais perigoso, principalmente em razão da *tecnologia* disponível a todos e empregada de forma destrutiva (no âmbito nacional e no internacional). Acentue-se, por oportuno, que o Estado não se assemelha nem se confunde com Instituição *Franciscana* – esta, sim, voltada para o *abrigo* e a proteção de todos os seres humanos *desvalidos*, *delinquentes* ou *vítimas*, sem qualquer tipo de distinção ou de escala axiológica, exceto o relativo à gravidade da necessidade pessoal do assistido.

Evidentemente que o *encarceramento* é a forma *punitiva* mais severa, por isso mesmo adequada apenas aos delitos graves, assim definidos previamente. E se a tipificação penal estabelecer penas outras em substituição ao *encarceramento*, elas deverão ser impostas, fiscalizadas e cumpridas, com rigor, para afastar o “*faz-de-conta*”.

Como estampado no art. 144 da CF/88, “*A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”. Desse modo, ao promover a efetiva *execução* da pena (agora, sim, sob o princípio da *igualdade material* absoluta e sob natureza de *pena* – castigo – de modo a propiciar a auto-reflexão, nos termos do inciso XLVIII do art. 5º da CF/88, com assistência e estímulo da Ciência da Psicologia especializada nessa área) o Estado estará cumprindo o *dever* ontológico de proteger os administrados, como primado de sua razão de ser – Poder Público. Dentro do âmbito dessa finalidade geral, obviamente que a *política* de *prevenção* contra a criminalidade há de ser contínua e eficiente – o que nada tem a ver com a necessidade da punição do crime anteriormente praticado. Ao lado do cumprimento da pena, ao Estado *social* cumpre manter e adotar *políticas* públicas de *prevenção* geral contra a criminalidade, como, por exemplo e dentre outras, através de assistência, de educação e de atividades para ocupação sadia do *menor de idade*, para evitar que este fique ocioso e seja atraído para a senda do crime. No âmbito dessa *prevenção* geral também se encontra o dever de implementação de política pública de assistência ao ex-presidiário, para *evitar* o seu retorno à criminalidade.

De outro lado, cumpre ao *Judiciário* (como Poder de Estado e fiel a que veio – e que também não se assemelha à Instituição *Franciscana*) abandonar o processo de hermenêutica denominado *minimalista*, preocupado tão só com a *redução* da pena ao mínimo (o que importa no abandono da *individualização*) ou sua *não* aplicação, porque, se adotado como regra e com desconsideração dos demais fatores do convívio social, enveredar-se-á pelo retrocesso civilizatório: o bandido passa a ser modelo, e o crime, a compensar !

5 REFLEXO DO DIREITO PENAL NO JUÍZO CÍVEL

Se o processo de apuração e julgamento do fato criminal findar pela *condenação* do agente, este ficará responsável pela indenização civil (desde que a vítima tenha interesse pela

¹² - A respeito da atribuição investigatória dos crimes, privativa do Poder Executivo e que deve ser prontamente desenvolvida sem qualquer distinção em relação à vítima (pessoa física, jurídica privada ou pública), a omissão ou a ineficiência têm sido a causa principal da *impunidade* repudiada por todos, quer porque não se apuram autorias e circunstâncias do crime, quer porque apuração incompleta resulta, necessariamente, em absolvição por insuficiência de provas. Pior de tudo é a *desigualdade* de interesse e de empenho demonstrada no cumprimento do dever investigatório, como muito bem apontou o Professor de Filosofia da UFRS, Denis Lerner Rosenfield, no lúcido e contundente artigo intitulado “Direitos Humanos ?”, publicado no jornal *O Estado de São Paulo* (edição de 21.02.2005), acentuando, com ironia, que “*policiais militares não são pessoas humanas*”, diante do empenho e publicidade do Poder Executivo na apuração de crime bárbaro cometido contra religiosa americana, no Estado do Pará, enquanto igual crime bárbaro cometido, recentemente, contra Policial Militar, no Estado de Pernambuco, dentre outros tantos, não mereceu igual tratamento investigatório e repressivo.

reparação), sem que o réu possa negar a culpa no Juízo Civil (art. 91, inciso I, do CP; art. 63 do CPP; e art. 935 do CC). A sentença condenatória do juízo criminal será tida no cível como título condenatório *certo*, mas *ilíquido*. No juízo civil a *liquidação* da condenação criminal será feita, como regra geral, sob a forma de *liquidação por artigos*, como início de *execução forçada* expropriatória (art. 608 do CPC, conjugado com o art. 935 do CC/2002). Nos casos de prévia condenação criminal, o réu, na esfera cível, só poderá discutir o *quantum* indenizatório. Evidentemente que para este fim (apuração do *quantum*), o réu poderá provar a *culpa concorrente* da vítima, para *redução* proporcional da indenização, já que no Juízo Criminal a eventual participação da vítima não elimina a responsabilidade do acusado.

Se o réu for *absolvido* no juízo criminal, poderá ser responsabilizado no Juízo Cível (arts. 66 e 67 do CPP), para a reparação dos danos ocorridos (com as exceções abaixo assinaladas), desde que o interessado prove a *culpa* do agente, ou seja, o *nexo causal* entre a ação ou omissão e o dano resultante (art. 186 e 187 do CC/2002).

A *absolvição criminal*, entretanto, fará *coisa julgada* no Juízo Cível, a favor do acusado (impedirá ação de indenização), se tiver sido reconhecido expressamente na sentença (ou no Acórdão) que o agente praticou o ato em *estado de necessidade*, ou em *legítima defesa*, ou em *estricto cumprimento do dever legal*, ou, por fim, no *exercício regular de direito* (art. 65 do CPP). Igualmente, impede a ação civil indenizatória a sentença criminal absolutória fundada, expressamente, na prova da *inexistência do fato* ou, se existente, na de que o réu *não* tenha sido o seu *autor* (art. 66, e art. 386, inciso I, ambos do CPP, combinados com o art. 935 do CC/2002).

A absolvição pelo *Tribunal do Júri*, por não ser motivada (e de cujo julgamento sob o manto Constitucional de *soberania* pode até resultar em absolvição manifestamente contra a prova dos autos), não afasta a possibilidade de ação cível indenizatória¹³. Claro que, neste caso, assim como ocorre nas absolvições por insuficiência de provas, o autor da demanda deverá provar, além da extensão do dano, a *culpa* do réu.

Tratando-se de delito da competência do *Juizado Especial Criminal*, eventual *transação penal* (aceitação da *pena* pelo acusado) *não* importará em obrigação de indenizar. É a redação expressa do § 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, criando exceção na regra geral. Nada impede, contudo, que nessa mesma oportunidade as partes *transacionem* também a indenização *cível*, perante o mesmo Juizado Especial, nos termos do art. 74 dessa lei, quer pela fixação do valor a ser pago ou bens a repor, quer pela declaração formal de *inexistência* de reparação cível a ser feita. Se não houver composição para a indenização cível, mas ocorrendo *transação penal*, a vítima poderá pleitear a reparação material devida, no Juízo Cível competente, mediante prova da *culpa* do agente, tal como nos casos criminais de absolvição por insuficiência de provas. Por fim, se o agente (réu) não aceitar a proposta de *transação penal*, mas receber *condenação* ao final da instrução, a indenização cível seguirá pelas regras comuns. Neste caso a condenação com trânsito em julgado será tida como título judicial *ilíquido*, para os efeitos de execução na esfera cível, por simples *liquidação*, como já dito (processo de apuração do *quantum*).

No Juízo *Cível*, em quaisquer dos casos (e até naqueles que *não* passaram pelo crivo do Juízo *Penal*), o réu poderá fazer prova da *culpa concorrente* da vítima, para compensação ou redução proporcional do valor da indenização (art. 945, do CC/2002).

¹³ - Nesse sentido são as lições de Sérgio Cavalieri Filho, *In Programa de Responsabilidade Civil*, 2ª ed. Malheiros, 3ª Tiragem, p. 408. As mesmas lições foram ampliadas na 4ª edição, 2003, p. 526-528.

6 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A ofensa direta ou indireta à *pessoa humana* e/ou aos seus *bens* e *direitos* poderá acarretar *punição* penal (se tipificado – interesse *público*¹⁴ predominante) ou *ressarcimento* civil (se ocorrer dano material ou imaterial – interesse *privado* predominante), ou ambos.

Pelo ângulo do interesse *Privado*, para solução dos conflitos nascidos das relações sociais, há duas formas de se examinar a conduta humana e definir a reparação do dano injusto: *uma*, olhando o *procedimento* do agente (consciência e conduta moral), com vistas ao *resultado* ocorrido (dano), para findar na sua *aprovação* (improcedência do pedido indenizatório) ou na sua *reprovação* (procedência do pedido indenizatório) – é o caráter *punitivo* pela *imprudência*, ou *negligência*, ou *imperícia*, ou *abuso do direito* por parte do causador; *outra* forma de se examinar a conduta humana é olhar para a *vítima* do dano (resultado) e, em seguida, partir em busca de *quem* deva repará-lo (ângulo de *proteção* da pessoa humana – caráter de *solidariedade* social), pouco importando se o causador agiu de acordo com as regras pré-estabelecidas para o convívio social (legalidade, normalidade). Por essa ótica o agente tem o *dever* de antecipadamente se *preocupar* (sempre) com a satisfação e a segurança do outro ser humano, *aperfeiçoando*, permanentemente, sua conduta social, de modo a evitar dano. Esta última é a Teoria da Responsabilidade *Objetiva*, enquanto a primeira é a Teoria da Responsabilidade *Subjetiva*.

O nosso Direito Positivo assenta-se na *Teoria da Responsabilidade Subjetiva*¹⁵, como regra geral, consolidada no inafastável fundamento *ético*, ou seja, o princípio pelo qual todos são responsáveis pelos atos praticados, pelo abuso ou pela omissão ocorrida, sob o pressuposto de *consciência* e/ou de *volição* da conduta adotada e assunção de seus *riscos*. O princípio filosófico é o do *livre arbítrio*. Por isso, pela regra geral, a conduta humana *imputável* (*dolosa* ou *culposa*), ferindo interesses de alguém ou da coletividade, gera consequências civis e/ou penais, ou ambas. Para os efeitos de *responsabilidade civil*, o fundamento legal são os artigos 186 e 187, complementados pelos artigos 927 a 943, do Código Civil/2002.

Além do *dolo* e da *culpa* em sentido estrito (que sustentam a Teoria *Subjetiva*), como já visto, o nosso sistema também adota, como *exceção*, o princípio da responsabilidade *objetiva*, assentada na *Teoria do Risco*^{16, 17, 18} para proteção da pessoa humana, no que diz

¹⁴ - Esclareça-se que a dicotomia Direito *Público* e Direito *Privado*, como ramos distintos da Ciência do Direito, hoje não mais subsiste, exceto para fins didáticos, diante da visão de que se trata, sempre, de *interesse social*.

¹⁵ - Rui Stoco, sobre o tema responsabilidade *objetiva* em razão da *teoria do risco*, após registrar a posição de inúmeros doutrinadores nacionais e estrangeiros, escreve: “Comporta admitir que, inobstante o grande entusiasmo que a teoria do risco despertou, o certo é que não chegou a substituir a da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão e nem poderia assim ser”. Obra citada, p. 110.

¹⁶ - Sérgio Cavalieri Filho, no capítulo *Responsabilidade Extracontratual Objetiva*, descreve as modalidades *risco proveito*, *risco profissional*, *risco excepcional*, *risco criado* e *risco integral*, como expressões utilizadas na teoria da responsabilidade *objetiva* em razão dos fatos sociais que lhes dão origem (nº 39, p. 166-169). Pela nossa ótica, tais distinções não ultrapassam os limites da propriedade técnica de linguagem, mas com irrelevância no aspecto prático. Já o mesmo autor, no capítulo *Responsabilidade da Administração Pública* (nº 43, p. 181-187), faz distinção entre *Risco Administrativo* e *Risco Integral*, acentuando que neste a obrigação de indenizar ocorre mesmo nos casos de *culpa exclusiva* da própria vítima, *fato de terceiro*, *caso fortuito* e *força maior*, enquanto que naquele é *possível* o afastamento da responsabilidade mediante prova de *inexistência* da relação de causa e efeito. In *Programa de Responsabilidade Civil*, 3ª ed. Malheiros:SP, 2002. As mesmas lições são ampliadas na 4ª edição, 2003, p. 146-148 e p. 234-268.

¹⁷ - Escreve Agostinho Alvim: “... A classificação mais simples é esta: a responsabilidade civil funda-se na culpa quando esta lhe é elemento indispensável; e prescinde dela quando se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. A primeira hipótese consubstancia a teoria da culpa, ou subjetiva. A segunda entende-se com a teoria dita objetiva, ou do risco, e dentro de seus postulados se diz que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa.” In *Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências*, 4ª ed. Saraiva:SP, 1972, nº 169, p. 243.

¹⁸ - O professor Fernando Noronha, em substancial e erudito artigo intitulado “Desenvolvimentos Contemporâneos da Responsabilidade Civil”, publicado na RT 761, p. 31-44, demonstra a evolução da responsabilidade civil nos últimos séculos e, no tocante à *objetiva*, a sedimentação dos fundamentos de *risco de empresa*, *risco administrativo* e o *risco-perigo*.

respeito aos seus interesses pessoais – materiais e imateriais. O fundamento principal é o princípio sociológico da *solidariedade* social.

Por essa teoria de responsabilidade *objetiva* prioriza-se a reparação à vítima, colocando em segundo plano a pesquisa sobre conduta *moral* do agente, causador *direto* ou *indireto* do dano. Com esse modo de analisar o conflito e dar-lhe o devido desate judicial, ora a culpa é *presumida* (inversão do ônus da prova), ora *despreza-se* a pesquisa de *culpa*^{19, 20}, também denominada responsabilidade “*sem culpa*” – expressão imprópria, a nosso modesto ver, posto que *não* se cogita de responsabilidade “*sem*” culpa, mas, sim, de afastamento ou de “*desprezo*” à pesquisa do elemento *subjetivo* (consciência, moralidade e imputabilidade que sustentam a teoria da *culpa*), ou com *irrelevância* desse aspecto (meio de simplificar a convicção do julgador e priorizar a reposição à vítima), para alcançar, inclusive, os incapazes (na relação extracontratual - art. 928 do CC).

Quando a *culpa* é *presumida*, a responsabilidade *objetiva* é denominada *relativa* ou *mitigada*. E quando a pesquisa ou existência de culpa é irrelevante, a responsabilidade *objetiva* é denominada *absoluta* ou *integral*. Para a primeira modalidade (*presunção de culpa*), é necessário previsão legal ou situação *fática* onde a vítima *não tem como se defender*. A segunda modalidade (*independentemente da existência ou da apuração de culpa*) *somente* tem aplicação onde houver expressa previsão legal²¹. Entretanto, a dinâmica social progressiva cria novas situações que se assemelham àquelas que motivaram previsão legal expressa de responsabilidade *independentemente* da existência ou verificação da *culpa*. É o caso, por exemplo, das locadoras de automóveis quando o usuário causa dano a terceiro. Está ela, locadora, exercendo um regular direito (sem abuso), mas a segurança social exige sua *solidariedade* em, previamente, bem selecionar o usuário ou se acautelar (seguros) para evitar prejuízos a terceiros, vítimas do condutor do veículo alugado. Com essa visão, consolidou-se a Súmula 492 do STF. Obviamente que à locadora remanesce o direito de regresso contra o condutor, locatário, pelo princípio da responsabilidade *subjetiva* (fundamento *ético*).

No âmbito da responsabilidade *objetiva relativa*, ao pressuposto de *culpa presumida*, além dos exames das legitimidades processuais, do nexos causal e do *quantum* indenizável, o réu pode se eximir da responsabilidade provando a ausência de *causalidade* ou quaisquer das *excludentes* da responsabilidade, pela ocorrência de *caso fortuito* e/ou *força maior* inafastáveis, de *legítima defesa*, de *estado de necessidade*, de *cumprimento de ordem superior hierárquica*, de *culpa da própria vítima* ou de determinante e inafastável *fato de terceiro* ou, ainda, que o dano decorreu do *exercício de um direito reconhecido* ou por cumprimento de *obrigação legal* imposta a todos (surgimento de lei nova modificando a relação social).

Mas no campo da responsabilidade *objetiva absoluta* (também chamada de *Risco Integral*), com *afastamento* da pesquisa de culpa (dita *sem culpa*), a discussão judicial e o

¹⁹ - Nesse sentido são as lições de Carlos Roberto Gonçalves, enriquecidas com as observações de Miguel Reale a respeito do novo Código Civil, onde se adotou a teoria da responsabilidade *subjetiva* como regra e a *objetiva* onde era indispensável. *In Responsabilidade Civil*, 6ª ed. Saraiva:SP, 1995, p. 18-21. As mesmas lições encontram-se ampliadas às p. 21-25, da 7ª edição, 2002.

²⁰ - A respeito do fundamento central da *Teoria do Risco*, escreve Sergio Cavalieri Filho: “...todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”. *In Programa de Responsabilidade Civil*, 3ª ed. Malheiros:SP, nº 38, p. 166. E, 4ª edição, 2003, p. 146.

²¹ - Por exemplo, dentre outros tantos dispositivos: art. 4º da Lei 6.453/77 e art. 19 da Lei 10.308/01 (Danos Radioativos); art. 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente); art. 21, inciso XXIII, letra “c”, da CF/88; arts. 12 e 14, do CDC; art. 14 da Lei nº 8.974/95; arts. 535, 583, 611, 612, 735 (em parte), 741, 927 (parágrafo único), 931, 932 (incisos I a V) e 933, todos do CC/2002.

exame da prova limitam-se às legitimidades (ativa e passiva), ao nexo causal e à extensão do dano, ou seja, à comprovação da ocorrência do *fato-resultado* e sua ligação ao *fato-origem*, assim como definição do *quantum* indenizável. A obrigação de reparar é decretada *independentemente da existência e/ou apuração da culpa*. Despreza-se, repita-se, o elemento *moral, subjetivo*, relativo à conduta do réu em torno da *vontade*, da *capacidade*, da *consciência* e das *cautelas* adotadas ou omitidas. O *dano* injusto ocorrido se desprende de eventual *vontade* ou *culpa* do réu, para se tornar o centro da atenção e da decisão judicial, porque esta (decisão judicial) se satisfaz com a simples comprovação do *nexo causal*. Para o réu se *defender* nesta modalidade de responsabilidade, deverá provar *inexistência de nexo causal*, ou seja, que *não* está *vinculado* à *causa* do dano. É como se fosse contrato de *seguro*: ocorrendo o dano, resta ao segurador efetuar o pagamento ou provar inexistência válida do contrato.

Pelo ângulo do interesse *Privado*, o fundamento jurídico principal da *Teoria do Risco* é o princípio pelo qual “*quem tem o bônus, deve arcar com o ônus*”, ou seja, aquele que tira proveito material da relação social, relativamente às explorações econômicas, deve suportar os ônus dos riscos inerentes²², em especial nas atividades industriais ou comerciais *insalubres* (agentes nocivos à *saúde*, a exemplo de exposição à temperatura elevada ou reduzida; contato com material infecto-contagante; manuseio de substâncias tóxicas; lida com animais peçonhentos ou ferozes, etc) e nas *perigosas* (acentua risco contra a *vida*, a exemplo de contato ou exposição à energia elétrica, raios X, nuclear, inflamáveis, explosivos, etc). Esses mesmos *riscos* também podem ocorrer nas atividades voluntárias de *lazer* individual, de grupo ou de multidão, desde que ponha em risco a *saúde* (pelas más condições físicas) ou as tornem *perigosas* (pela concentração de massa humana suscetível de descontrole e danos pessoais), a exemplo da atividade turística, pública ou privada, de exploração de cavernas subterrâneas infestadas por insetos perigosos, fungos ou bactérias; exploração de estádios esportivos ou recintos fechados; ou, ainda, utilização de máquinas para gerar forte emoção, como “*montanha russa*”, salto em queda livre, etc.

Mesmo nos casos em que o *risco* de insucesso é *assumido*, conscientemente, pelo consumidor ou pelo contratado/executante, a exemplo das *atividades esportivas perigosas* (corrida de automóveis, de motocicletas e de barcos; lutas marciais; alpinismo; exploração submarina ou polar, etc), e das *atividades científicas perigosas* (por exemplo, nos tratamentos experimentais em doentes terminais ou doenças incuráveis; nas pesquisas vulcânicas *in loco*; nas viagens extraterrestres de pesquisa, com risco de não retorno ao planeta; etc), o princípio processual continua sendo o da *culpa presumida* e/ou da responsabilidade *sem culpa*, dependendo da previsão legal casuística.

Resumindo, pelo ângulo processual, em sede de responsabilidade *subjetiva* cabe à vítima fazer prova da culpa do réu. Em sede de culpa *presumida*, cabe ao réu provar a *inexistência* de culpa ou a existência de fato *impeditivo, modificativo* ou *extintivo* do direito do autor (art. 333, Inciso II, do CPC). E, por fim, no caso de responsabilidade *objetiva absoluta*, cabe ao réu provar *inexistência* de nexo causal.

²² - Colhe-se, de Alvino Lima: “... A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinário para o direito positivo”. (...) “Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que “*les faiseurs d’actes*”, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proventos, ou pelo menos agem para consegui-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados - *Ubi emolumentum, ibi onus*. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não lhe colhe os proventos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorreu, suporte os azares da atividade alheia”. *In* Culpa e Risco, 2^a ed. RI, SP, 1998, p. 119.

7 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A SOCIEDADE DE CONSUMO

No campo da ciência do Direito, com vistas às relações de consumo, historicamente, tanto a necessidade de *inversão do ônus da prova* (culpa presumida), como o *desprezo à pesquisa de culpa* (responsabilidade “sem” ou independentemente de culpa), têm origem nos fatos sociais decorrentes da concentração urbana e do desenvolvimento industrial, impulsionados com o advento da máquina a vapor; a partir do século XIX. No curso da civilização, pouco importa qual deles deu causa ao outro: *concentração* urbana ou *desenvolvimento* industrial. Trata-se de interação social progressiva, indissolúvel e de mão dupla, ou seja, uma coisa leva a outra e vice-versa, desembocando na denominada *sociedade de consumo*. Por decorrência, quer para *atender à demanda* de consumo (senso de empreendimento – ângulo de interesse *privado*), quer pela *necessidade* de *prover* a subsistência material do contingente humano (intervenção econômica – ângulo de interesse *público*), a produção de bens e de serviços passou a ser em grande escala, padronizada e automatizada. Nesse quadro, o homem, isoladamente considerado, passou a ser apenas um *número estatístico*, sem meios de exercer opções ou de se defender. Em verdade o homem é *conduzido e motivado a consumi*ro que é previamente produzido e que se encontra disponível. Diante da falta de opção, na ordem prática, para a sobrevivência material, pode-se dizer que o homem é “*obrigado*” a *consumi*ro que foi produzido em escala e a *viver* conforme o padrão dominante. Essa é a autêntica característica da *sociedade de consumo*.

Na relação social, de forma geral, a *adesão* do consumidor ou administrado se dá, de um lado, por *falta de opção* (diante da inexistência da vida em sociedade de consumo), e, de outro, em inúmeras situações, *sem que possa se defender* no exato momento da eclosão do dano, pela impossibilidade de interferir no quadro fático para obtenção de resultado diverso (a exemplo de passageiro de aeronave, trem e navio, quando em movimento; de doentes internados; de presidiários recolhidos; de incêndio em prédio habitado; de rompimento de represas e ou de enchentes urbanas; de desabamento ou desmoronamento; de multidão que se descontrola; de usuário de moeda de curso forçado e respectivo sistema bancário, etc).

Não se negue que o homem, na outra ponta dessa relação e isoladamente considerado, é, ao mesmo tempo, beneficiário e destinatário do progresso material, criado pela *sociedade de consumo*, devendo, por isso, suportar os ônus decorrentes. Mas essa realidade não afasta a responsabilidade maior de quem tira o *maior proveito*: no caso, o

²³ - Wilson Melo da Silva, ao analisar os fundamentos do conceito clássico da culpa, para defesa de sua tese de necessidade de criação de um sistema de *seguro social* a ser absorvido por todos, escreve: “... O homem seria livre na expansão de suas atividades física, intelectual e moral, a todos se impondo a obrigação do respeito à livre expansão dessas atividades individuais, que só encontrariam óbices ali onde tivesse início a liberdade alheia. O conolário lógico disso seria que, do ponto de vista moral, apenas pelos atos voluntários, conscientes, responderia o cidadão, muito embora de seus atos involuntários prejuízos pudessem também resultar. Os atos do homem, quando não determinados por uma vontade consciente, equiparar-se-iam aos fatos do acaso, da força cega, deixando de obrigar aquele que, deles, tivesse sido a causa eficiente ou necessária. Assim, pelos postulados da doutrina individualista do direito, soberanamente se imporia, na sua esfera, a vontade individual. E em todo ponto dessa vontade livre do homem livre, senhor de seus atos, gravitariam normas de proteção jurídica”. Prosegue alhures: “...A corrente individualista, que parecia já haver produzido todos aqueles efeitos que, política e historicamente, talvez a justificassem em um momento dado, já não mais podia sustentar-se. Fora doutrina por demais fantasista, divorciada da realidade, para que pudesse viver por mais tempo a vida faustosa de outrora”. In *Responsabilidade sem culpa*, 2ª ed. Saraiva: SP, 1974, p. 9-10.

²⁴ - O insigne Professor e Juiz do Tribunal de Alçada de São Paulo, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, após narrar, com brilho, o desenvolvimento social e a necessidade de melhor proteção ao consumidor, acentua que a responsabilidade *objetiva* importa no desprezo de qualquer discussão sobre culpa. In *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (Direito Material), pág. 150, item nº 2.7, ed. Saraiva:SP, 2000. Os mesmos elementos também se encontram no excelente artigo de sua lavra, intitulado “*Aplicação do CDC nos Contratos de Leasing*”, publicado na Revista *Melo Jurídico*, ano IV, nº 46, junho de 2001, p. 18-26.

²⁵ - Também nesse sentido escreve Wilson Rodrigues Alves, forte nas lições de Georges Ripert e nas de Almino Lima, na erudita obra *Responsabilidade Civil do Estado*, ed. Bookseller: Campinas-SP, 2001, Tomo I, p. 45-54, asseverando que a responsabilidade *objetiva* dispensa pesquisa de culpa e não se confunde com *presunção de culpa*. Em nosso modesto modo de ver, a responsabilidade *objetiva* se divide em *absoluta* e *relativa*, esta última se caracterizando, na prática, pela *presunção de culpa*.

empreendedor ou o Estado. Mais que tirar *maior* proveito, no sistema econômico neo-liberal, o homem, isoladamente considerado, repita-se, é usado e manobrado pelo empreendedor (e também pelo Estado), como mero *dado estatístico*. E o inverso é impossível. Daí a justa razão em atribuir ao empreendedor e ao Estado a maior parcela dos deveres de conduta (cautela), fiel ao princípio sociológico e humanista: “*a cada um, de acordo com a sua necessidade; de cada um, de acordo com a sua capacidade*”.

Nessa nova realidade social, para solução dos conflitos individuais, ficou evidente, de um lado, a *dificuldade* ou *impossibilidade* de a vítima *fazer prova* da *culpa* do causador do dano (na complexa e ágil vida social moderna)^{23, 24, 25} e, de outro, a *necessidade* de se *proteger* o cidadão comum – presa fácil na mesma complexa e ágil vida social moderna, que passou a se caracterizar como *sociedade de consumo*.

Dessas premissas (que são verdadeiras) à concepção da *Teoria do Risco*, para *justificar* o dever de indenizar sem questionar a *conduta subjetiva, moral*, do causador, foi simples constatação da imperiosa necessidade de se proteger o *homem social*. Por “*Teoria do Risco*” há de se compreender toda e qualquer situação de fato *criada* pelo fornecedor de produto ou prestador de serviços, na relação social, na qual a *saúde*, a *vida*, a *segurança* e o *patrimônio* do cidadão são colocados em perigo. Instalada a situação normal de relacionamento social, mas com perigo de dano pessoal ou patrimonial, a primeira solução jurídica encontrada foi a de *inverter* o *ônus da prova*²⁶, para definição judicial dos conflitos individuais. A segunda foi a de *afastar*²⁷, ou *desprezar*, o elemento *subjetivo* (moral) integrante da conduta do causador. Na esteira desse raciocínio, até os bens dos *incapazes* são alcançados (em caso de lesão na relação extracontratual – art. 928 do CC), para pronta satisfação material à vítima do dano injusto.

Desprezar o elemento subjetivo para acertamento jurídico e composição do dano *não* significa afirmar *inexistência* de conduta reprovável socialmente. O dano não nasce do acaso. Não é um resultado aleatório. É sempre fruto de uma falha humana nos deveres de conduta social. Falha que pode ser *omissiva, comissiva* (art. 186 do CC/2002) ou, ainda, regular conduta pessoal funcional, mas com *abuso de direito* (impedindo o imprescindível “*equilíbrio na relação social*” – art. 4º, III, e art. 6º, V, do CDC; arts. 187, 421, 422, 927 a 954, 1.277 a 1.279, do CC/2002), ou *ausência de boa-fé* (que, no fundo, é ação *comissiva* reprovável – arts. 187, 421 e 422 do mesmo CC/2002), ou com *ineficiência* nas cautelas para afastar ocorrência de dano (que é *negligência*). Mesmo quando o dano é resultado de *fenômeno da natureza* (por exemplo: enchente, raio, ciclone, terremoto, etc), é preciso examinar se houve *omissão* por parte de quem podia e tinha o dever de *prever* de *agirem* contrário, a tempo de *evitar* ou suavizar o dano. Ainda assim, nessa hipótese, continua existindo uma *conduta*

²⁶ - Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, citando Alvinho Lima, no item Responsabilidade Objetiva. In *Tratado de Responsabilidade Civil*. Ed. Revista dos Tribunais, 2001, n° 12.01 e n° 12.02, p. 107-110.

²⁷ - O precursor e inexecidível Alvinho Lima, escreveu em 1938: “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tomara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusiva da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena”. E prossegue alhures “... A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa em resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado”. “... A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral, verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência; acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não a necessidade da reparação”. In *Culpa e Risco*, 2ª ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 117-119.

humana *reprovável*.²⁸

No geral, como já dito, as atividades que se encaixam na classificação de *Risco Integral* são desenvolvidas no interesse *predominante* do *empreendedor* (agente privado) ou do *Estado* (agente público)²⁹, com adesão automática do consumidor ou administrado. Por isso o risco pelos danos e a obrigação de reparar é daquele que tira *maior proveito* da atividade e, em caso de dano a alguém, para definição da obrigação de reparar, repita-se, ora se aplica o princípio processual da *culpa presumida* (que importa na *inversão* do ônus da prova), ora o da responsabilidade *sem culpa* (que significa *desprezo* à pesquisa ou irrelevância da culpa). Cada qual dessas modalidades de apuração da responsabilidade está prevista em lei, expressa ou implicitamente.

Pelo ângulo do *consumo*, a produção de bens e de serviços em larga escala, automatizada e padronizada (característica da atual *sociedade de consumo*), desenvolvida no interesse *predominante* do empreendedor, cria *risco* que pode ser *calculado* ou *previsto* (estatisticamente) de *dano*. Por isso, em caso de *defeito* ou *imperfeição* da coisa ou do serviço, gerando dano a terceiros, a responsabilidade é do fornecedor, pela *culpa presumida*, porque, ao adotar o sistema de *padrão de qualidade*, via conferência prévia por *amostragem* (critério estatístico), assegura *garantia* ao consumidor. E, na ordem prática, na maioria das situações, repita-se, o consumidor ou administrado não tem como *conferir* no momento da adesão ao consumo ou utilização nem como se *defender* no momento da eclosão do dano.

Essa realidade tornou necessária à sociedade a edição do *Código de Defesa do Consumidor*. Esse CDC editado em 11 de setembro de 1990 (Lei nº 8.078), ao fundamento de vulnerabilidade do consumidor, e, assentado no princípio da responsabilidade *objetiva* como regra geral, é um micro sistema legal autônomo, de natureza *pública* (complementar à Constituição - art. 5º, XXXII, e art. 48 dos ADCT), contendo normas de direito *material e processual*, misto de direito (interesse) *privado e público*, tudo para defesa de direitos subjetivos *individuais, coletivos e difusos*. Como *exceção*, prevê a adoção da responsabilidade *subjetiva* na prestação de serviço pelos profissionais *liberais* (art. 14, § 4º).

Entretanto, a responsabilidade adotada pelo CDC, apesar de expressar que o *fornecedor* de produtos (art. 12) e o *prestador* de serviços (art. 14) “*respondem, independentemente da existência de culpa*”, acenando a primeira vista com a modalidade de responsabilidade *objetiva absoluta*, em verdade assim não ocorre porque, além de o CDC permitir a *inversão do ônus da prova* a favor do consumidor (como princípio de *equilíbrio processual* – art. 6º, VIII – fato que acena para a regra geral da prova da culpa), prevê a possibilidade de o réu se defender por meio de: 1) prova de que houve *culpa* exclusiva da *vítima* ou de *terceiro* (o que importa adoção da teoria *subjetiva*); 2) prova de que o produto ou o serviço *não* contém o *defeito* apontado pelo consumidor (também adoção da teoria *subjetiva*); 3) prova de que o produto não foi colocado no mercado pelo réu (identificação do

²⁸ - Escreve José de Aguiar Dias, transcrevendo lições de Louis Josseland a respeito das teorias do *abuso de direito* e da *culpa negativa* (vinculadas ao princípio do *bonus paterfamilias*): “... De caráter nitidamente diverso é a teoria da culpa negativa, que vem a ser a abstenção ou inércia contrária a dever preestabelecido. Aplica-se extensivamente e seu espírito exige do proprietário da coisa suscetível de causar dano a adoção de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pela ciência, de forma a restringir, sempre e sempre, as possibilidades desses danos. Se não atende a essa obrigação, se não se põe *em dia*, a sua responsabilidade emerge da omissão. Exemplos: a estrada de ferro que não coloca nas chaminés de suas locomotivas o dispositivo capaz de reter as fagulhas, para impedir o incêndio das propriedades marginais; o proprietário do prédio que conserva o elevador de tipo antiquado, defeituoso e perigoso, quando deveria substituí-lo pelo tipo mais moderno e mais seguro; o dono de vitrola ou aparelho de rádio que impossibilita a recepção das emissões radiofônicas pelos vizinhos... E, em suma, o regime da multiplicação de faltas”. – *In Da Responsabilidade Civil*, 5ª ed. Forense:RJ, Vol. I, nº 26, p. 71-72.

²⁹ - Escreve Caio Mário da Silva Pereira que a responsabilidade civil, em nossa Constituição, evoluiu da teoria do *Acidente Administrativo* para a do *Risco Integral*, e neste “o Estado responde sempre. O que cabe apurar é se o agente procedeu no exercício de suas funções”. *In Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução*. Ed. Forense:RJ, 2001, p. 155.

nexo causal – elemento imprescindível tanto na teoria *subjetiva* como na *objetiva*).

É sabido que, quando a lei expressa *irrelevância de culpa* para a apuração da responsabilidade civil, a relação jurídica se desenvolve como se fosse autêntico contrato de *seguro*. Em se tratando de relação jurídica equiparada a contrato de *seguro* – como é o caso da responsabilidade pela teoria do *Risco Integral* –, em ocorrendo fato danoso restará ao obrigado (fornecedor ou prestador de serviços) efetuar o pagamento sem discussão cognitiva, pouco importando se o produto tem ou não *defeito* (fundamento *ético*); ou se há ou não *culpa* da própria *vítima* (também fundamento *ético*). Pior de tudo, na lei sob comento, é a referência à *culpa de terceiro* para isentar de reparação o fornecedor de produto ou o prestador de serviços. Em sede de responsabilidade civil sob *risco integral*, o fato de *terceiro* não afasta o dever de indenizar porque contra este lhe restará o direito de regresso. Tudo isso se soma em prol do entendimento de que se trata, no caso do CDC, de responsabilidade *objetiva relativa* e não *absoluta*.

Examine-se, por hipótese, que determinado alimento ou medicamento passe a ter, em sua fabricação, um componente imposto por lei, ao pressuposto de que esse elemento seja indispensável à saúde do consumidor. Entretanto, com o avançar da tecnologia, constata-se que esse componente, ao invés de assegurar saúde ao consumidor, causa-lhe malefício. Evidentemente que o produtor não estará obrigado a indenizar as vítimas, porque estava *cumprindo* a exigência legal. Entretanto, se o caso fosse de responsabilidade *objetiva absoluta* (risco integral), ao produtor cumpriria indenizar para, após, regressar contra o Estado – já que o dano decorreu do cumprimento da lei.

No caso do CDC, como se vê, a responsabilidade está condicionada à constatação de *má conduta* do fornecedor (*defeito* do produto) ou do prestador de serviço (*má* execução), por *ação*, *omissão* ou *abuso*, o que significa que o elemento *subjetivo* (culpa) é determinante para o convencimento judicial. Mesmo porque, se não houver *defeito* no produto ou *má* execução do serviço, ou se a *culpa* for da própria *vítima*, ou de *terceiro*, o fornecedor e o prestador de serviços estarão isentos de responsabilidade. Em conclusão, modificando posição doutrinária anterior, nosso modesto entendimento é no sentido de que a responsabilidade *objetiva* norteadora do CDC é de natureza *relativa*, ao fundamento de *culpa presumida* do fornecedor ou do prestador de serviços, apesar da dicção legal “*independentemente da existência de culpa*”. Isso importa alargar o âmbito da defesa, para prova da *ausência de culpa* por parte do acionado, invocando o réu, caso queira, as demais espécies legais de exclusão da responsabilidade, a exemplo do *caso fortuito* (concomitantemente: externo, eventual, imprevisível e inafastável), da *força maior*, do *cumprimento do dever legal*, etc.

A responsabilidade *objetiva* no CDC não pode ser confundida com contrato de *seguro*, mesmo porque neste os elementos componentes são o preço do *prêmio* e o *limite do valor* a ser pago pelo risco assumido – coisas incompatíveis com a relação de consumo.

Além da exegese feita nos dispositivos legais acima enfocados, não se pode esquecer que ao aplicar a lei não pode o intérprete³⁰ deixar de ter uma visão *holística* do fenômeno social, quer pelo ângulo *econômico* quer pelo *científico*, voltada para o *equilíbrio* das relações, em cumprimento ao art. 5º, da Lei de Introdução ao CC; aos arts. 3º, 6º e 170 da CF/88; e ao art. 4º, III, do CDC. No campo das atividades privadas, não se pode ter *preconceito* negativo

³⁰ - Colhe-se, por adequado, a observação do Prof. José de Albuquerque Rocha (A Lei de Arbitragem – Ed. Malheiros, 1999, p. 25), transcrita pelo Min. Cesar Asfor Rocha no julgamento do Resp. 140.097-SP, em 04.05.2000: “No Brasil há o hábito de tratar o Direito apenas do ponto de vista dogmático, estudando as normas com independência das realidades social, política, econômica, ideológica e cultural, como se estas fossem metajurídicas. Entendemos ser o Direito parte da sociedade na qual opera. O adequado entendimento exige o conhecimento da natureza da realidade social global”. RT 785, p. 189.

contra aquele que, por capacidade e iniciativa, coordena capital e trabalho. O *empreendedor* não pode ser visto, *a priori*, como *aventureiro* inconseqüente, sem ética, sem limites, e sem respeito ao próximo, principalmente no campo das atividades científicas e tecnológicas, ou como *explorador* inescrupuloso e egoísta, no campo predominante dos interesses econômicos. Não se pode esquecer que sem a participação de pessoas com espírito *empreendedor*, por isso mesmo inovador, não há progresso material, tanto em qualidade como em quantidade. O papel do doutrinador na Ciência do Direito e do Julgador (aqui corroborado por sensíveis, competentes, eficientes e operosos advogados e membros do Ministério Público), com vistas aos fins e alcance da lei, é distinguir o autêntico *empreendedor* (pessoa com visão de futuro, gênio inventivo, tino de liderança e capacidade de coordenação de capital e trabalho), imbuído de espírito de sinceridade e propósito progressista, com vistas à melhoria da qualidade de vida e da geração e circulação de riquezas (nestas compreendidas a criação de empregos), daquele “empreendedor” ou “empresário” oportunista, inconseqüente, que, através da prepotência ou do abuso, apenas vislumbrou no espaço das relações sociais o meio de satisfação do ego doentio ou distorcido ou de ganhar dinheiro fácil, pouco se importando com as conseqüências desastrosas de imediato ou de futuro para a sociedade ou para a raça humana. Para o primeiro, a compreensão e a tolerância da lei (*espírito da lei*: regras para o prosseguimento harmônico e possível da sociedade). Para o segundo, o rigor da lei (*texto da lei*, com vistas à repressão ou punição da conduta antiética)³¹. Afinal de contas, todo o discurso sobre “boa-fé objetiva” não é senão a correta exaltação à *ética*^{32, 33}. É da sabedoria popular que “*o remédio, à guisa de curar o doente, não pode matá-lo*”, ou seja, a civilização,

³¹ - Em abono de nosso ponto de vista, colhem-se as lições de Tereza Arruda Alvim Wambier contidas no excelente artigo “*Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do código civil de 2002 – a função social do contrato*”, como se seguem: “... Evidentemente, na vida social continua a haver casos que podem ser resolvidos, pela sua singeleza e pela freqüência com que ocorrem, pela simples aplicação do texto da lei. Mas outros haverá a que a disciplina minuciosa não é capaz de gerar uma solução adequada. Nestes casos, incidem princípios jurídicos e cláusulas gerais. Entende-se que, por este caminho, se poderá chegar a uma decisão *mais justa*” (p. 69). E prossegue às fls. 72: “... Numa sociedade onde os poderosos são “perseguidos”, não há crédito, não há empregos, não há circulação de bens de consumo. Então, cuidado! A proteção exagerada faz “sair o tiro pela culatra”. Se a licença-maternidade for de um ano, mulheres não terão empregos!”. RI, vol. 831, p. 59-79.

³² - Em conclusão de brilhante exposição no artigo intitulado “*Breves reflexões sobre a eficácia atual da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro*”, enriquecido com julgados do STJ relatados pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. escreve Célia Barbosa Abreu Slawinski: “1. Uma vez positivada pelo legislador infra-constitucional (Lei nº 8.078/90), a boa-fé objetiva passa a ser utilizada como critério hermenêutico pelos operadores do Direito, haja vista a sua íntima ligação com os valores eleitos pela Constituição Brasileira. 2. Em decorrência, partindo da premissa de que sua positividade veio realizar valores eleitos pelo Constituinte de 1988, passa a ser inquestionável a sua necessária aplicação não só dentro do âmbito das relações de consumo, mas fora delas também”. E dos julgados transcritos, relatados pelo Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr. dentre outros trechos, extrai-se: “Era preciso (...), a cada vez, explicitar fundamentadamente, a invocação do princípio jurídico não legislado. Agora, com a nova lei, já existe suporte legal para solver os litígios entre os partícipes da relação de consumo e, numa aplicação mais extensa, é possível encontrar nessa regra legislada o apoio para utilizar analogicamente a boa-fé como princípio retor de todas as relações contratuais”. ... “Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé”. “Desde o século XI que o Direito das Obrigações, na parte relativa aos contratos, debate-se diante de dois princípios: de um lado, o da obrigatoriedade vinculativa das convenções (*pacta sunt servanda*), e de outro, o da modificabilidade de suas cláusulas, por exigência de equidade, seja quando já na sua celebração se vislumbra “lesão enorme”, com diferenças inadmissíveis entre a prestação e a contraprestação, seja quando – nos de execução diferida ou de execução prolongada no tempo – fatos supervenientes tomam extremamente gravosa a obrigação para uma das partes, quebrando-se o princípio da equivalência contratual. Esta última posição resultou da interferência de razões de natureza ética, preocupação fundamental da doutrina moral cristã e introduzida no mundo jurídico graças à atuação dos canonistas”. *In Problemas de Direito Civil – Constitucional*, coordenado por Gustavo Tepedino, Edição Renovar, RJ, 2000, p. 77-109.

³³ - Idem, por Bruno Lewicki, no artigo intitulado “*Panorama da boa-fé objetiva*”, com assento nas lições de Fernando Noronha (pág. 57), pugnano pelo aprimoramento do CC/2002: “...Corretamente utilizada, a boa-fé pode trazer toda uma nova compreensão da matéria obrigacional, cumprindo um papel transformador semelhante ao que a doutrina vem destinando para a função social, no campo da propriedade, e para a visão instrumental da família. Para alcançar este patamar, contudo, é preciso reconhecer a preponderância do texto constitucional (e dos valores que lhe direcionam) sobre a normativa ordinária, interpretando-se o ordenamento de forma verdadeiramente sistemática e teleológica”. *In Problemas de Direito Civil – Constitucional*, coordenado por Gustavo Tepedino, Edição Renovar, RJ, 2000, p. 72-73.

à guisa de aprimoramento, não pode retroceder!

8 RESPONSABILIDADE PELO RISCO SOCIAL OU DEVER DE AMPARO

No âmbito do Direito de Família, o *dever de amparo* remonta à própria origem da sociedade tribal, como natural extensão do impulso biológico dos genitores cuidarem da cria. Hoje, por essa relação de parentesco, o *amparo*, capitaneado pelo título jurídico *alimentos*, encontra-se regulado pelos artigos 1.694 a 1.710, e 1.724, dentre outros, do CC/2002; pela Lei de Alimentos (nº 5.478/68); pela Lei do Divórcio (nº 6.515/77); e, pelas leis que disciplinam a relação de *companheiros* e de *união estável* (nº 8.971/94 e nº 9.278/96). O aprofundamento dessas questões escapa do objetivo das presentes anotações.

Pelo prisma da *responsabilidade civil*, não se pode confundir *reposição* com *amparo*. O direito à *reposição* do desfalque sofrido é prerrogativa soberana da vítima. Se o caso é de dever de *repor*, o dever de *amparar* é a segunda questão. No imaginário coletivo a *reposição* é *pena* para quem causou ou deu causa ao dano (fato-causa) – nexos causal *censurável* e determinante. Já o dever de *amparar*, pelo Estado (sociedade), instala-se quando não houver nexos causal censurável; ou, em havendo, não for possível a identificação da pessoa causadora do dano; ou, por fim, sendo identificável quem o causou, este não tiver meios de repará-lo. Exemplo típico dessa impossibilidade de identificação pessoal do causador ou impossibilidade de reparação ocorre, comumente, nos casos de terrorismo político com vítimas da ação destrutiva, ou, ainda, a situação do refugiado político sem recursos próprios para sobreviver.

Na evolução da Civilização e do ponto de vista *humanístico*, chegou-se à conclusão de que, no convívio social, nenhum ser humano pode ficar ao desamparo. Principalmente se for vítima de dano *injusto*. Nessa situação pouco importa a não identificação pessoal do causador do dano e que por isso impede a *reposição* nos moldes tradicionais. Mesmo que a vítima seja a própria causadora do dano, o *amparo* deve ser feito. Com maior razão deve ser amparada a vítima do chamado “azar”, ou de “acontecimento” infeliz, ou de *infortúnio*. Na vida social a vítima não pode ficar relegada à própria sorte. Não podemos ficar insensíveis diante do infortúnio alheio, agindo como se nada estivesse acontecendo ao nosso redor. Afinal de contas, em termos de *raça humana*, todos somos irmãos. Ao menos, integrantes da mesma espécie animal. As *punições* (escassez ou perda do conforto material) resultantes da conduta *aleatória* ou *imprevidente* da própria vítima são legítimas porque é forma de *justiça social natural*, para assegurar o estímulo à necessária conduta positiva (trabalho, colaboração, etc), construtora do bem comum, que todos devem adotar. Essa conduta contributiva é a base e fator de coesão da vida social. A natural “punição” individual é o que se pode chamar de *educação social*. Mas para tudo há um limite. Daí o perdão, a piedade, a solidariedade e o amparo – que é natural expressão de sensibilidade humana – com vista ao *mínimo* indispensável à sobrevivência material do desvalido ou hipossuficiente, caso a caso, devidamente dimensionado (possibilidade material e proporcionalidade).

Com essa visão, além da responsabilidade *subjetiva* (dolo e/ou culpa *stricto sensu*) e da responsabilidade *objetiva* (esta pelas modalidades de *culpa presumida* e de responsabilidade *sem culpa*), ambas exigindo o *nexo causal*, há, ainda e *semprejuízo* delas, uma *terceira* categoria jurídica, para proteção da pessoa humana, que se pode denominar *Responsabilidade pelo Risco Social*³⁴, com *desprezo* do *nexo causal* entre o fato gerador e

³⁴ - A título de reparação ou amparo pelo critério do *Risco Social*, Wilson Melo da Silva preconiza o abandono do sistema de indenização com base na apuração da *culpa*, para adoção de um sistema de *seguro social geral* para solução dos conflitos sociais extracontratuais, arrematando, dentre outras conclusões: “10º - A socialização dos riscos, pois, oferece perspectivas promissoras. Não leva ao cerceamento da livre atividade e da iniciativa de ninguém, criando para a vítima, possibilidade de uma indenização sempre garantida”. In *Responsabilidade Sem Culpa*, 2ª ed. Saraiva:SP, 1974, p. 203.

o dano resultado. Esse *amparo social* (e não reposição) previsto em lei, a cargo do Estado (ou por delegação), destina-se à proteção dos incapazes, dos hipossuficientes³⁵, assim como dos capazes, mas carentes, vítimas de lesão pessoal por ato ilícito (com ou sem possibilidade de identificação do agente causador), nos termos do art. 245 da CF/88. Nesses casos, dentre outros, o que impera é o princípio da *solidariedade social*, custeado por toda a sociedade ou parte dela, a exemplo da *proteção à infância* desvalida, ao *doente incapaz*, ao *acidentado no trabalho* (ainda que decorrente de ato volitivo do próprio obreiro)³⁶, ao *acidentado no trânsito* (mesmo por culpa própria na condução de seu veículo), do *amparo à velhice* (mesmo que o beneficiário nunca tenha trabalhado ou contribuído em qualquer oportunidade para sistema de previdência social), do *seguro desemprego* (mesmo que o obreiro tenha provocado ou pedido demissão), da indenização à vítima de *dano nuclear* (mesmo com culpa própria), etc. Em todas essas hipóteses o *amparo* ou a *reposição* tarifados (princípio da limitação) são feitos com recursos *vinculados*: SUS, INSS, Seguro contra Acidente no Trabalho, Seguro contra Acidente no Trânsito, etc, e devidamente regulamentados com vistas aos limites materiais, requisitos e forma de pagamento. O amparo legal decorre, dentre outros, dos arts. 1º-III, 3º-I, 4º-X, 196 a 204, 230 e 245, todos da CF/88; Leis nºs 7.998/90, 8.019/90, 8.213/91, 8.287/91, 8.900/94, 6.194/74 e 8.441/92. No tocante aos *danos nucleares* (art. 21, Inciso XXIII, letra “c”, da CF/88; Lei nº 6.453/77 e Lei nº 10.308/01), tanto poderá ocorrer indenização à vítima, com fundamento em responsabilidade *objetiva*, pela modalidade de *irrelevância de culpa*, em razão da exploração da atividade e das pessoas envolvidas, como, também, *amparo social* à população vítima, mas estranha à atividade, com base no *Risco Social*.

9 RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SUBJETIVA DO ESTADO

A responsabilidade civil do Estado, como forma de proteger a pessoa humana, é progressiva, em espiral evolutiva e infinita, em razão tanto da concentração urbana crescente e seus naturais conflitos, como por decorrência do uso indevido da tecnologia destrutiva. Por isso, os contornos e limites legais são alargados na medida em que a sociedade progride e exige novas concepções da Ciência do Direito para proteção do administrado, como por exemplo na área da *saúde*, cujas atividades envolvem, necessariamente, atuação preventiva e tutelar do *Estado Social*. Para melhor compreensão dos critérios de *reparação* por parte do Estado – objetivo destas resumidas anotações – faz-se necessário uma apertada síntese^{37, 38, 39, 40}.

O *Estado* (nas esferas Municipal, Estadual e Federal), como ente abstrato, mas de atuação concreta (Governo) por meio de seus *agentes* ou por *delegação*, é responsável pelos

³⁵ - Por exemplo, no Estado do Rio Grande do Sul vigora a Lei Estadual nº 9.908/93, prevendo a concessão gratuita de medicamentos para pessoas carentes. Ordenado o cumprimento da previsão legal pela Justiça Gaúcha e levada a questão ao STF (RE 256.327-7-RS, Rel. Min. Moreira Alves), ao fundamento de inconstitucionalidade e de falta de previsão orçamentária, a 1ª Turma, unânime, não os reconheceu. RT 809/185.

³⁶ - Sergio Cavalieri Filho, com a sua lucidez e os nossos aplausos, no item nº 41.3, intitulado *acidente do trabalho*, aprimorando as lições das edições anteriores, esclarece que a indenização acidentária é *tarifada*, sendo devida mesmo nos casos de culpa exclusiva da própria vítima, e, que a indenização *complementar*, com sustento no inciso XXVII do art. 7º da CF/88, pende de prova da *culpa* ou *dolo* do empregador. In *Programa de Responsabilidade Civil*, 3ª ed. Malheiros:SP, p. 173-174. Essas mesmas lições encontram-se ampliadas na 4ª edição, 2003, item 25.2, p. 151-152.

³⁷ - Para aprofundamento do tema recomenda-se, sem prejuízo de outras obras similares, consulta ao *tratado* elaborado com precisão e farta referência de pesquisa, pelo Professor e Magistrado Paulista Wilson Rodrigues Alves, intitulado “Responsabilidade Civil do Estado”, em dois tomos, Edição Bookseller; Campinas-SP, 2001.

³⁸ - Idem, Rui Stoco, in “Tratado de Responsabilidade Civil”, p. 745-931, Editora RI, SP, 2001.

³⁹ - Idem, Des. Carlos Roberto Gonçalves, in “Responsabilidade Civil”, p. 170-231, Editora Saraiva, SP, 7ª edição, 2002.

⁴⁰ - Idem, ibidem, Fluminense, Des. Sergio Cavalieri Filho, in “Programa de Responsabilidade Civil”, p. 181-216, 3ª Edição Malheiros, SP, 2002. E, ampliadas na 4ª edição, 2003, p. 234-268.

danos *causados* ^{41, 42} aos administrados em razão do exercício do cargo⁴³, por *ação* e por *omissão*, direta ou indiretamente.

No Brasil, a regra base da Administração Pública está prevista no art. 37 da CF/88, impondo observância, concomitantemente, dos princípios da *legalidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade* e da *eficiência*. A todos esses princípios ainda se aplicam o da *igualdade jurídica* e os demais compreendidos como *fundamentais* em nossa Constituição. Essas regras se aplicam a todos os *Poderes* do Estado: *Executivo*, *Legislativo* e *Judiciário*⁴⁴.

Para atuação concreta da Administração Pública, doutrinariamente, o Estado pratica *Atos de Império* (discricionariedade motivada e proporcionalmente adequada aos seus fins) e *Atos de Administração* (gerenciamento similar à empresa *privada*, exceto no tocante ao lucro). Ambos, atrelados aos princípios gerais da *necessidade*, da *oportunidade* e da *possibilidade* e, por fim, segundo as regras da Constituição – *devido processo legal*. Exemplo típico é a desapropriação exercitada pelo Poder Público: quando *decide* desapropriar, exercendo o poder discricionário motivado e adequado ao fim colimado (interesse público) e cumprido o devido processo legal, pratica *ato de império*; e quando *executa* a desapropriação, desapoosando o expropriado e adquirindo o imóvel para si, pratica *ato de administração*.

Em princípio, os *Atos de Império*, quando exercitados com rigoroso cumprimento dos *requisitos constitucionais*, ainda que prejudiciais ou contrários aos interesses individuais de pessoas ou de grupos, não geram dever de indenizar. Por exemplo, quando *legisla*, quando exerce *Poder de Polícia*, quando *planeja* orçamento, quando estabelece *política econômica/financeira*, quando *assenta* conflito judicial, etc. Como regra, o *Estado* não responde pelas elaborações legislativas, pelos reflexos de sua política na economia, nem pelas decisões judiciais, se exercitadas, todas, na *forma da lei*. Presume-se que esteja agindo em benefício da coletividade, em relação à geração atual e/ou futura. Se não for observada a *forma da lei* (por exemplo, quando o Poder Público desiste de executar a desapropriação decretada, por constatar atropelo, ausência de fundamento e inadequação do inicial *ato de império*), pelos eventuais danos ao administrado responderá o Tesouro Público da União, do Estado ou do Município, ou seja, a reposição será feita pelo Tesouro do Poder *Executivo* respectivo, já que a este (*Poder Executivo*) pertence o monopólio do programar recursos financeiros (Orçamento) e do “arrecadar”. A *autonomia* administrativa e *financeira* dos Poderes *Legislativo* e *Judiciário* estabelecida na CF/88 não mudou esse sistema.

Nas disposições das garantias individuais está expresso o dever de indenizar por parte do *Estado*, em caso de *erro judiciário* (art. 5º, LXXV, CF/88). Evidentemente que “erro judiciário” não significa decisão *injusta*. Mas sim aquela proferida em *desconformidade* às normas legais essenciais, causando, indevidamente, dano ao jurisdicionado. Ou seja, dano

⁴¹ - Assim é a decisão unânime da Câm. Cível do TJRO, Apel. Cível 97.000365-0, Rel. Des. Eliseu Fernandes, RT 748, p. 385-388, com a Ementa: “O fato de o servidor público estadual, médico, encontrar-se atendendo em posto de saúde municipal, porém a serviço da administração estadual, determina a responsabilidade desta por danos decorrentes de ato omissivo do servidor, causado a terceiro”.

⁴² - Nesse sentido é o artigo de Christine Santine Muriel, RT 706, p. 30-35, com a conclusão, dentre outras: “...d) o Estado é objetivamente responsável pelos danos causados por atos dolosos ou culposos cometidos por seus servidores;”.

⁴³ - Extraí-se do acórdão proferido pela 9ª Câm. de Direito Público do TJSP, Rel. Dês. Geraldo Lucena, na Apel. Cível 130.976-5/5-00, julgando improcedente a indenizatória: “A CF/88, em seu artigo 37, § 6º, estabelece a responsabilidade objetiva do Estado somente quando seus agentes agirem nessa qualidade”. RT 819/197.

⁴⁴ - José Guilherme de Souza, ilustre Magistrado Catarinense, no substancioso e erudito artigo “*A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Atividade Judiciária*”, com esteio em princípios publicísticos, atrela o dever de indenizar, em caso de dano por atividade jurisdicional e não jurisdicional, à ocorrência de serviço defeituoso, com desprezo à pesquisa de culpa. RT 652, p. 29-49.

derivado de *culpa* do agente público judiciário⁴⁵. Por extensão, o mesmo princípio há de ser aplicado aos casos de “erro legislativo”³⁴⁶, em relação ao administrado.

Já os danos sofridos pelos administrados por decorrência de *Atos de Administração* praticados pelo Poder Público recebem o mesmo tratamento de *responsabilidade* civil aplicável às empresas privadas. Podem ser, desta forma, analisados e decididos pelo ângulo da *responsabilidade objetiva* e também pelo ângulo da *responsabilidade subjetiva*.⁴⁷ A ambas se aplicam as exceções legais de exclusão da *responsabilidade*, mormente se o dano decorrer de *caso fortuito* ou de *força maior*.^{48, 49}

Como regra geral, a *responsabilidade* do Estado é *objetiva*^{50, 51}, pela modalidade *relativa*, ou seja, por *presunção de culpa*^{52, 53}. Como exceção, será *absoluta* (com irrelevância de apuração de culpa), nas situações previstas em lei, expressamente.

Será, entretanto, de *responsabilidade subjetiva* quando o dano ao administrado for decorrente de fatos normais, absolutamente similares aos da vida privada (exceto lucro, repita-se). Por exemplo, quando ambulância pertencente a Hospital Público, conduzida sem

⁴⁵ - Neste sentido, com assento nas lições de Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª Malheiros), é a decisão unânime da 8ª Câm. de Direito Público do TJSP, na Ap. Cível 063.208-5/9-00, com a ementa: “A *absolvição do réu em processo criminal, por negativa de autoria, não torna a prisão cautelar realizada em flagrante e mantida antes da sentença absolutória, fruto de excesso ou de erro judiciário, de molde a impor ao Estado o dever de indenização, pois, tratando-se de atos judiciais, a responsabilidade da Administração não é objetiva, mas dependente da culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva*”. RT 784, p. 220-222.

⁴⁶ - Júlio César dos Santos Esteves, na erudita obra *Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo*, Edição Del Rey, BH, 2003, apregoa *responsabilidade* do Estado em caso de dano oriundo de ofensa aos princípios constitucionais.

⁴⁷ - O STF, no RE nº 113.587-SP, em 18.02.1992, Rel. Min. Carlos Velloso, após farta referência doutrinária, registrou que “A *responsabilidade* civil do Estado, objetiva, com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa do particular para o fim de abrandar ou mesmo excluir a *responsabilidade* estatal”. RTJ 140, p. 636-642.

⁴⁸ - Escreve Vilson Rodrigues Alves: “O fato de a *responsabilidade* civil das pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos ser, segundo a Constituição de 1988, art. 37, § 6º, objetiva não é óbice a que se dêem causas que a pré-excluem. Ou que pré-diminuam o *quantum debeatur*”. Prosseguindo, após registrar, além do caso fortuito e da força maior, a legítima defesa, o exercício regular de um direito e a remoção de perigo iminente como formas de exclusão da *responsabilidade* Estatal, desde que presentes a *imprevisibilidade* e, em especial, a *inafastabilidade*, aremata: “...Assim, ocorrido o caso fortuito ou o de força maior, as pessoas jurídicas de direito público e pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos referidas na Constituição de 1988, art. 37, § 6º, 1ª parte, não respondem para com os danos verificados à esfera jurídica do lesado.”. In *Responsabilidade Civil do Estado*, p. 137-140.

⁴⁹ - Escreve Carlos Cezar Barbosa: “Num apanhado dos apontamentos da doutrina estrangeira e nacional, encontrar-se-á no rol de excludentes da *responsabilidade* do Estado a força maior, o caso fortuito, o estado de necessidade e a culpa da exclusiva da vítima ou de terceiro”. “(omissis)....a *responsabilidade* do Estado será excluída sempre que não ficar caracterizado o nexo causal entre o dano e o serviço público, podendo-se cogitar de atenuação da *responsabilidade* quando o serviço não for a causa única”. In *Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino*. Editora Forense Universitária, RJ, 2004, p. 55.

⁵⁰ - Nesse sentido é a decisão da 2ª Turma do TRF da 2ª Região, unânime, na Apel. 97-02.17297-7, em 08.09.1999, Rel. Des. Paulo Espírito Santo, com a Ementa: “Conforme dispõe o art. 37, § 6º, da CF, a *responsabilidade* civil do Estado é de natureza objetiva. Assim, demonstrado o nexo causal entre a lesão, erro médico ocorrido em uma operação de apêndice em hospital público, que deixou a vítima menor tetraplégica, surda e muda, e o ato do agente público, a União Federal responde pela pensão mensal à vítima e deve reparar, ainda, o dano moral na forma prevista no art. 1.538 do CC”. RT 775, p. 402-406.

⁵¹ - Nesse sentido, envolvendo erro médico: Apel. Cível nº 101.982/7, 3ª Câm. Cível do TJMG, Rel. Des. Aloysio Nogueira, Diário do Judiciário de MG, de 19.12.98, pág. 1, com a Ementa: “Na apuração da *responsabilidade* objetiva o que se indaga é o nexo de causalidade entre a ação ou omissão do Estado e o evento danoso. A obrigação de indenizar do Estado decorre, pois, de comprovação do nexo causal entre o ato lesivo e o dano, devendo o lesado provar apenas que sofreu o dano em razão de um ato praticado (ou não praticado) pelo servidor público. Ao Estado, para excluir sua *responsabilidade* objetiva, cabe demonstrar que a culpa foi da vítima, que o lesado deu causa ao evento danoso”. - Jurisprudência Mineira, Vol. 145, p. 91-96.

⁵² - Assim decidiu a 8ª Câmara Cível do 1º TACível de SP, Ap. 460.377-2, Rel. Raphael Salvador, com a ementa: “A teoria do risco administrativo não leva à *responsabilidade* objetiva integral do Poder Público, para indenizar em todo e qualquer caso, mas sim dispensa a vítima da prova da culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, para que então fique ela total ou parcialmente livre da indenização”. RT 676, p. 121.

⁵³ - Como fundamento de julgar com base na constatação de *culpa*, ainda que utilizando nos julgados as expressões “*responsabilidade objetiva*”, ou “*culpa do serviço*”, ou “*risco administrativo*”, colhem-se: RT 522/77; RT 677/138; RT 731/384; RT 752/176; RT 752/319; RT 757/290; RT 811/261; RT 825/172; RT 825/252; RT 825/269; RT 827/245; RT 828/235; RT 829/396; RT 830/187; RT 831/189; RT 831/342.

passageiros e apenas para transporte do próprio motorista à sua residência, sofre capotamento com danos materiais no veículo e pessoais no próprio condutor. A *reposição* ao condutor será decidida pelos critérios de culpa *subjetiva (culpa provada)*, por exemplo, se o acidente decorreu de defeito do veículo por falta de manutenção e o condutor estava autorizado a utilizá-lo. Ou reposição aos cofres públicos, com ou sem quebra do contrato de trabalho (Celetista ou Estatutário), em caso de *culpa exclusiva* do condutor. Também será decidida com base na teoria da responsabilidade *subjetiva* se, nesta mesma circunstância, colidir com outro veículo, com danos materiais e pessoais em terceiros. Se, entretanto, a ambulância estiver transportando *doente*, em relação a este o conflito será decidido sob a óptica da responsabilidade *objetiva*, relativa, ou seja, pela modalidade de *culpa presumida*, contra o Estado e em favor do transportado. Em relação aos demais envolvidos (terceiros), o conflito será decidido com base na teoria da responsabilidade *subjetiva*, ou seja, mediante verificação de culpa (*culpa provada*), já que esta poderá ser do terceiro. Em sede de *culpa provada*, todas as exclusões de responsabilidade são admissíveis, a exemplo de caso fortuito, força maior, culpa exclusiva ou concorrente da vítima, etc⁵⁴.

Na área da saúde, a prestação de *serviços* por médico funcionário público ou equiparado é analisada pelo critério de responsabilidade *subjetiva (culpa provada)*, com fundamento no art. 14, § 4º, do CDC, e art. 951 do CC. Não faz sentido pensar que paciente atendido em hospital público possa ter tratamento jurídico diferente de paciente atendido em consultório particular. Ou que o médico funcionário público seja diferente do médico não funcionário. Em ambas as situações a definição da responsabilidade será feita mediante *verificação da culpa*.

Pelo prisma geral da responsabilidade civil do *Estado*, quando o dano decorre de fato *comissivo*, a responsabilidade será *objetiva*, pela modalidade de *culpa presumida* como regra geral, ou com *irrelevância* da apuração da *culpa* (também denominada responsabilidade *semculpa*) quando houver expressa previsão legal (exceção). Daí a dicção do art. 37, § 6º, da CF/88 (repetindo o art. 194 da CF/46, o art. 105 da CF/67 e o art. 107 da CF/69), estabelecendo que as pessoas jurídicas de direito público ou privado “*responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros*”. Isso importa previsão de conduta comissiva: *causar* (fazer). Essa mesma norma está contida no art. 43 do CC/2002 (repetindo a regra do art. 15 do CC/1916). Mas o dano também pode decorrer de conduta *omissiva*⁵⁵ do agente do *Estado*. Neste caso o princípio geral é o da responsabilidade *subjetiva*^{56, 57, 58}. Mas é preciso

⁵⁴ - Pela pertinência, remete-se o leitor às notas de rodapé números 3, 4, 5 e 6, no item denominado “Aspecto Geral e Fundamentos da Responsabilidade Civil”, destas anotações.

⁵⁵ - O Ministro do STF, Ilmar Galvão, Relator do RE nº 283.989-2, registrou: “É fora de dúvida que o dano pode ser causado não só por *ação* como também por *omissão* do agente, quando este descarta do seu dever de agir”. E fazendo remissão ao Min. Celso de Mello, no julgamento do RE nº 109.615, transcreve: “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão”. In RT 804, p. 167.

⁵⁶ - Neste sentido são as lições de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed. Malheiros-SP, 1993, p. 447-451, números 53-63, cujos fundamentos também estão na obra “*Elementos de Direito Administrativo*”, 3ª edição Malheiros, SP, 1992, p. 356, nº 95 e, também, no excelente artigo “*Responsabilidade extracontratual do Estado por comportamentos administrativos*”, cuja conclusão sob letra “i” diz: “No caso de dano por comportamento *omissivo*, a responsabilidade do Estado é *subjetiva*”, publicado na RT 522, p. 11-20.

⁵⁷ - Idem, de Inácio de Carvalho Neto, in “*Responsabilidade do Estado por Atos de seus Agentes*”, item 9.6, Editora Atlas, SP, 2000, p. 125.

distinguir omissão *genérica* de omissão *específica*^{59, 60, 61, 62}. Na primeira (omissão *genérica*), a responsabilidade será *subjetiva*, enquanto na segunda (omissão *específica*) será *objetiva, relativa* (presunção de culpa). Assim, em se tratando de omissão *genérica*, o conflito será decidido mediante *apuração da culpa*.^{63, 64} Evidentemente que, se a vítima não puder fazer prova da culpa do agente público, diante das dificuldades pelas circunstâncias de fato, ao

⁵⁸ - Elucidativa é a decisão da 4ª Câm. Cível do TJRJ, na Apel. 21.710/2001, em 09.04.2002, Rel. Des. Jair Pontes de Almeida, com a ementa: “Não há como responsabilizar o Estado pela morte de menor atingido por projétil de arma de fogo disparado em comemoração promovida por delinquentes, uma vez que não há como atribuir ao ente estatal a condição de segurador universal e se este não incorreu em qualquer omissão no cumprimento de seus deveres constitucionais”. Colhe-se do erudito voto do relator: “Ninguém desconhece que a prevenção e repressão ao crime, a polícia preventiva e judiciária, são atribuições do Estado. A ele cabe zelar pelo bem-estar da comunidade. O poder de polícia do Estado define-se pelo fim que tem em mira, e que é o de assegurar a tranquilidade (ausência de riscos de desordem), a segurança (ausência de riscos de acidentes) ou a salubridade pública (ausência de riscos de moléstias), conforme Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, 3ª ed. 1963, p. 539. Se não cumpre esse mister quando devia e podia, terá ocorrido falha do serviço. Após registro das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de aclarar que a conduta *omissiva* genérica do Estado pende de comprovação de *culpa*, para sua responsabilização, arremata mantendo a bem lançada sentença monocrática da juíza Maria Paula Gouvêa Galharado, que afastou a responsabilidade do Estado, no caso. RT 809, p. 338-341.

⁵⁹ - Guilherme Couto de Castro, na monografia “*A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*”, Edição Forense, 1997, p. 37, com os merecidos aplausos de Sergio Cavalieri Filho (*Programa*, 4ª edição Malheiros, item 74.5, p. 247) acentua a necessidade de distinção entre omissão *genérica* (descaso, ineficiência ou impossibilidade fática em relação às funções programáticas do Estado) e *específica* (falta ao dever individualizado de agir) para os respectivos tratamentos jurídicos de responsabilidade *subjetiva* e *objetiva*. Os exemplos citados por Cavalieri são elucidativos: “Se um motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve seu veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado”.

⁶⁰ - Exemplo típico de omissão *específica* de concessionária de serviço público, ainda que sem utilização dessas expressões, é o julgado unânime da 7ª Câm. do 1º TACivSP, Ap. 853.357-7, Rel. Juiz Ariovaldo Santini Teodoro, com a ementa: “Restando comprovado o nexo causal entre o dano causado e o comportamento omissivo da concessionária de serviço público, que não constatou previamente o perigo surgido em razão do crescimento da ramagem das árvores, que forçando a rede provocou curto circuito danificando aparelhos eletrodomésticos do consumidor, será cabível a indenização por danos materiais em razão da responsabilidade objetiva, prevista no art. 37, § 6º, da CF”. Do substancioso voto condutor, enriquecido com as lições de Hely Lopes Meirelles e de Aguiar Dias, destacam-se o registro da omissão da ré e da *impossibilidade* do usuário se defender, nos termos: “...Essa queda deveu-se à omissão da concessionária, que não constatou previamente a situação de perigo que surgiu em razão do crescimento da ramagem das árvores e tampouco interrompeu tempestivamente o fornecimento de energia elétrica na rede, para evitar o curto circuito. Estava obrigada a fazê-lo, devendo para tanto manter adequada vigilância sobre o estado de conservação do material”. “(omissão) Quedas de árvores e de sua ramagens não são fatos imprevisíveis. Ao particular é absurdo pretender transferir os riscos que a concessionária assumiu, ao preferir estender e manter fios de eletricidade em meio à galharada”. RT 806, p. 203-205.

⁶¹ - Idem, unânime e também sem utilização da expressão *omissão específica*, é o julgado proferido pela 9ª Câm. de Férias de Julho de 2001, do 1º TACivSP, Ap. 977.273-0, assentado nas lições de Rui Stoco, Rel. Juiz Armando Freire Marmora, relativo a mau funcionamento de semáforo em cruzamento urbano, com a ementa: “De acordo com o disposto no art. 1º, §§ 2º e 3º, da Lei 9.503/97, os órgãos de trânsito passaram a ter responsabilidade objetiva pelo danos causados aos administrados pela ausência, falha ou o funcionamento defeituoso do serviço, em face da adoção da teoria do risco administrativo integral. Assim, se constatado que o acidente de trânsito ocorreu em razão de defeito em semáforo existente em cruzamento de ruas, é dever do Estado reparar o dano causado ao condutor do veículo envolvido no sinistro”. RT 797, p. 276-277.

⁶² - A distinção entre responsabilidade do Estado por omissão *genérica* ou *específica* não é nova. PEDRO LESSA (*Do Poder Judiciário*, editora Francisco Alves, pág. 170), como bem registra o Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do RE nº 283.989-2-PR (Rel. Min. Ilmar Galvão), já lecionava e decidia em 1915 que a responsabilidade civil do Estado, por omissão, se dá quando há vínculo direto e determinante do dano. Para ilustrar, (sem, contudo, utilizar as expressões omissão *genérica* ou *específica*), este saudoso Ministro da primeira República cita o caso de mal ou dano à vítima anunciado com antecedência e credulidade e, não obstante o conhecimento desse anúncio, o Poder Público deixa de cumprir o *dever de agir* a tempo de *evitar* o mal ou dano anunciado previamente. RT 804, p. 170-171.

⁶³ - Elucidativa, a respeito (sem, entretanto, qualquer menção à distinção entre omissão *genérica* e *específica*), é a decisão proferida pela 2ª Turma do STF, Rel. Min. Carlos Velloso, RE 179.147-1-SP, DJU 27.02.1998, p. 18, com a ementa: “Tratando-se de ato *omissivo* do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é *subjetiva*, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma *genérica*, a *faute du service* dos franceses”. RT 753/156.

⁶⁴ - Idem, pela 5ª Câmara Cível do TJSJ, Rel. Jorge Tannus, com a ementa: “Improcede a ação de indenização contra o Município por ato ilícito se não demonstrada a culpa da administração por negligência, imprudência ou imperícia, sendo inaplicáveis à espécie a teoria do risco ou a teoria da culpa objetiva por falta de serviço respectivo, se de serviço não se cogita”. RT 589, p. 72.

Estado poderá ser atribuído o ônus de provar a *ausência de culpa*⁶⁵, ou seja, que agiu dentro das normas legais e que o dano não resultou de fato evitável mediante providência administrativa regular. Para esse procedimento processual não é necessário que a relação seja de *consumo* (individual ou coletivo, a ensejar inversão do ônus da prova). O respaldo à decisão do juiz exsurgirá da necessidade da efetividade da prestação jurisdicional, com fundamento no art. 130 do CPC⁶⁶, principalmente nos casos de danos decorrentes de fenômenos da natureza (enchentes, raio, deslizamento de terra, escassez de água potável, de energia elétrica, etc). Ou quando o Poder Público autoriza, via expedição de alvará, o exercício de atividade perigosa, sem o preenchimento dos requisitos de segurança. Em quaisquer dos casos, se restar provado que o Poder Público foi *omisso* nas cautelas, deixando de agir preventivamente e com eficiência ou de fiscalizar onde podia e devia fazê-lo, dele será a responsabilidade na exata proporção da extensão do dano não evitado. O mesmo se aplica em relação à *Segurança Pública, Saúde e Educação*. Mas se o dano ocorreu porque ultrapassou as medidas normais, regulares e possíveis de prevenção e cautela, nenhuma indenização será devida, fiel ao princípio de que a *impossibilidade* de cumprimento da obrigação é igual à obrigação nenhuma. O conceito de *impossibilidade*, na Administração Pública, traz ínsito o da *proporcionalidade* (não se pode atender um setor público em detrimento integral de outro), da *impessoalidade* (indistinação do administrado), da *igualdade* (jurídica) e da *operacionalidade* (possibilidade prática material). Uma coisa é a previsão legal abstrata e teórica de proteção ao administrado, e outra, muito diferente, é o da possibilidade factível, concreta⁶⁷.

Se não forem observados esses critérios, por exemplo e por absurdo, o *doente mental* por completo, ou o *tetraplégico* de nascença ou por decorrência de “bala perdida”, ou o *surdo e mudo*, ou o *alcoólatra* ou *dependente* de substâncias entorpecentes, assim como quaisquer outras pessoas sem saúde, sem equilíbrio psíquico e sem educação formal escolar, poderão ingressar com ação indenizatória contra o *Estado*, pedindo pagamento mensal idêntico aos salários e gratificações devidas ao *Presidente da República* ou *Ministro de Estado*, ao fundamento de que *Saúde, Segurança e Educação* são *direitos* fundamentais dos cidadãos e *deveres* do Estado. E que, por isso, no cumprimento desses deveres, se o Estado tivesse *agido* com eficiência *médica* preventiva ao momento da *gestação* (com intervenção genética no *pré-embrião* e seqüente *seleção* da espécie) teria evitado o nascimento sem saúde. Na seqüência, se tivesse ofertado à mesma criança (nascida sem

⁶⁵ - Nesse sentido, ainda que sem remissão ao “ônus da prova por parte do Estado”, é o Acórdão proferido pela 5ª Câm.Cível do TJMG, Ap. Cível nº 146.353/8-BH, Rel. Des. *Hugo Bengtsson*, publicado no Diário do Judiciário de Minas Gerais de 19.11.99, cademo II, p. 1, com a Ementa: “Nos termos do § 6º do art. 37 da CF, aplicável a teoria do risco administrativo ante a ausência de prova de culpa da parte, bem como de evento tipificador de força maior, devendo-se reconhecer e proclamar a responsabilidade civil objetiva da Administração, ante o nexo causal entre o acidente de trânsito e a falta de serviço na conservação da estrada”.

⁶⁶ - Colhe-se do STJ: “Diante do cada vez maior sentido publicista que se tem atribuído ao processo contemporâneo, o juiz deixou de ser mero espectador inerte da batalha judicial, passando a assumir uma posição ativa que lhe permite, dentre outras prerrogativas, determinar a produção de provas, desde que o faça, é certo, com imparcialidade e resguardando o princípio do contraditório. Tem o julgador iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de Estado), ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sociocultural entre as partes”. RESP. 43.476-MG, 4ª Turma. Rel. Min. *Sálvio de Figueiredo Teixeira*. J. em 12.12.1995. DJU 18.03.1996. RT 729/155.

⁶⁷ - Escreve *Miguel Reale*: “... A validade de um preceito não decorre do fato de ter sido emanado de um órgão competente, nem tampouco do assentimento dado ao seu conteúdo, mas resulta de um complexo de motivos, e, em última análise, de sua correspondência racional com o *valor-fim* do Direito em função de condições objetivas de ordem cultural. Não se trata, pois, de dizer, pura e simplesmente, que o Direito vale *in concreto* porque a norma pode ser deduzida logicamente de dois ou três preceitos postos como expressão do justo *in abstracto*. Esse dedutivismo é de todo condenável e com facilidade nos faria perder de vista a realidade social”. ... (omissis) ... “...A vida social apresenta uma incessante renovação de valores explicando a incessante renovação da ordem jurídica positiva”. In *Fundamentos do Direito*, 2ª edição Revista dos Tribunais, SP, 1972, p. 316-317.

doenças e sem deficiências) a devida e eficiente *educação*, ela teria tido exemplar formação escolar, culminando no curso universitário especializado, inclusive com prática de liderança social (atuação política), da qual decorreria sua indicação partidária à disputa de cargos eletivos e, por fim, vitória nas disputas eleitorais, assumindo e exercendo, finalmente, o cargo de Presidente da República e ou de Ministro de Estado! Portanto, em conclusão dessas conjecturas, como o *doente mental* e *outros* deficientes (ou portadores de necessidades especiais) não são *Presidente da República* nem *Ministro de Estado*, a todos eles seria devido o pagamento mensal, integral, em valor equivalente ao que é pago aos ocupantes desses cargos !

Para arremate, não há que se confundir *reparação* (reposição) com *amparo* social (solidariedade), como já visto no item próprio, anterior, destas anotações. É oportuno lembrar que o “Estado” somos todos nós. Jamais, patrimônio de ninguém (*res nullius*). Por isso, as regras de Administração Pública são, necessariamente, específicas e rigorosas. O Administrador Público não é “dono” do dinheiro público. A origem e o emprego das receitas obedecem a regras⁶⁸ que não podem ser olvidadas, sob pena de responsabilização *pessoal* do administrador público (civil, criminal e política), como, também, o descalabro das finanças públicas e, por fim, ruína do próprio *Estado*⁶⁹. Como é sabido, os recursos financeiros não são oriundos da “Casa da Moeda”, onde “papel” e “tinta” seriam solução para eventual escassez. Mas, sim, são preestabelecidos e arrecadados da geração e circulação de riquezas movimentadas pela classe produtiva da sociedade, em dinâmica progressiva.

10 CONCLUSÃO:

a) – A responsabilidade civil *subjéctiva* é regra geral universal, assentada em fundamento ético: *prêmio* (pela boa conduta) e *castigo* (pela má conduta). Esse enfoque é imprescindível para o convívio social harmonioso *possível* e para a continuidade do progresso material da humanidade.

b) – Em sede de responsabilidade civil *subjéctiva*, pelo ângulo processual, cumpre ao autor da demanda fazer prova da *culpa* do réu (princípio da culpa provada), mas nada impede a *inversão do ônus da prova*, cumpridos os requisitos próprios.

c) – A responsabilidade civil *objectiva* é exceção, assentada no princípio da *solidariedade* social, e tem aplicação quando houver previsão legal ou situação de dificuldade ou de impossibilidade de defesa por parte da vítima. Enquanto a responsabilidade *subjéctiva* se preocupa com a conduta *ética* do agente, a *objectiva* se preocupa com o socorro à vítima.

d) – A responsabilidade civil *objectiva* se classifica, doutrinariamente, em *absoluta* e *relativa* (ou *mitigada*). Na *absoluta*, também denominada “sem culpa” ou de “risco integral”,

⁶⁸ - As *receitas* (estimativas orçamentárias) são preestabelecidas e arrecadas segundo as regras Tributárias. As *despesas* (fixadas) além da adequação à destinação prevista no orçamento devem seguir as regras da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101, de 04.05.2000).

⁶⁹ - Com propriedade e acerto, a respeito dos fundamentos da Responsabilidade Civil do Estado, escreve Alexandre Santos de Aragão: “...a responsabilidade do Estado no direito brasileiro é uma das que mais confere direitos aos administrados que sofrem danos patrimoniais ou morais, encontrando paralelo em poucos outros países. Para alguns, esta superproteção pode ser vista como um avanço do direito brasileiro em relação ao de outros países, mas outros podem vê-la como, na verdade, um nível de preocupação não muito elevado com o erário da coletividade, como uma emanção da consciência brasileira de ver o Estado menos como uma *res publica* e mais como uma *res nullius*.” (p. 73). E, com remissão à doutrina de Domenico Sorace, arremata: “... a idéia da igualdade na repartição dos encargos sociais como o seu único fundamento leva a uma expansão inadvertida dos permissivos da responsabilização estatal, quando as diversas circunstâncias aptas a fazer esta eclodir demandam maiores cautelas e sutilezas, fazendo com que o que poderia representar um avanço da cidadania, cada vez mais garantida em face do Estado, constitua na verdade uma demonstração cultural do pouco zelo da sociedade brasileira com o espaço público. Isto faz com que a responsabilidade da Administração Pública possa vir a ser injustificadamente ampliada, já que a sociedade muitas vezes pode não ter a exata dimensão da imputação do ônus financeiro correspondente, o que também vem acontecendo com o aumento dos custos dos serviços prestados por profissionais sujeitos legal ou jurisprudencialmente a fortes obrigações indenizatórias”. RT 824/72.

a pesquisa de culpa é *irrelevante*. Nesta, cumpre ao réu provar a *inexistência* denexo causal. A *relativa* se caracteriza por *presunção de culpa*, cabendo ao réu fazer prova da *ausência* de culpa.

e) – A responsabilidade *criminal* (atendidos os princípios da anterioridade da lei e da tipicidade – ambos destinados à segurança da liberdade individual – e, ainda, o da imputabilidade) é assentada em fundamento ético: *proibição* de má conduta e, também, *dever de boa conduta* (conduta solidária *ativa*). A pena é aplicável se o agente infringir esses deveres, livre e conscientemente. Ao aplicar a *pena*, a finalidade sociológica principal é *proteger* a sociedade e evitar vingança pela vítima. Ao depois, e se possível, recuperar o agente. Ao lado disso, deve o Estado desenvolver, manter e adotar eficientes *políticas* públicas de *prevenção* geral contra a criminalidade, como, por exemplo, ocupação sadia do tempo do *menor de idade* (via escolas, esportes, trabalho, etc), para evitar que este seja atraído para a senda do crime.

f) – A *condenação* criminal importa título exequível *ilíquido* no juízo cível. Neste, o réu poderá fazer prova de eventual *culpa concorrente*, para reduzir a indenização. Em caso de *absolvição* (excluídas as hipóteses dos arts. 65, 66 e 386, inciso I, do CPP), a vítima não ficará impedida de exigir indenização, desde que prove a *culpa* do réu.

g) – A responsabilidade civil no CDC é *objetiva*, como regra geral, ao fundamento de vulnerabilidade do consumidor. Não obstante a utilização da expressão “*independentemente da existência de culpa*” nos arts. 12 e 14, entendemos que se trata de responsabilidade objetiva *relativa*, ao fundamento de *culpa* presumida, porque são normas construídas sobre fundamento *ético*: “*defeito* do produto ou do serviço”; “*culpa* da própria *vítima*”; “*culpa* de *terceiro*”. Não se pode interpretar relação de *consumo* como se fosse contrato de *seguro*.

h) – A responsabilidade civil do Estado é *objetiva* quando *exerce* (pratica) Ato de Império ou de Administração. Como regra, será objetiva *relativa*, ao fundamento de má atuação de seu agente (presunção de culpa). Como exceção, será objetiva *absoluta*, quando houver previsão legal expressa (risco absoluto). A responsabilidade civil será *subjéti*va quando o Estado agir, através de seus agentes, de forma semelhante ao particular. Ex: condução de veículo no trânsito.

i) – No caso de *omissão genérica* do Estado, a responsabilidade civil será *subjéti*va, podendo ocorrer *inversão* do ônus da prova. E no caso de *omissão específica*, a responsabilidade será *objetiva relativa*, cumprindo ao Estado provar a *impossibilidade* de atendimento prévio ao administrado.

j) – Além da responsabilidade civil *subjéti*va e a *objetiva*, ambas decorrentes do *nexo causal* gerador do dano, toda pessoa humana tem direito à proteção Estatal, para sobrevivência material com um mínimo de dignidade, independentemente da existência denexo causal, ao fundamento de *amparo* pelo Risco Social. O *amparo* à pessoa humana (que não é *reposição*) decorre da lei e é tarifado (princípio da *limitação*, que, por sua vez, se subordina à possibilidade material), em cumprimento aos princípios da *solidariedade* e da *dignidade* da pessoa humana (dentre outros, art. 1º, III; 3º, I, da CF/88).

Uberaba, MG, março de 2005.

Jurandir Sebastião

ABSTRACT

This article is addressed to law students, lawyers and other law professionals: teachers, lawyers, judges, etc. It aims to examine, define and summarize the general classification of responsibility, specially the civil, its sociological reasons, legal cause and effects in the procedural plan.

Keywords: Subjective responsibility. Objective responsibility. Absolute objective. Relative objective. Full risk burden of proof.

REFERÊNCIAS:

- AGUIARDIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. 5ª ed. Forense: RJ, 1973.
- ALVIM, Agostinho. Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências. 4ª ed. Saraiva:SP, 1972.
- AMARANTE, Aparecida. Responsabilidade Civil por Dano à Honra. 2ª ed. Del Rey: Belo Horizonte, MG, 1994.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 4ª Ed. Malheiros, SP, 1993.
- BARBOSA, Carlos Cezar. Responsabilidade Civil do Estado e das Instituições Privadas nas Relações de Ensino. Editora Forense Universitária, RJ, 2004.
- BRUNINI, Weida Zancaner. Da Responsabilidade Extracontratual da Administração Pública. Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. Dano Moral. 2ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 1998.
- CARVALHO NETO, Inácio de. Responsabilidade do Estado por Atos de seus Agentes. Edição Atlas, São Paulo, 2000.
- CASILO, João. Dano à Pessoa e sua Indenização. 2ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 1994.
- CASTRO SAMPAIO, Rogério Marrone de. Direito Civil – Responsabilidade Civil. 2ª edição Atlas, São Paulo, 2002
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 3ª ed. Malheiros: SP. 2002. 4ª ed. Malheiros: SP, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Ed. Saraiva, SP, 1994.
- _____. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1º vol. Ed. Saraiva, SP, 2002.
- DURVAL, Hermano. Direito à Imagem. Ed. Saraiva: SP, 1988.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 7ª ed. Saraiva: SP, 2002.
- IVAN PRUX, Oscar. Responsabilidade Civil do Profissional Liberal no Código de Defesa do Consumidor. Ed. Del Rey: Belo Horizonte, MG, 1998.
- JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal – 1º vol. Edição Saraiva, SP, 2003.
- LIMA, Alvino. Culpa e Risco. 2ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 1998.
- LIMA MARQUES, Cláudia. Contratos no CDC. 4ª edição RT, São Paulo, 2002.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnoldo. Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão. 3ª ed. Forense: RJ, 1958.
- REALE, Miguel. Fundamentos do Direito. 2ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 1972.

- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio.** Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Ed. Saraiva: SP, 2000.
- RODRIGUES ALVES, Vilson.** Resp. Civil do Estado. Ed. Bookseller: Campinas-SP, 2001.
- SANTOS ESTEVES, Júlio César dos.** Responsabilidade Civil do Estado por Ato Legislativo. Editora Del Rey, Belo Horizonte, MG, 2003.
- SEBASTIÃO, Jurandir.** Responsabilidade Médica Civil, Criminal e Ética. 3ª edição Del Rey, Belo Horizonte, MG, 2003.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão.** Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. 2ª ed. Editora Método, SP: 2003.
- SILVA, Wilson Melo da.** Responsabilidade Sem Culpa. 2ª ed. Saraiva: SP, 1974.
- SILVA MARTINS, Ives Gandra, e Carlos Valder do Nascimento.** Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. Edição Saraiva, São Paulo, 2001.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário.** Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução. Ed. Forense: RJ, 2001.
- STOCO, Rui.** Tratado de Responsabilidade Civil. 5ª ed. Revista dos Tribunais: SP, 2001.
- TAVARES, Juarez.** Teoria do Injusto Penal. 3ª Edição Del Rey. BH, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo, e outros.** Problemas de Direito Civil – Constitucional. Edição Renovar; RJ, 2ª tiragem, 2001.
- VABRES, H. Donnedieu de.** A Justiça Penal de Hoje. Armênio Amado Editor. Coimbra, 1962.
- VENOSA, Sílvio de Salvo.** Contratos em espécie e responsabilidade civil. Edição Atlas, São Paulo, 2001.



A EXPRESSÃO “ATIVIDADE JURÍDICA” NA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 45/2004

Renato Franco de Almeida *

RESUMO

Propõe-se um significado para a expressão *atividade jurídica* baseado em duas concepções, adotando-se atividade interpretativa do direito como integridade.

Palavras-chave: Atividade jurídica. Concepções. Significado.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Emenda Constitucional n.º 45, publicada no D.O.U. de 31 de dezembro de 2004, sentiu-se (como ainda se pode sentir) a perplexidade da comunidade jurídica quanto a algumas novidades trazidas pela norma jurídica em referência, como sói acontecer quando surge um novo diploma normativo no ordenamento jurídico.

Assim, a chamada “Reforma do Judiciário” – que, não obstante o nome de “batismo”, atinge todas as funções essenciais à Justiça (Cap. IV, Tit. IV, da CR/88) – trouxe diversas modificações que, em princípio, servirão para agilizar a função jurisdicional do Estado, e não, como se pode vislumbrar *prima facie*, o Poder Judiciário, coisas radicalmente diversas, bem como dotar os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário de qualidades técnicas, intelectuais e pessoais, ao exigir frequência a curso oficial ou reconhecido como condição para o vitaliciamento na carreira e três anos de atividade jurídica para o respectivo ingresso.

Partindo-se, portanto, dessa premissa, o presente estudo se restringe a conceber algumas concepções (DWORKIN, 1999: 112 *et seq.*) – sem pretensões de exaurir o tema – para a expressão *atividade jurídica*, cujo exercício, em período mínimo, traduz-se em uma das condições constitucionais para ingresso nas carreiras do Ministério Público e da magistratura.

As concepções, que se tentará trazer a lume, partem do pressuposto de que os respectivos editais de concurso para ingresso nas mencionadas carreiras não poderão tratar o assunto casuisticamente, seja em razão da quase impossibilidade de que sejam previstas todas as hipóteses naquele instrumento seja no grande risco de se fazer injustiça com candidatos que, pegos de surpresa, terão seu desejo de ingressar nessas carreiras ceifados.

2 CONCEPÇÕES DE ATIVIDADE JURÍDICA

A expressão *atividade jurídica* vem assim redigida no art. 93, I, com a redação ofertada pela EC/45:

Art. 93 *omissis*

I – ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, **exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação;** (*g. n.*)

* Assessor Especial em Direito Constitucional e Administrativo do Procurador-Geral de Justiça, Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte, Especialista em Direito Público, Mestrando em Direito Político, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*, Professor de Pós-Graduação *lato sensu*, Professor Conferencista em Direito do Consumidor e Econômico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, refranco@uai.com.br / renatofranco@mp.mg.gov.br

Da leitura do dispositivo, infere-se que duas são as condições para o ingresso nas carreiras que especifica (no que se refere ao Ministério Público, tais condições são obrigatórias por força do artigo 129, § 4º da CR/88, com redação da EC/45): ser bacharel em direito, primeiramente e, posteriormente, ter três anos de atividade jurídica. Ausente quaisquer delas, o candidato não poderá ser nomeado para os cargos em referência, pois que são aglutinativas.

De grande controvérsia, supomos, é o preenchimento do significado da expressão *atividade jurídica*, sendo que aí radica o *punctum dolens*.

Forçoso reconhecer, de início, que a expressão agora consagrada constitucionalmente permite uma abrangência maior de significado do que a mera *prática forense*, sendo certo que esta se inclui naquela. Lado outro, não é possível, a nosso ver, reduzir a expressão sob comento ao significado de *atividade judiciária*, eis que aquela, da mesma forma, contém esta, não sendo lícito confundi-las por semelhança.

Desenganadamente, quis o legislador constituinte, ao utilizar expressão com tal largueza, abarcar atividades que não estão inseridas no conceito de advocacia, pois se assim não fosse, bastaria a expressão *prática forense* ou outra similar que, pelo uso comum, estaria preenchida de significado.

Sem embargo, mister deixar fixado, desde o início, o raciocínio que inspirará todos os desdobramentos sobre o significado da expressão sob comento.

Com efeito, pensamos que o exercício de *atividade jurídica* é privativo daquele que tenha habilitação profissional para tanto, ou seja, daquele que tenha concluído o bacharelado em Direito. Este é *conditio sine qua non* para o exercício de *atividade jurídica*. Isto porquanto o exercício da atividade necessita de pessoas que tenham conhecimento técnico específico, por se tratar de profissão e, não, de ofício.

Entretanto, tal regra possui uma exceção que radica no estágio em Direito, onde o estudante exerce, às escâncaras, atividade jurídica.

Tendo em vista tal premissa, necessário admitir que o período mínimo constitucionalmente exigido de atividade jurídica terá seu *dies a quo* no estágio em Direito realizado pelo respectivo estudante ou na impossibilidade jurídica de exercê-lo.

Dentro nessa linha de raciocínio, teremos a primeira *concepção* (positiva) do termo *atividade jurídica*: a prática forense daqueles candidatos que exercem a advocacia, sendo lícito considerar o período de estágio para perfazer o período constitucional mínimo.

Entretanto, vislumbra-se que tal concepção não é suficiente, uma vez que a expressão constitucional possui, como já afirmado, maior largueza.

De efeito, segue a segunda concepção (negativa) da expressão: incompatibilidade de advogar em razão do exercício de cargo ou função públicos em virtude de norma jurídica proibitiva.

Parece-nos, portanto, que as concepções ofertadas abarcam as hipóteses que poderão surgir no cotidiano dos concursos e satisfazem o intuito semântico do dispositivo. Isto porque, se o candidato exerce a advocacia, deverá provar no momento da posse, mediante certidões expedidas pelos respectivos cartórios judiciais ou outro meio exigido no edital do concurso, a *prática forense* por três anos, com o exercício anual em um número mínimo de processos que poderá ser previsto (o número mínimo) também no edital do concurso (concepção positiva de atividade jurídica).

Lado outro, ainda no momento da posse no cargo de Promotor de Justiça ou Juiz, o candidato deverá juntar cópia do termo de posse e exercício para o cargo ou função públicos que o incompatibilize com a advocacia, quando então a Comissão de Concurso para ingresso no Ministério Público ou magistratura avaliará a presença dos três anos de incompatibilidade

com aquela atividade (concepção negativa de atividade jurídica), sendo que o respectivo *dies a quo*, como afirmado, dar-se-á com o início do estágio em Direito ou com a impossibilidade de realizá-lo, em razão exatamente do exercício do cargo ou função públicos.

Isto porquanto a incompatibilidade, *v. g.*, com o exercício da advocacia, somente surgirá para aqueles servidores públicos que sejam bacharéis em Direito, pois, do contrário, não existirá tal impedimento, pelo simples fato de não ser permitida atividade advocatícia àquele que não tenha o bacharelado em Direito.

A outro giro, insta, ainda, anotar que a concepção negativa concebida somente existirá em razão do exercício de cargo ou função públicos que incompatibilize o candidato de exercer, concomitantemente, a advocacia. Dizemos isso em virtude de poder existir (e não raro existe) a hipótese na qual o candidato é bacharel, mas, pelo motivo de não ter prestado (ou não ter passado) o Exame da Ordem e, portanto, não ser advogado, ficou durante três anos sem exercer o *munus* advocatício. Tal impedimento não se deve a incompatibilidade existente entre exercício de cargo ou função públicos e a advocacia, mas à desídia do próprio candidato. Ademais, só o fato de ser bacharel em Direito não faz presumir *atividade* jurídica, como exige a Constituição, ao revés, presume-se uma flagrante *inatividade* em qualquer área por parte do candidato.

Trazemos à colação alguns exemplos que poderão justificar as concepções ofertadas.

De efeito, temos o primeiro caso de candidato que exerce a advocacia. Nenhum problema existirá para ele, desde que comprove o mínimo de três anos daquele exercício – podendo ser contados os respectivos anos de estágio em Direito –, segundo as formas previstas no edital do respectivo concurso, número de processos, certidões cartorárias, etc.

Outro caso: servidor administrativo de grau médio (somente é exigido escolaridade de 2º grau completo para a investidura no cargo), bacharel em Direito, que está impedido de advogar. Duas hipóteses se impõem: a primeira, é o caso de o servidor, no momento de sua investidura no cargo ou função, já ser bacharel em Direito. Nesta hipótese, os três anos de atividade jurídica serão contados da data do início de seu estágio em Direito, e, após a formatura, pelo exercício da advocacia até o momento da investidura no cargo. Registre-se que não há a exigência constitucional de que esse período de atividade jurídica seja ininterrupto, sendo possível, portanto, sua interrupção.

Se, no entanto, o servidor bacharelou-se já no exercício do cargo público, o período constitucional terá seu *dies a quo* no início do respectivo estágio ou da impossibilidade de exercê-lo em razão do cargo, independentemente dos anos de serviço público que possa ter anteriores ao bacharelado, pois que estes não poderão ser contados, uma vez que, segundo nossa concepção, repetimos, somente poderá exercer atividade jurídica a pessoa que tenha o bacharelado em Direito, exceção feita ao respectivo estágio, que será contado para os fins do período constitucional mínimo exigido.

Outro caso: servidor administrativo de grau médio, bacharel em Direito, cujo exercício **não** é incompatível com a advocacia. Deverá comprovar o interstício de três anos de prática forense (exercício de advocacia), na qual poderá ser acrescido o tempo do respectivo estágio, independentemente do exercício do cargo público, uma vez que, a princípio, não está incompatibilizado de exercê-la.

Mais um caso: acadêmico que ministra aulas, porém, não obstante ser advogado, não exerce a advocacia. Neste caso, entendemos que não poderá ingressar nas carreiras *sub examine*, pois que ausente uma das condições. Isto porque pensamos que o magistério superior não está abarcado pela expressão constitucional *atividade jurídica*, sendo, na realidade, *atividade acadêmica*. Suponhamos, para confirmar a tese, que uma pessoa seja

advogada (presume-se que tenha logrado êxito no Exame da Ordem) não militante e economista, lecionando, em curso de nível superior, qualquer disciplina desta ciência, qual seja, a Economia. Estará ela apta a ingressar no Ministério Público ou na magistratura por ser bacharelada em Direito e possuir três anos de magistério? Pensamos que não. A atividade de magistério aí considerada – como de resto qualquer outra, inclusive magistério em Direito – não é legalmente incompatível com o exercício da advocacia, podendo ser a pessoa considerada, concomitantemente, professora no curso de Economia e advogada militante. Portanto, em virtude exatamente de não possuir atividade jurídica, no mínimo exigido constitucionalmente, não poderá ingressar naquelas carreiras jurídicas.

Percebe-se que, compreendendo o âmbito de incidência da expressão *atividade jurídica*, quis ela acolher tão-somente as hipóteses em que determinado servidor público, justamente pelo exercício do cargo ou função públicos, fica impedido de exercer a advocacia em razão de lei proibitiva, uma vez que, como já mencionado, a expressão constitucional sob comento não se reduz ao exercício da advocacia.

3 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que devemos dar maior largueza possível à expressão *atividade jurídica*, prevista agora na Constituição, para abarcar toda pessoa que seja bacharel em Direito e tenha atividade cujo exercício seja incompatível com a advocacia, sob pena de ferirmos princípio constante na Constituição, qual seja, o do acesso ao serviço público (art. 37, I CR/88).

Março/2005

RESUMEN

Propone un significado para la expresión actividad jurídica basado en dos concepciones, adoptando-se actividad de interpretación del derecho como integridad.

Palabras-clave: Actividad jurídica. Concepciones. Significado.

REFERÊNCIA:

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. 513p.



DA IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA À AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO, NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Antonio Milton de Barros*

RESUMO

O tema enfocado refere-se à forma como o Código de Processo Penal encaminha as questões relativas ao princípio da correlação, especificamente nos institutos denominados *emendatio e mutatio libelli*, em que se registra afronta inequívoca ao sistema acusatório.

Palavras-chave: Imputação alternativa. *Emendatio libelli*. *Mutatio libelli*.

1 INTRODUÇÃO

Quando se discorre acerca do conteúdo da denúncia ou da queixa, aflora a questão da imputação alternativa, conquanto de forma superficial, pois, como informa Afranio Silva Jardim, não há estudos específicos a respeito do tema *imputação*, dentre os autores pátrios, com exceção de José Frederico Marques, que também nele não se aprofundou.¹

De fato, em geral pouco se vê na doutrina a esse respeito; normalmente se limita a afirmar que há posições pró e contra a admissão da alternatividade, esta última posição fundada no argumento de que a alternatividade não permite delimitar-se, claramente, o âmbito da acusação e, conseqüentemente, não propicia a devida amplitude de defesa.² Outros se limitam a admitir a imputação alternativa, sem maiores comentários.³ Mais recentemente, Fabio Ramazzini Bechara também defendeu o cabimento.⁴

As posições contrárias baseiam-se, notadamente, na Súmula n. 1 das Mesas de Processo Penal da Faculdade do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo, coordenadas pela Professora Ada Pellegrini Grinover, da qual consta a seguinte conclusão de juízes do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo: “*a acusação deve ser determinada, pois a proposta a ser demonstrada há de ser concreta. Não se deve admitir denúncia alternativa, principalmente quando haja incompatibilidade lógica entre os fatos imputados*”.

Todavia, também a acusação de via única poderá ser inválida, se padecer de algum defeito, inclusive o da indeterminação, e não der ensejo à efetividade dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV); em outras palavras, uma acusação pode ser direta, mas não determinada, ou conter vícios outros, de maneira a não oferecer plenas condições de defesa, enquanto que outra, embora de conteúdo alternativo, mas desde que certa, determinada e individualizada, pode não ofender os princípios e garantias processuais e constitucionais.

Inquestionável que a imputação deve conter perfeita e completa caracterização do fato delituoso, com a indicação bem clara do que se atribui ao acusado, uma vez que a sanção penal dependerá da qualificação jurídica dada ao mesmo fato, notadamente em face do caráter

* O autor é Promotor de Justiça aposentado, Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito de Franca, especialista em Processo Penal, pela Universidade de Salamanca-Espanha, e doutorando em Processo Penal pela PUC-SP.

¹ “A Imputação alternativa no Processo Penal”. In: *Direito Processual Penal*, p. 157.

² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p. 117. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 368.

³ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, p. 114 e MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*, p. 128.

⁴ *Denúncia Alternativa*. Disponível In: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 31.mai.2004.



genérico do pedido, na ação penal condenatória, como doutrinou Frederico Marques.⁵

2 IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA: CONCEITO E ESPÉCIES

Decorre dessa última assertiva o conceito de imputação: “*a atribuição ao réu da prática de determinadas condutas, típicas, ilícitas e culpáveis, bem como todas as circunstâncias juridicamente relevantes*”.⁶

Por outro lado, a imputação será alternativa quando a peça acusatória atribuir ao acusado mais de uma conduta penalmente relevante (roubo ou receptação, por exemplo), das quais apenas uma ele terá efetivamente praticado, embora todas se apresentem como prováveis, de acordo com a prova do inquérito, cujas investigações deverão estar encerradas, sem a perspectiva de mais diligências a serem realizadas. Esta hipótese configura a imputação alternativa **objetiva ampla**.

Se, entretanto, a incerteza for em relação a circunstâncias e não à ação principal praticada, como por exemplo em caso de dúvidas sobre se houve rompimento de obstáculo ou escalada, no furto, ou se o homicídio foi praticado por motivo fútil ou torpe ou outra qualificadora, haverá imputação alternativa **objetiva restrita**.⁷ Ambas referem-se ao fato, daí serem consideradas **objetivas**, sendo a primeira referente ao fato principal e a segunda a aspecto secundário.

A alternatividade, segundo Afranio Jardim, pode ser, também, **subjéctiva**, isto é, referir-se ao sujeito ativo da infração penal, acarretando um litisconsórcio no pólo passivo da relação processual penal. Ou, ainda, **complexa** (alternatividade do sujeito ativo e da infração, conjuntamente), figurando como exemplo, de ambas as hipóteses, uma ocorrência de flagrante por resistência, em cujo inquérito se noticie, ao mesmo tempo, possível ilegalidade ou abuso na realização da prisão; nesse caso, ante a dúvida sobre quem deveria ser denunciado – se o particular, pelo crime de resistência, ou o funcionário público, deveriam ambos ser denunciados, inclusive por economia processual.⁸

3 DENÚNCIA ALTERNATIVA OU ARQUIVAMENTO?

O exemplo referente aos crimes patrimoniais (roubo e receptação) foi utilizado por Frederico Marques, quando sustentou o cabimento de pedido alternativo, *verbis*: “*Será cabível, no juízo penal, a formulação de uma acusação alternativa? Nada há que impeça, pois que em face de uma situação concreta, que se apresenta equívoca, pode o acusador atribuir um ou outro fato ao réu*”.⁹

Afranio Jardim salienta que essa hipótese se justificaria na seguinte situação: concluído o inquérito policial referente a crime de roubo de veículo, cujo indiciado, surpreendido na direção do mesmo veículo, apresentasse caracteres físicos semelhantes aos do autor do roubo e possuísse antecedentes nesse crime, mas estivesse negando tê-lo praticado, e admitindo, apenas, haver adquirido o veículo de um desconhecido, ciente da origem criminoso; uma testemunha que poderia esclarecer a autoria, encontrando-se em viagem, retornaria dentro de quarenta dias. Diante do princípio da obrigatoriedade que informa a ação

⁵ *Elementos de Direito Processual Penal*, p. 153.

⁶ JARDIM, Afranio Silva, *op. cit.*, p. 151.

⁷ JARDIM, *op. cit.*, p. 155.

⁸ *Ibidem*, p. 156.

⁹ *Elementos... cit.*, p. 153. No texto há evidente erro tipográfico, pois consta acusado, quando o sentido indica que deveria estar grafado “acusador”.

pública, não sendo caso de arquivamento, cumpriria ao Ministério Público oferecer a denúncia, no prazo legal. Por isso deveria fazê-lo de forma alternativa.¹⁰

No entanto, penso ser cabível a discussão dessa possibilidade, no terreno prático, uma vez que não haveria impedimento em que se aguardasse a diligência indicada, para a correta formulação da *opinio delicti*, pois o descumprimento do prazo não estaria injustificado e, com tal nível de dúvida, eventual prisão cautelar não seria decretada ou mantida.

Ademais, no caso aventado, a denúncia deveria mesmo ser feita pelo crime de roubo, em face dos indícios existentes (posse do veículo roubado, semelhança física do suspeito com o autor do crime e os noticiados antecedentes criminais), que poderiam, possivelmente, ser confirmados pela prova direta que se afirmou existir - a testemunha viajante -; pior seria efetuar a denúncia (alternativa ou não) pelo crime menos grave, cuja confissão, sobre constituir-se na única prova, bem poderia ser uma manobra do investigado para escapar da acusação do delito mais grave (roubo).

Em outros casos, mais comuns, aliás, em que o inquérito é concluído com a mesma incerteza e sem uma indicação de possível esclarecimento da autoria de um ou de outro desses crimes, parece-me que o pedido de arquivamento devesse ser formulado, uma vez que o insucesso da ação penal, se julgada improcedente, assumiria contornos definitivos, enquanto o arquivamento não impediria a retomada das investigações, nos termos do artigo 18 do CPP.

¹¹

4 FALTA DE JUSTA CAUSA PARA A DENÚNCIA

Mas não é apenas por questão de estratégia que se haveria de não denunciar, alternativamente ou não; nesses casos, salvo melhor entendimento, faltaria justa causa para a ação penal. Senão, vejamos: Supondo-se que, em face da precariedade da prova indiciária, fosse o inquérito arquivado, a notícia de nova prova seria suficiente para sua reabertura, nos termos do artigo 18, do Código de Processo Penal; contudo, para a instauração da ação penal seria indispensável a realização efetiva da prova, como dispõe a Súmula 524 do STF¹²; a propósito, em seu excelente artigo “*Arquivamento e Desarquivamento do Inquérito Policial*”, Afranio Jardim aponta a diferença entre o que diz a lei processual no dispositivo referido e o que exige a Súmula jurisprudencial.¹³

5 IMPUTAÇÃO ALTERNATIVA NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Todavia, não se pode negar o acerto de Afranio Jardim quando conclui ser totalmente cabível a alternatividade da imputação e não apenas em tese, pois o autor vislumbra, com inteira razão, a possibilidade concreta de sua ocorrência no caso de cumprimento ao disposto no art. 384, par. único, do Código de Processo Penal, que prevê o aditamento da inicial, pelo Ministério Público, se durante a instrução apurar-se a ocorrência de circunstância mais grave do que aquela denunciada.¹⁴

¹⁰ Op. cit., p. 154.

¹¹ CPP, art. 18: “*Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia*”.

¹² Súmula 524 do STF: “*Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas*”.

¹³ Op. cit., pp. 171 e ss.

¹⁴ CPP, art. 384, par. único: “*Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas*”.

Tal ocorre pelo fato de que o juiz passará a analisar as duas condutas, ou seja, aquela constante da acusação originária (denúncia ou queixa subsidiária) e a nova¹⁵, surgida com o aditamento, podendo acolher uma ou outra das imputações.

E, realmente, a hipótese é de imputação alternativa, pois o aditamento não é substituição da denúncia anterior, mas acréscimo a ela, ainda que se exija, como normalmente ocorre, novo interrogatório do réu, e até mesmo nova citação, se for o caso, mas as outras provas permanecem e são aproveitadas.

Contudo, como o autor referido diz, não se pode criticar a lei, pois nesse caso as imputações são expressas, permitindo amplamente a defesa.

6 IMPUTAÇÃO IMPLÍCITA E AUSÊNCIA DE IMPUTAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Situações mais graves podem ser vislumbradas no *caput* do dispositivo, que prevê a existência de imputação implícita e até mesmo de dispensa de imputação pelo Ministério Público, exigindo-se, tão-somente, a manifestação da defesa, por iniciativa do juiz.

De fato, o artigo 384 *caput* disciplina que se, após a instrução, o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de circunstância elementar não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo a fim de que a defesa fale e, se quiser, produza prova.

Ora, dessa disposição legal emergem duas constatações, ambas mais graves do que a consubstanciada na imputação alternativa (assim entendido o parágrafo único do dispositivo comentado): em primeiro lugar, denota-se que o legislador regulou a imputação implícita, caso em que o juiz passaria ao julgamento, sem sequer se dar a oportunidade de manifestação da defesa, ao aplicar a chamada *emendatio libelli* (CPP, art. 383);¹⁶ de outro lado, mesmo quando um fato novo não estiver pelo menos implícito, dispensa-se o aditamento da inicial, substituído por simples manifestação da defesa, nos casos em que a situação do réu permaneça inalterada, quanto à pena, ou quando lhe for mais favorável.

Há, no caso, evidente infração ao princípio da correlação, como menciona Afranio Jardim¹⁷, mas também, a nosso ver, infração do próprio sistema acusatório, pois não se pode negar que a iniciativa é, exclusivamente, do juiz, surgindo uma confusão entre as atividades acusatória e julgadora¹⁸.

7 CONCLUSÃO

Desse modo, mesmo que não se concorde inteiramente com a possibilidade de imputação alternativa, não se pode negar sua existência no sistema processual vigente, o qual alberga, ainda, situações mais graves, como a imputação implícita e até mesmo a ausência de imputação.

Tanto é verdade que assim ocorre que, em um dos anteprojetos de reforma do

¹⁵ Por isso chamada imputação alternativa superveniente, de acordo com Afranio Jardim.

¹⁶ GRECO FILHO (op. cit. p 288) exemplifica: sendo descrito subtrair, para si, coisa alheia móvel, fica implícita afirmação de causar prejuízo a outrem, caso em que, para o autor, se dispensaria a providência do artigo 384, porquanto “o acusado, ao se defender do que está explícito, também se defende do que está implícito”.

¹⁷ Op. cit., cit. p. 158.

¹⁸ Eis como Vicente Greco (op. cit., p. 289) define tal situação: “*Esse procedimento, que assegura o direito de defesa, é uma resquício do procedimento de ofício, porque, no caput do artigo 384 (caso de crime diferente com pena igual ou menor) é o juiz que aponta a nova circunstância de fato, e, na hipótese do parágrafo único (crime mais grave), é também o juiz que provoca o aditamento pelo Ministério Público*”.

Código de Processo Penal, propõe-se, exatamente, a reformulação dos mecanismos de aplicação dos institutos denominados *emendatio* e *mutatio libelli*, retirando-se do juiz aquelas iniciativas inquisitoriais, de um lado, propiciando-se amplamente o contraditório e a ampla defesa, de outro. Efetivando-se tais mudanças, certamente serão corrigidas ou, pelo menos, minimizadas, tais distorções.

ABSTRACT

The present article refers to the way how the Criminal Procedural Code treats the questions about the correlation principle, specially in the emendatio libelli e mutatio libelli institutes, in which one unrefutable damage to the accusing system appears.

Keywords: *Alternative input. Emendatio libelli . Mutatio libelli.*

REFERÊNCIAS:

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1997
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. Saraiva: São Paulo, 1999.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *Denúncia Alternativa*. Disponível In: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em 31.mai.2004.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed., Forense: Rio de Janeiro, 1997.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, atualizado por Victor Hugo Machado da Silveira. vol. II. Bookseller: Campinas-SP, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. Atlas: São Paulo, 1996.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1997.



REFLEXÕES ACERCA DO ARTIGO 1º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Lúcio Delfino*

RESUMO

Objetiva-se o presente ensaio jurídico a revelar o espírito normativo do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, como resultado, sua importância funcional para a solução dos diversos problemas ocorrentes no âmbito das relações de consumo.

Palavras-chave: Cogente. Aplicação de ofício. Intertemporal. Irretroatividade. Código de Defesa do Consumidor.

SUMÁRIO:

1. Introdução – 2. Abordagem histórica – 3. Microsistema de direito das relações de consumo – 4. O código de defesa do consumidor como norma de ordem pública e interesse social – 5. A importância funcional do artigo 1º do código de defesa do consumidor: 5.1. A imutabilidade da Lei 8.078/90 por ato volitivo das partes; 5.2. A aplicação da Lei *consumerista*; 5.3. A defesa do consumidor como direito e dever individual e coletivo: cláusula pétrea; 5.4. Direito intertemporal; 5.5. O Código de Defesa do Consumidor como norma *principiológica* e os conflitos ocorrentes entre ele e outras legislações – 6. Conclusões – 7. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma leitura desavisada do art. 1º da Lei 8.078/90¹ poderá conduzir o intérprete à falsa impressão de que o aludido texto normativo, tão-só, retrata um programa, ou melhor, revela uma exposição sumária do objetivo maior do Código de Defesa do Consumidor.

Embora seja este um de seus papéis – enunciar que a Lei 8.078/90 estabelece preceitos de proteção e defesa do consumidor –, sua serventia não se restringe a tal função. Ao contrário, referida norma, se bem compreendida, leva o leitor à concepção do motivo pelo qual o Diploma *consumerista* foi criado e, por consequência, de sua real importância para a sociedade moderna.

Mas não é só isso: o artigo em comento informa ao operador do direito a natureza cogente da Lei 8.078/90; determina questões diretamente relacionadas com sua aplicação no direito pátrio; define sua obrigatoriedade e rigidez como norma imperativa; estabelece regra que soluciona conflitos ocorrentes na esfera do direito intertemporal; e, finalmente, regula, por meio de uma interpretação sistemática com o próprio microsistema *consumerista*, problemáticas atinentes a conflitos entre leis diversas e o Código de Defesa do Consumidor.

Este, pois, o objetivo do presente ensaio jurídico: revelar o espírito normativo do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor, estabelecendo, como resultado, sua importância funcional² para o desvendar dos diversos problemas ocorrentes no âmbito das relações de consumo.

* O autor, graduado pela UNIUBE e professor de Processo Civil, é Mestre em Direito Empresarial pela UNIFRAN, Doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC, SP, e advogado.

¹ Art. 1º - O presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

² As expressões “importância funcional” e “relevância funcional” serão aqui utilizadas como sinônimos de “utilidade prática”. Busca-se, com tais termos, demonstrar que o art. 1º da Lei 8.078/90, longe de ser uma norma aberta, sem aplicação prática instantânea no caso em análise, possui serventia concreta no ordenamento jurídico pátrio.

2 ABORDAGEM HISTÓRICA

No passado, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar se sobrepunham à própria lei. Na concepção clássica do contrato, a lei possuía papel secundário, destinado, unicamente, a permitir e a garantir a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, e também os efeitos projetados no contrato pelos indivíduos³.

Naquela época, os contratos, em sua maioria, eram realizados individualmente; os contratantes sentavam-se e negociavam seu conteúdo e forma antes de redigi-los. Todas as cláusulas contratuais passavam, necessariamente, pelo crivo de ambos os contratantes; todo a substância do negócio era fruto da harmonia de interesses e entendimentos dos indivíduos. Pouco interessavam, à vista disso, as situações econômica e social dos contratantes ou quaisquer desigualdades entre eles existentes. Importante, por outro lado, era garantir a vontade e a liberdade daqueles que contratavam, porquanto qualquer intromissão maior do Estado nas relações interprivadas ia de encontro à concepção liberal e voluntarista do direito contratual. A grande maioria das normas nesta matéria constituíam apenas parâmetros para interpretação dos contratos ou regras supletivas da vontade das partes⁴.

Ocorre que, com a Revolução Industrial, deu-se início a um processo de padronização dos contratos. Os fornecedores, utilizando-se da tecnologia ascendente, desenvolveram a produção em série, atingindo, conseqüentemente, a distribuição e comercialização em massa, reduzindo os custos de produção e buscando, cada vez mais, um maior número de consumidores aptos a adquirir produtos ou contratar serviços.

Aliados ao moderno sistema de produção e distribuição de massa, métodos de contratação mais evoluídos passaram a ser utilizados, destacando-se, nesse ponto, os chamados contratos de adesão. Os contratos paritários de regra passaram a exceção, existindo, hoje, em número limitado e, notadamente, em relações envolvendo particulares.

Os consumidores, então, em vez de negociar cláusulas, passaram a aderir a elas. Os contratos tornaram-se padronizados, literalmente pré-redigidos pelos fornecedores que, mediante tal técnica, adquiriram mais segurança, eficiência, agilidade, economia e praticidade nas negociações.

Ademais, da necessidade de ampliação do contingente de consumidores aptos a adquirir produtos e contratar serviços, nasceu um sistema poderosíssimo de *marketing*, motivador e persuasivo, capaz de induzir e controlar os consumidores. A partir de então, o consumidor não só comprava visando a atender suas necessidades básicas, mas também com intuito de consumir o que lhe foi imposto pelo *marketing* exacerbado.

Como resultante *“desses dois processos – produtivo e mercadológico – fez-se necessário o desenvolvimento de novas formas de crédito, a fim de que o consumidor pudesse mais fácil e rapidamente adquirir o produto”*⁵.

O destinatário de todo esse sistema mercadológico deveria, logicamente, figurar como o maior beneficiário das transformações econômicas até então ocorridas, pois é ao consumidor que se destina toda a produção, e pensando nele se aprimoram produtos e serviços; todo lucro do fornecedor provém dos consumidores. Todavia, ao revés da situação beneficiá-lo, esse processo produtivo colocou-o em situação de extrema fragilidade em relação

³ Nesse sentido Marques leciona: “Na concepção clássica, portanto, as regras contratuais deveriam compor um quadro de normas supletivas, meramente interpretativas, para permitir e assegurar a plena autonomia de vontade dos indivíduos, assim como a liberdade contratual.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 17).

⁴ LEITE NOVAIS, op. cit., p. 58.

⁵ VILLARPANDO, Hugo. *Pessoa jurídica e o crédito bancário – destinatário final*. Disponível no site: <<http://www.infojus.com.br>>. Acessado em 22 fev. 2003.

ao fornecedor.

A autonomia da vontade e a liberdade de contratar, em razão da novel realidade socioeconômica do século XX, não mais serviam de alicerces à segurança e igualdade dos contratantes. O sistema tradicional, que não impunha limites ou regras às atividades dos fornecedores, limitava-se a garantir a efetivação das negociações firmadas e anulava, literalmente, o equilíbrio das relações ocorrentes no mercado de consumo, porquanto totalmente desarmonioso à novel realidade a qual se impunha a toda a comunidade. A destemperança entre o arcaico sistema jurídico e as mudanças ocorridas na sociedade como um todo terminou por disseminar injustiças diversas, sempre em desfavor da parte mais vulnerável da relação: o consumidor.

Ante essa nova realidade, o Estado alterou sua postura tradicional, com a intenção de eliminar a predominante isonomia aparente, que existia apenas na teoria, para atingir o modelo da igualdade efetiva e real. Com esse objetivo o Direito transmudou-se. Surgiu o Estado social tutelando não só a igualdade e a liberdade dos indivíduos, mas ainda assegurando seus direitos sociais. O Direito, ao perder a função de mero coadjuvante, passou a funcionar como garante da harmonização e equilíbrio das relações⁶. O Estado passou a intervir diretamente nas relações, limitando a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, criando instruções (leia-se “regras”) de natureza cogente a serem, sempre e obrigatoriamente, observadas e respeitadas pelos contratantes⁷. De mero espectador, passou o Estado a atuar no “papel principal” das contratações, garantindo a justiça e a igualdade das relações entre particulares⁸.

No Brasil, mesmo após a segunda grande guerra, em que se aprofundaram as transformações, e levaram os Estados a adotarem posturas voltadas ao social, a tendência de socialização do Direito teve pouca influência legislativa.

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que a concepção tradicional do contrato começou a ser desacreditada no País. A Magna Carta incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional; essa aparece no texto maior, entre os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXXII), estando também elevada à categoria de princípio geral da atividade econômica (art. 170, V)⁹, e justaposta aos princípios basilares do modelo político/

⁶ O grande mestre processualista J. J. Calmon de Passos, referência de vivacidade, experiência, cultura e coragem, ao proferir discurso aos formandos em Direito na Universidade Federal da Bahia, em que foi devidamente homenageado como paraninfo, prolatou as seguintes palavras, dignas de reflexão: “*A par disso, e talvez sua mais grave consequência, debilitou-se a auto-limitação da liberdade, que é a maneira mais segura de se tutelar a própria liberdade. Daí este nosso mundo de hoje, em que entoamos hinos à liberdade, mas temos correntes nos pés. Mundo em que se sucedem fulgurantes proclamações formais ratificadoras da soberania das liberdades, enquanto a realidade do quotidiano é de progressiva insegurança, alimentada pela progressiva conflituosidade de uma convivência social de homens que perderam toda referência do “outro”, somente possível com a intelecção do dever como valor. Assim descomprometidos com o dever e dele desvinculados, fizeram os homens de si mesmos, da sua solidão sem solidariedade, o valor supremo. Ilharam-se mentalmente enquanto materialmente se estruturava um mundo de sufocante interdependência.*” (PASSOS, J. J. Calmon de. Aos que vão prosseguir. *Revista Prática Jurídica*, n. 3. Brasília: Consulex, 2002. p. 08).

⁷ Marques ensina, com mestria, que as “*leis de função social caracterizam-se por impor as novas noções valorativas que devem orientar a sociedade e por isso optam, geralmente, por positivar uma série de direitos assegurados ao grupo tutelado e impor uma série de novos deveres imputados a outros agentes da sociedade, os quais, por sua profissão ou pelas benesses que recebem, considera o legislador, que possam e devam suportar estes riscos. São leis, portanto, que nascem com a árdua tarefa de transformar uma realidade social, de conduzir a sociedade a um novo patamar de harmonia e respeito nas relações jurídicas. Para que possam cumprir sua função, o legislador costuma conceder a essas novas leis um abrangente e interdisciplinar campo de aplicação.*” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 158-159).

⁸ Conforme muito bem ressalta o Ministro Marco Aurélio de Mello “*... o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual.*” (MELLO, Marco Aurélio de. Igualdade entre as raças. *Síntese Jornal*, ano 6, n. 61. p. 3-4, mar. 2002).

⁹ Marques assevera que, a partir de 1988, a defesa do consumidor incluiu-se na chamada *ordem pública econômica* que legitima e instrumentaliza a crescente intervenção do Estado na atividade econômica dos particulares. (MARQUES, op. cit., 1993. p. 164).

econômico brasileiro, como o da soberania nacional, da propriedade privada e da livre concorrência¹⁰.

Nascido de um comando expresso na Carta Magna (art. 48 do ADCT) e imbuído de valores constitucionais, o Código de Defesa do Consumidor é aceito como uma das leis mais democráticas editadas até hoje no Brasil, ultrapassando diversas outras legislações alienígenas, no que se refere ao âmbito de aplicabilidade, como também em modernidade e tecnicidade. Suas normas imperativas, que ganharam o campo antes dominado quase totalmente pela autonomia da vontade, têm por finalidade tutelar o consumidor, extirpando a situação de desequilíbrio em que se encontra no mercado de consumo e, por conseqüência, buscar uma realidade social mais justa e *real*, em conformidade com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, um dos sustentáculos do Código de Defesa do Consumidor.

3 O MICROSSISTEMA DE DIREITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As grandes codificações do século XX tiveram, à época, sua razão de ser e existir. Conforme preleciona Orlando Gomes, os Códigos traziam como ideal a formulação de um sistema de regras para reger, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito. O mundo dos Códigos – continua o citado jurista – foi o da segurança, quando os valores do liberalismo podiam ser traduzidos numa seqüência ordenada de artigos, para proteção das liberdades civis do indivíduo na sua vida privada contra as indébitas ingerências do poder político. Dessa necessidade de garantia – conclui o autor retroaludido, transcrevendo as lições de Natalino Irti –, nasceu a idéia da imutabilidade da legislação civil e da perenidade dos institutos jurídicos, principalmente a propriedade e o contrato¹¹.

Não possuem os Códigos, atualmente, a importância que detiveram outrora. No mundo instável, inseguro e volúvel de hoje, a resposta normativa não pode ser a transposição para um Código das fórmulas conceituais habilmente elaboradas no século passado¹². Como forma de solucionar os problemas advindos desta novel realidade, surgiram os chamados microssistemas, verdadeiros “universos legislativos” de menor porte, com sua própria filosofia, enraizados em solo irrigado com águas tratadas por outros critérios, influxos e métodos distintos¹³.

Nessa trilha, o legislador brasileiro elegeu, para a proteção dos direitos dos consumidores, a criação de um microssistema. É, pois, o Código de Defesa do Consumidor uma Lei com valores e princípios próprios, de feição multidisciplinar, já que se relaciona com todos os ramos do Direito – material e processual –, “*ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.*”¹⁴

4 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR COMO NORMA DE ORDEM PÚBLICA E INTERESSE SOCIAL

Normas de ordem pública, também chamadas de coercitivas, imperativas, taxativas ou cogentes, são aquelas que impõem ou proíbem de maneira categórica¹⁵. Nader conceitua tais normas como aquelas que obrigam independentemente da vontade das partes, isso por

¹⁰ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 29.

¹¹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 68-70.

¹² GOMES, op. cit., p. 70.

¹³ *Ibid.*, p. 69.

¹⁴ FILOMENO, José Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 20.

¹⁵ PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 133.

resguardarem os interesses fundamentais da sociedade¹⁶.

As normas imperativas, ao contrário das chamadas normas dispositivas – que se referem apenas aos interesses dos particulares, subordinando-se à vontade expressa das partes interessadas –, são, portanto, criadas com o intuito de se preservarem pilares essenciais da sociedade, motivo pelo qual se aplicam *obrigatoriamente* às relações por elas reguladas, sendo, ainda, *inderrogáveis* pela vontade dos contratantes.

Conforme visto, o Código de Defesa do Consumidor surgiu de uma necessidade social. A manutenção das contratações baseada numa idéia liberal já, há tempos, mostrava-se intolerável no País. A produção em série com a conseqüente distribuição e comercialização em massa de produtos e serviços, mediante contratos preestabelecidos (cláusulas impostas em bloco) pelo próprio fornecedor, geraram desequilíbrio, desigualdade e injustiças irremediáveis pela legislação anterior à promulgação da Lei 8.078/90. A imposição de regras por parte dos mais fortes, de maneira unilateral e irreprimível pelo Estado, obrigava os consumidores a aderir e aceitar determinadas situações que, muitas vezes, eram responsáveis pela motivação de danos irreparáveis, porquanto a legislação material, que antes regulava as relações de consumo como um todo, apresenta um panorama de responsabilização civil baseado na idéia da culpa.

As transformações sociais – que, de regra, sempre se sucedem antes da evolução jurídica – motivaram a inserção do princípio da defesa do consumidor na Carta Magna, e estimularam a própria criação da Lei *consumerista*, como uma norma taxativa, imperativa de direitos e deveres a serem respeitados pelos partícipes das relações de consumo.

Quando a Lei 8.078/90 declara, por exemplo, ser direito básico do consumidor “*a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem*”, tal dispositivo deve ser, forçosamente, cumprido por todos os fornecedores que exploram atividades no mercado de consumo, haja vista tratar-se de um mandamento cogente, criado para preservação da incolumidade física, moral e patrimonial do consumidor. Sua inobservância, além de configurar infração penal, poderá gerar sanções administrativas e, quiçá, responsabilidade civil para o fornecedor inadimplente.

No que tange ao interesse social da norma, valem as palavras bem colocadas de Filomeno, ao asseverar que a Lei 8.078/90 “*visa a resgatar a imensa coletividade de consumidores da marginalização não apenas em face do poder econômico, como também dotá-la de instrumentos adequados para o acesso à justiça do ponto de vista individual e, sobretudo, coletivo.*”¹⁷

Em verdade, a expressão “interesse social” funciona como um complemento, um reforço legislativo à proposição “ordem pública”. Trata-se de uma maneira encontrada pelo legislador de robustecer a importância e necessária aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações que envolvam as chamadas relações de consumo¹⁸.

¹⁶ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 102.

¹⁷ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 26.

¹⁸ Segundo as lições sempre precisas de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, ser “*de interesse social significa, em termos práticos, que o MP terá participação obrigatória em todas as ações coletivas sobre lides de consumo, encontrando-se legitimado para defender, em juízo, os direitos individuais homogêneos (CDC 81, Par. Un. III) do consumidor, pois como são de interesse social ex lege (CDC 1º), essa defesa atende a finalidade institucional do MP (CF 127 caput), como autorizado pela CF 129 IX. V. Nery, DC 3/52. As ações coletivas ((CDC 81, Par. Un.; 91 e ss; LACP) foram criadas pela lei em razão do interesse público e social. A falta de previsão constitucional expressa para a defesa coletiva, pelo MP, dos direitos individuais homogêneos (CF 129 III), ocorreu também porque a categoria foi criada por lei posterior (CDC 81 Par. Un. III), mas a legitimação do MP está assegurada pela autorização da CF 129 IX, que permite à lei federal, a atribuição ao MP de outras funções que sejam compatíveis com sua finalidade institucional. Como a defesa coletiva de interesses sociais, como o são os do consumidor (CDC 1º), é função institucional do MP (CF 127 caput), a legitimação dada ao parquet pelo CDC 82, para a tutela em juízo dos direitos individuais homogêneos, está em perfeita consonância com o sistema constitucional brasileiro.*” (NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 719.)

5 A IMPORTÂNCIA FUNCIONAL DO ARTIGO 1º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Adiante, analisar-se-á o ponto nevrálgico do presente ensaio, qual seja, a tentativa de delimitar os aspectos funcionais do art. 1º da Lei 8.078/90, para, após, estudá-los um a um. Tais estudos serão divididos em subcapítulos próprios, evitando, assim, confusões textuais, conforme manda a melhor técnica didática.

Tendo em vista tal perspectiva, vislumbra-se, no texto normativo em comento, relevância funcional no que se refere:

- a) à imutabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor por ato volitivo dos contratantes;
- b) à aplicação da Lei 8.078/90;
- c) à inviolabilidade do microssistema *consumerista*;
- d) ao direito intertemporal; e
- e) à superioridade da Lei 8.078/90, como norma *principlológica*, quando em conflito com outras legislações.

5.1 A imutabilidade da Lei 8.078/90 por ato volitivo das partes

Em razão de sua natureza cogente (norma de ordem pública), a Lei 8.078/90 deve ser observada e respeitada, de forma indeclinável, por todos os partícipes da relação de consumo.

O Diploma *consumerista* se impõe sobre a própria vontade dos contratantes, ditando regras e estabelecendo obrigações imutáveis,¹⁹ excepcionando-se, apenas, alguns aspectos de natureza patrimonial (arts. 107 e 51, I, da Lei 8.078/90).

O Código de Defesa do Consumidor estabelece uma discriminação positiva, conferindo privilégios aos consumidores, tratando com desigualdade os desiguais, com o intuito único de alcançar uma igualdade efetiva entre os que participam da relação de consumo²⁰.

Nesse passo, a retroaludida legislação nada mais faz do que impor desigualdades de direito como maneira de afastar as desigualdades de fato existentes entre fornecedores e consumidores e, por consequência, promover a justiça social. A natureza cogente da norma – e isso é importante – impossibilita concessões legais, mesmo que expressas, do consumidor ao fornecedor; os ditames impostos pela Lei 8.078/90 deverão ser, inevitavelmente, observados, porquanto é essa a vontade do Estado, sob pena de nulidade daqueles atos praticados em desconformidade com o estabelecido pela norma de ordem pública e de função social²¹.

5.2 A aplicação da Lei consumerista

O magistrado poderá aplicar as regras insertas no Código de Defesa do Consumidor

¹⁹ “O caráter de norma pública atribuído ao Código de Defesa do consumidor derroga a liberdade contratual para ajustá-la aos parâmetros da lei, impondo-se a redução da quantia a ser retida pela promitente vendedora a patamar razoável, ainda que a cláusula tenha sido celebrada de modo irrevogável e irrevogável.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 292.942/MG, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data da decisão: 03/04/2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>).

²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. [s.l.]: Coimbra, 1998. p. 214. t. IV.

²¹ A expressão “lei de função social” foi utilizada por Marques no trabalho intitulado “A responsabilidade do Transportador Aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do consumidor – Antinomia entre norma do CDC e de leis especiais”, in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 3, p. 154. Na segunda edição de sua aplaudida monografia, “Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais”, a renomada jurista, citando Portalis, leciona que “as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares”. (MARQUES, op. cit., 1993. p. 158).

ex officio, isto é, independentemente do requerimento ou queixa das partes^{22, 23}. Tal ocorre em razão do caráter social da norma, alicerçada num dos fundamentos da República Federativa do Brasil – a dignidade da pessoa humana –, bem como numa cláusula pétreia e, ainda, no princípio basilar constitucional da defesa do consumidor.

A saber, é perfeitamente aceitável, pois, que um juiz declare de ofício nula cláusula de eleição de foro de determinado contrato, ao fundamento de que estaria ela a dificultar o acesso do consumidor ao Judiciário, prejudicando, assim, seu direito à ampla defesa. Isso ocorre porque o caráter de norma de ordem pública implica conceber como absoluta a competência do foro do domicílio do consumidor^{24, 25}.

De igual maneira, poderá o juiz, ou até mesmo o Tribunal, conceder antecipação de tutela – se convencido da existência dos pressupostos necessários para tanto –, em casos que envolvam interesses amparados pela Lei 8.078/90, independentemente de pedido formulado pelo consumidor. Não é novidade que a antecipação, total ou parcial da tutela, está vinculada ao requerimento da parte, em evidente correlação com o princípio dispositivo^{26, 27}. Ocorre que, por ser o Código de Defesa do Consumidor uma norma de ordem pública, o princípio dispositivo é exceção daqueles casos que importam relação de consumo, podendo o órgão julgante pronunciar-se sem se sujeitar ao pedido – alerte-se que tal princípio aplica-se tanto para as normas processuais e materiais rotuladas como de ordem pública.²⁸

²² Nesse sentido Nunes. (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 76.

²³ “Essa nulidade, por envolver matéria de ordem pública, pode ser argüida por meio de ação, exceção, ou decretada de ofício pelo juiz ou tribunal, a qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando sujeita a prazos de prescrição ou decadência.” (Tribunal de Alçada do Distrito Federal, Terceira Turma Cível, Apelação Cível nº 4.593.697, Relator Juiz Wellington Medeiros, decisão unânime, publicada no *Diário da Justiça do DF* em 05/08/1998, p. 98).

²⁴ “A Segunda Seção deste Tribunal houve por bem definir a competência, em se tratando de contratos de adesão, sob a disciplina do Código do Consumidor, como absoluta, e autorizar, conseqüentemente, o pronunciamento de ofício do juiz perante o qual ajuizada a causa em primeiro grau, ao argumento da prevalência da norma de ordem pública que protege o consumidor e garante sua defesa em juízo. No caso, no entanto, de o próprio réu-devedor postular pela validade da cláusula de eleição do foro, alegando que não terá dificuldades em sua defesa, deve a mesma prevalecer.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 225.866/MS, Quarta Turma, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data da decisão: 09/11/1999. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>).

²⁵ “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 instituiu 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.” (Superior Tribunal de Justiça, CC 20.826/RS, Segunda Seção, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, data da decisão: 13/05/1998. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>).

²⁶ Ver arts. 2º, 128 e 460 do Código de Processo Civil.

²⁷ “O processo civil rege-se pelo princípio dispositivo (*judex secundum allegata partium judicare debet*), somente sendo admissível excepcionar sua aplicação quando razões de ordem pública e igualitária o exijam, como, por exemplo, quando se esteja diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado) ou quando o julgador, em face das provas produzidas, se encontre em estado de perplexidade ou, ainda, quando haja significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.” (RSTJ 78/268).

²⁸ Esse, ao que parece, também é o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery: “*Matérias de ordem pública. A regra da congruência (ou correlação) entre pedido e sentença (CPC 128 e 460) é decorrência do princípio dispositivo. Quando o juiz tiver de decidir independentemente de pedido da parte ou interessado, o que ocorre, por exemplo, com as matérias de ordem pública, não incide a regra da congruência. Isso que significar que não haverá julgamento extra, infra ou ultra petita quando o juiz ou tribunal pronunciar-se de ofício sobre referidas matérias de ordem pública. Alguns exemplos de matérias de ordem pública: a) substanciais: cláusulas contratuais abusivas (CDC 1º e 51); cláusulas gerais (CC 2035 par. ún.) da função social do contrato (CC 421), da função social da propriedade (CF 5º XXIII e 170 III e CC 1228 §1º), da função social da empresa (CF 170; CC 421 e 981) e da boa-fé objetiva (CC 422; simulação de ato ou negócio jurídico (CC 166 VII e 167); b) processuais: condições da ação e pressupostos processuais (CPC 3º, 267 IV e V; 267 §3º; 301 X; 301 §4º); incompetência absoluta (CPC 113 §2º; impedimento do juiz (CPC 134 e 136); preliminares processuais alegáveis na contestação (CPC 301 e §4º); juízo de admissibilidade dos recursos (CPC 518 par. ún....).” (JUNIOR, Nelson Nery; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003. p. 779).*

É interessante ainda observar que as normas de ordem pública não são atingidas pela preclusão²⁹.

Conforme ensina Cretella Neto, “preclusão é o perecimento da pretensão de qualquer das partes à tutela jurisdicional, em virtude da perda de uma faculdade, de um poder ou de um direito processual que lhe caberia.”³⁰ Diante da preclusão não poderá o órgão julgante decidir questões já deliberadas nos autos, seja em decisões interlocutórias, seja na própria sentença. Noutras palavras, ultrapassado o momento *procedimental* próprio (fase *procedimental*) para a prática de determinado ato, ou tendo esse já sido realizado, ou, ainda, sendo incompatível com outro anteriormente consumado, diz-se que ocorreu a preclusão³¹.

Como as normas de ordem pública não são atingidas pela preclusão – afinal resguardam interesses fundamentais da sociedade –, não estará o magistrado impossibilitado de decidir acerca das questões reguladas pela Lei 8.078/90 não resolvidas em momento apropriado, isso a acontecer, necessariamente, antes ou no momento de ser proferida a sentença de mérito, porque, cumprido o ofício jurisdicional (art. 463 do CPC), impossível é ao juiz o reexame do processo. De igual forma, é crível que o órgão colegiado reexamine *ex officio* tais questões (atinentes ao Código de Defesa do Consumidor), por não se sujeitar aos efeitos preclusivos das decisões monocráticas, pouco importando haver ou não a parte interposto agravo retido; poderá, ainda, examinar, independentemente de impulso dos litigantes, questões não deliberadas – embora suscitadas no processo – pelo juízo unipessoal.

5.3 A defesa do consumidor como direito e dever individual e coletivo: cláusula pétreia

Recentemente, baixou-se no País Medida Provisória destinada a afastar a incidência de artigos do Código de Defesa do Consumidor para o fornecimento de serviço essencial de energia elétrica. Referido texto normativo, no que toca à parte que buscava frustrar a aplicação da Lei *consumerista*, foi, logo depois de sua publicação, tornado sem efeito, haja vista as incessantes manifestações da opinião pública em desfavor da verdadeira afronta à Constituição Federal que ele representava³².

Uma rápida leitura do artigo inaugural do Código de Defesa do Consumidor induz o leitor à inarredável conclusão de que essa Cartilha legal está enraizada na Constituição Federal, verdadeiramente entrelaçada a ela.

É de se saber que a exegese de uma lei infraconstitucional deve, indubitavelmente, ser executada com verticalidade, isto é, à luz dos valores e princípios impostos pela Magna Carta, principalmente quando a legislação a ser interpretada possui domicílio certo em cômodos – privilegiados, diga-se – constitucionais.

Com efeito, a defesa do consumidor foi erigida pela atual Constituição Federal à

²⁹ “As questões de ordem pública decididas no saneador não são atingidas pela preclusão.” (Superior Tribunal de Justiça, REsp 232187/SP, Relator Ministro José Delgado, data da decisão: 23/03/2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>).

³⁰ CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 284.

³¹ MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? *Revista de Direito Processual*, n. 17, p. 106, 1980.

³² A esse respeito é indispensável a leitura do ensaio jurídico intitulado “É inconstitucional qualquer medida provisória que pretenda afastar o Código de Defesa do Consumidor”, de autoria do professor Nunes. Veja-se uma das lições inseridas nesta doutrina: “Não se pode olvidar que é também cláusula pétreia como dever absoluto para o Estado a defesa do consumidor (CF, art.5.º, XXXII). Aliás, só por isso, já não poderia o principal representante do Estado, o Presidente da República, baixar Medida Provisória contra a lei de proteção ao consumidor. Resta ainda lembrar que a Constituição Federal estabelece que o regime econômico brasileiro é capitalista, mas limitado (CF, art. 1.º IV, c/c art. 170 e s.): são fundamentos da República os valores sociais do trabalho e os valores sociais da livre iniciativa (CF, art. 1.º, IV), e a defesa do consumidor é princípio fundamental da ordem econômica (CF, art. 170, V). Ora, o Código de Defesa do Consumidor nada mais fez do que concretizar numa norma infraconstitucional esses princípios e garantias constitucionais. Assim está previsto expressamente no seu art. 1.º” (NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *É inconstitucional qualquer medida provisória que pretenda afastar o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.saraivaJur.com.br>). Acessado em 22.2.3002.

categoria de direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º, XXXII), fator esse que garante sua condição de cláusula pétrea, conforme se depreende da leitura do art. 60, § 4º, IV, do mesmo Diploma legislativo.

É clara, à vista disso, a preocupação do legislador constituinte com as modernas relações de consumo e com a necessidade de proteção do hipossuficiente³³. Isto porque, estar entre o rol de direitos e garantias fundamentais significa ter função valorativa, servindo-se como vetor para soluções interpretativas; exprime, outrossim, o reconhecimento de valores e motivações que serviram de inspiração às aspirações dos constituintes originários³⁴. Eis, aí, os motivos pelos quais o legislador constitucional declarou, expressamente, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Com tal medida, o Poder Constituinte originário objetivou assegurar a inteireza da Constituição, impossibilitando que futuras reformas em seu texto comprometam ou fraturem sua ossatura normativa.

Nesse sentido, preleciona Mendes – citado por Martins em trabalho de peso –, tratando sobre o Direito alemão, que as chamadas cláusulas pétreas traduzem, em verdade, *“um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, obstando a que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudança de identidade. É que, como ensina Hesse, a Constituição contribui para a continuidade da ordem jurídica fundamental, na medida em que impede a efetivação de um suicídio do Estado de Direito democrático sob a forma da legalidade.”*³⁵

É importante observar: a limitação provém da própria Constituição Federal, ou seja, é ela que determina a impossibilidade de deliberação de propostas tendentes a abolir quaisquer direitos e garantias individuais. Na melhor interpretação, isso significa que, seja qual for a “alteração”, ela implicará abolição do dispositivo reestruturado³⁶. Portanto, e trazendo a discussão para o campo do tema proposto neste trabalho, é impossível, no ordenamento jurídico brasileiro, a instituição de textos normativos que tenham por fim afastar ou impedir a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor em questões que envolvam relações de consumo – como, aliás, pretendeu a Medida Provisória aludida no primeiro parágrafo deste tópico. Isto porque a Lei 8.078/90 nasceu de expressa disposição constitucional, para dar concretude às regras e princípios inerentes à defesa do consumidor preceituados na Carta Magna. Afastar a aplicação da Lei *consumerista* – seja por meio de medidas provisórias, leis, portarias, tratados ou convenções internacionais, etc. – é, pois, negar vigência a uma cláusula pétrea: a defesa do consumidor^{37, 38}. Daí Farias afirmar que, em se tratando de verdadeira

³³ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Jurídica Atlas, 2002.

³⁴ NISHIYAMA; Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 131.

³⁵ MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995. 4. v. t. I. p. 355.

³⁶ *Ibid.*, p. 355.

³⁷ Veja-se que o Código de Defesa do Consumidor está em perfeita sintonia com a Constituição. O artigo primeiro da Lei 8.078/90 prescreve, expressamente, que o presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor; (...), *nos termos dos artigos 5º, inc. XXXII, 170, inc. V, da Constituição Federal, e art. 48 de suas Disposições Transitórias*. Noutras palavras, o CDC está enraizado na Carta Magna; negar vigência a ele é, automaticamente, empregar obstáculo à efetividade do princípio, direito e garantia da defesa do consumidor. O conflito entre textos normativos e o Código de Defesa do Consumidor será, oportunamente, abordado, com mais profundidade, neste trabalho.

³⁸ Nesse sentido, especialmente interessante a observação de Maria da Glória Villaça Borin Gavião de Almeida e Ricardo Morishita Wada: *“Com relação ao art. 5º, XXXII, afirmamos tratar-se de direito e garantia fundamental à defesa do consumidor; o que lhe confere status constitucional de direitos fundamentais, apontando-se dois efeitos – prevalência, pois se trata de direitos humanos e portanto nos eventuais conflitos normativos afirma-se sua prevalência, e segundo, goza da chamada estabilidade constitucional, pois se inscreve nas disposições do art. 60, §4º, IV, da CF, tratando-se de cláusula pétrea, não podendo ser abolida por emenda ou mesmo revisão constitucional.”* (ALMEIDA, Borin Gavião de; VILLAÇA, Maria da Glória; WADA; Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no código de defesa do consumidor – aspectos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, 41. São Paulo: RI, 2002. p. 187).

garantia constitucional a proteção do consumidor; sobreleva concluir que está fulminada de morte, inquinada de inconstitucionalidade, qualquer norma ou situação jurídica que viole ou mesmo que apenas tenha a possibilidade de consistir em óbice à defesa do consumidor³⁹.

5.4 Direito intertemporal

A colisão da lei nova com a anterior, algumas vezes, gera problemas. Isso porque determinadas circunstâncias estabelecidas pela lei antiga podem permanecer sob a vigência da nova lei; ou, por outro lado, situações outras que foram criadas pela lei velha já não vão encontrar guarida na novel legislação. Destarte, conforme leciona Paupério, há que se estudar até que ponto a lei antiga pode gerar efeitos e até que ponto a lei nova não pode impedir esses efeitos da lei antiga^{40,41}.

Esse estudo, necessário para o desatar de problemas jurídicos de apreço, recebe as denominações de *conflito de leis no tempo, retroatividade ou não-retroatividade das leis, aplicação do direito em relação ao tempo, supervivência da lei no tempo, direito transitório* e, com tendência a prevalecer sobre as demais, *direito intertemporal*⁴².

A problemática do conflito de leis no tempo possui duas facetas, igualmente, relevantes. Em primeiro plano, a admissão da retroatividade da lei,⁴³ como princípio absoluto, geraria situações inaceitáveis, haja vista a situação de insegurança que pairaria sobre a sociedade. Aceitando-se, sem restrição, tal postura, situações anômalas ao atual regime democrático e mais aproximadas à ditadura e ao despotismo propagar-se-iam no sistema social, atentando contra a própria estabilidade jurídica. A confiança na lei e em sua autoridade estariam prejudicadas; relações jurídicas já concretizadas estariam fragilizadas diante do perigo da publicação de novas leis prontamente hábeis para alterá-las.

Por outro norte, é aceitável admitir que a preponderância do interesse público sobre as conveniências dos cidadãos – como consequência proveniente da soberania da lei – justifica, antes de qualquer consideração, sua aplicação a todos os fatos por ela regulados. Para que a legislação mais moderna possa realizar inteiramente sua finalidade benéfica, o interesse social exige seja aplicada tão completamente quanto possível⁴⁴. Nesse sentido e parafraseando Paiva Pitta, se a lei nova tiver de respeitar a sua razão de ser no passado, restringindo o seu império somente ao que se fizer depois da sua promulgação, ver-se-á caminhar, paralelamente, o pretérito com o presente, o desengano com a esperança, a saudade com o gozo, a sombra com a luz, enfim, as velhas com as novas instituições⁴⁵.

Pergunta-se, pois, qual será a solução adequada aos problemas de conflitos de lei no tempo. Dever-se-á dar privilégio à estabilidade jurídica e à paz social, impedindo a lei nova

39 FARIAS; Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91.

40 MACHADO, A. Paupério. *Introdução à ciência do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 282.

41 Assim, conforme ensina Gusmão, o problema da retroatividade ou da irretroatividade das leis só surge quando, para a mesma situação jurídica, existem duas leis incompatíveis entre si: a derogada e a vigente. (GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 150).

42 MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973. v. 2, p. 152.

43 Ensina Paupério que, segundo o princípio da retroatividade, “a lei nova pode abarcar situações virtualmente abrangidas por leis anteriores. Pelo princípio da não-retroatividade, ao contrário, a lei nova não pode abarcar as situações jurídicas abrangidas pela lei antiga” (PAUPÉRIO, op. cit., p. 283).

44 FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934. p. 20.

45 FARIA, op. cit., p. 21.

de abraçar situações concretamente abrangidas por leis anteriores ou, ao invés, evitar a estagnação social, buscando, sempre, o progresso do legislativo ante a aceitação do princípio da *retrooperância* da lei?

Não se pode duvidar de que a intenção da atual Carta Magna foi adotar, como regra geral do sistema, o princípio da não-retroatividade da lei, admitindo-se, por outro lado, a sua retroatividade como exceção. Assim o fez ao prescrever que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” (art. 5º, XXXVI). Não outro o sentido imposto pelo comando legal constante do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil: “*A lei terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.*”

Paul Roubier, um dos maiores defensores da teoria da não-retroatividade, considera as três etapas do tempo (passado, presente e futuro), entendendo que elas condicionam três possibilidades de aplicação da lei: a) se a lei se aplica ao passado, diz-se que seu efeito é *retroativo*; b) se a lei se aplica ao presente, diz-se *imediato* seu efeito; e c) se a lei se aplica ao futuro, seu efeito será *deferido*⁴⁶.

Como mencionado, a regra é a da irretroatividade da lei⁴⁷. Noutros dizeres, no ordenamento jurídico brasileiro, a irretroatividade é preceito constitucional (art. 5º, XXXVI)⁴⁸. Aplica-se, por esse motivo, como norma imperativa a todos os ramos do direito, a todas as espécies de normas – leis, decretos, resoluções, portarias, etc. –, e a todas as esferas do poder público, federal, estadual e municipal⁴⁹. Trata-se de uma conquista do mundo moderno contra a ditadura e o despotismo da antiguidade.

Conforme ensina Paupério, a lei nova poderá, entretanto, ser capaz de aplicar-se aos *efeitos futuros* das relações jurídicas presentes e anteriores, originadas sob a égide e o império da lei precedente, por ela revogada⁵⁰. Nada obstante, não se deve desprezar que os efeitos já produzidos pela antiga lei deverão ser preservados e respeitados. Os novos efeitos é que serão submetidos à força da novel legislação.

Nesse ponto, é de importância elementar a distinção entre efeito *retroativo* e *imediato* da lei. E o próprio ordenamento jurídico brasileiro, pelos precisos termos do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, discrimina-os, de modo capital, ao dispor: “*A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada*”. Isso revela que não só as situações não definitivamente constituídas (*facta pendentia*), como também os efeitos presentes e futuros dos fatos já consumados (*facta*

⁴⁶ PAUPÉRIO, op. cit., p. 293.

⁴⁷ Como atesta Nery Júnior, a doutrina brasileira enumera diversas garantias oriundas do princípio constitucional do devido processo legal, dentre elas, o direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto* (NERY JÚNIOR, op. cit., p. 41). Além de expressamente o legislador constitucional adotar o princípio da irretroatividade da lei como regra geral do sistema, esse argumento (lesão ao princípio do devido processo legal) é mais um justificador do que aqui está sendo defendido.

⁴⁸ Assevera Diniz, é “*princípio fundamental de direito que as leis sejam aplicáveis a atos anteriores à sua promulgação, contanto que tais atos não tenham sido objeto de demandas, que não estejam sob o domínio da coisa julgada, nem configurem ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Fácil é perceber que entre a retroatividade e a irretroatividade existe uma situação intermediária, a da aplicação imediata da nova norma às relações nascidas sob a vigência da anterior e que ainda não se aperfeiçoaram. O requisito sine qua non para a imediata aplicação é o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.*” (DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 193).

⁴⁹ MONTORO, op. cit., p. 155.

⁵⁰ PAUPÉRIO, op. cit., p. 294.

praeterita), serão abarcados pela novel legislação. Não significa tal aplicação, portanto, efeito *retroativo*, mas, sim, *imediatos*^{51, 52, 53}

Pauperio, em lição precisa, esclarece que nos *“próprios contratos em curso, subordinados antes, até mesmo para os efeitos futuros, à lei antiga, a não ser que a lei nova estabelecesse o contrário, tem lugar o efeito imediato, que não significa, sem dúvida alguma, efeito retroativo. Só aos momentos anteriores de uma situação em curso é que não poderia a lei nova aplicar-se sem retroatividade”*^{54, 55}

Veja-se, como exemplo, uma situação que evidencia fielmente a distinção entre o efeito *retroativo* e *imediatos*: a Lei 9.032/95 extinguiu a possibilidade de concessão de pensão às pessoas que foram designadas como dependentes por segurados da previdência social. Há, porém, quem sustente a existência de direito adquirido à pensão, para pessoas designadas até a data da Lei 9.032/95. Ocorre que somente há o direito à pensão com o evento morte. Antes da morte do segurado, não há direito à pensão, mas, sim, uma mera expectativa de direito. Poder-se-ia falar em fato consumado se, antes da publicação da Lei 9.032/95, ocorresse a morte do segurado. Nesse caso, estaria presente o direito adquirido, visto que todos o requisitos para o recebimento da pensão foram satisfeitos (dependente designado + morte antes da publicação da Lei 9.032/95), pouco importando a falta de diligência do dependente em pleitear seu direito à pensão, anos depois da publicação da referida Legislação. A Lei 9.032/95 não poderá, nesse caso, retroagir, alterando os fatos já concretizados e perfeitamente consumados na vigência da lei anterior, sob pena de ferir direito adquirido. Ao contrário, mesmo aquelas pessoas designadas dependentes antes da publicação da Lei 9.032/95, não terão direito à pensão se o segurado veio a falecer em momento posterior à publicação da retromencionada legislação, exatamente porque lhes falta um requisito para sua aquisição: a morte do segurado na vigência da Lei anterior. A Lei nova, nessa situação, aplicar-se-á imediatamente, já que não existe aqui a figura do fato consumado ou do direito adquirido. Nesses termos, a decisão do Superior Tribunal de Justiça, na ocasião do julgamento do EREsp n. 190.193/RN, em 14/06/2000, publicado em 07/08/2000:

“O fato gerador para a concessão da pensão por morte é o óbito do segurado instituidor do benefício. A pensão deve ser concedida com base na legislação vigente à

⁵¹ *“... as normas de direito econômico se aplicam imediatamente, alcançando os contratos em curso, notadamente os de execução diferida ou de trato sucessivo, mercê do caráter de norma de ordem pública que desfrutam”*. (Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp n 2595 – SP, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo, data do julgamento em 28 de agosto de 1990).

⁵² *“Trata-se de lei que mudou o padrão monetário móvel, dentro da fluidez da inflação; que “descharacterizou o salário mínimo como fator de correção monetária”, segundo reza a ementa da Lei 6.205. Não há como negar-lhe aplicação imediata. Não afeta ela direito adquirido, pela simples razão, como acentua Roubier, de que inexistiu direito adquirido a padrão monetário, a estatuto legal da moeda, matéria da competência exclusiva do Estado. Se, acaso, esse poder não se exerceu durante determinado período, no qual houve liberdade de conveniar determinada indexação, isso não significa que, manifestado o poder regulamentar nessa área, possam manter-se as convenções anteriores, contra legem, simplesmente toleradas em fase de lacuna legislativa, mas abolidas quando o Estado preencheu o vazio legal. Mesmo que se admita houvesse leis autorizadoras do salário mínimo como padrão correto da moeda, claro está que a lei nova que altera esse padrão deve ser cumprida de imediato. Simplesmente porque não há direito adquirido a padrão monetário. Se o Governo mudar o índice, não haverá também direito adquirido em relação aos contratos celebrados na base da ORTN, se a lei nova não os ressalva”* (RT 656/202).

⁵³ *“Não constitui direito adquirido o direito eventual estatuído em lei e dependente de fato futuro para a sua completa concretização; antes da realização deste é mera expectativa de direito.”* (RT 149/349).

⁵⁴ PAUPERIO, op. cit., p. 296.

⁵⁵ PEREIRA, trazendo a baila a teoria de Paul Roubier, evidencia ser forçoso distinguir dois momentos sucessivos no desenvolvimento de uma situação jurídica: *“há situações jurídicas que se constituem em um só momento, em consequência de um único fato (a morte de uma pessoa, o abaloamento de um veículo) e há outras que supõem certo lapso de tempo, requerendo um estado de fato contínuo (a prescrição aquisitiva pressupõe a posse contínua por um lapso prolongado), ou a presença de elementos sucessivos (a sucessão testamentária requer, de um lado, um testamento válido e, de outro, a morte do testador). No tocante às situações jurídicas que já se acham constituídas, a regra é uma só: as leis que regulam a constituição de uma situação jurídica não podem atingir as situações jurídicas já constituídas.”* (PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 149).

*época da ocorrência do óbito. Falecido o segurado, sob a égide da Lei 9.032/95, não há direito adquirido ao dependente designado anteriormente*⁵⁶

Outro exemplo elucidica bem a questão da incidência imediata da lei nova: discutiu-se, há algum tempo, se a Lei 8.009/90, a qual proibira a incidência da penhora aos bens que guarnecem a residência do devedor, teria efeito naquelas situações em que a penhora já se efetivara, antes do nascimento da retroaludida legislação. A questão poderia ser colocada nos seguintes termos: a penhora, ocorrida momentos antes da edição da Lei 8.009/90, corresponderia a um verdadeiro direito adquirido, sendo, pois, regida pela Lei vigente ao tempo de sua ocorrência ou, ao contrário, o Diploma novel, ao entrar em vigência, aplicar-se-ia imediatamente, desconstituindo a penhora realizada anteriormente à sua publicação? Acertadamente pacificou-se na jurisprudência o entendimento de que a Lei 8.009/90, ao entrar em vigência, produziu, de imediato, efeito sobre o processo em andamento, *do qual a penhora é ato necessário e pendente de desdobramentos processuais para a satisfação do direito material*. Isto é, admitindo-se que a penhora é simplesmente um *ato executivo* (ato do processo de execução), cuja finalidade é a *individualização e preservação* dos bens a serem submetidos ao processo de execução, a jurisprudência orientou-se pela desconstituição da penhora ocorrida antes do nascimento da Lei 8.009/90. A penhora, portanto, não corresponde a um direito adquirido, mas, sim, a mera *expectativa de direito*; ela não cria direito real. A penhora não importa transferência de propriedade. Embora onerado, o bem continua no patrimônio do devedor; é ato do processo de execução que tende a obter a expropriação do bem do devedor com o objetivo de efetuar o pagamento do credor. Particulariza-se, no patrimônio do executado, o bem a ser futuramente alienado. A penhora é, pois, um ato preparatório da expropriação do bem e do conseqüente pagamento do credor. Como a penhora visa a futura alienação do bem, após a Lei 8.009/90, que estabeleceu que os bens móveis que guarnecem a residência do devedor não responderão pela dívida, a alienação de tais bens torna-se juridicamente impossível. Mesmo que se prosseguisse a execução, mantendo-se a constricção que antecedeu a nova Lei, impossível seria, no futuro, a alienação do bem penhorado por absoluta proibição legal⁵⁷. Tal exemplo, como dito acima, refere-se à aplicação imediata da lei e não à sua retroatividade, porquanto não atingiu situações já perfeitamente acabadas e consumadas pela lei anterior vigente⁵⁸.

No que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor, não restam dúvidas da sua aplicação imediata naquelas situações não definitivamente concluídas ou nos efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados⁵⁹. Advirta-se mais uma vez: não se tratará, nessas hipóteses, de efeito retroativo da lei, senão da imediata aplicação dela. Surgem, todavia,

⁵⁶ Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acessado em 22 fev. 2003.

⁵⁷ Lições retiradas do REsp 11.698 – MS, Terceira Turma, Relator Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 18/02/1992.

⁵⁸ Veja-se mais um exemplo jurisprudencial que bem evidencia a aplicação imediata da lei: “*Prescrição. Rurícola. Superveniência da Emenda Constitucional n° 28, de 26-05-2000. Inaplicabilidade. 1. Inconcebível, no ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação retroativa de lei que importe infringência ao direito adquirido da parte*(CF/88, art. 5°, inc. XXXVI). 2. A Emenda Constitucional n° 28, de 26-05-2000, não regula a prescrição se, quando passou a vigor, apanhou o contrato de emprego do rurícola já extinto e a ação já ajuizada. A lei nova não tem o condão de alcançar situações pretéritas, já totalmente consolidadas segundo a regra prescricional vigente à época. A aplicação imediata da lei nova alcança unicamente os efeitos futuros de fatos passados, mas não se compadece com a incidência sobre fatos integralmente consumados no passado. “*Esse princípio é a própria moral da legislação*” (GRENIER). *Convicção robustecida mediante a aplicação analógica da Súmula n° 445 do E. STF. 3. Inexistência de ofensa aos artigos 896 da CLL, 7°, inciso XXIX, da Constituição Federal e 462 do CPC. Embargos de que não se conhece. Por unanimidade, não conhecer dos embargos.*” (Tribunal Superior do Trabalho, Embargos em Recurso de Revista, Relator Ministro João Oreste Dalazen, Subseção I, Especializada em Dissídios Individuais, DJ 07/06/2002).

⁵⁹ Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao concluir que as normas de ordem pública econômica “*imPLICAM derrogação de cláusulas de contratos em curso*”. (Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 7.904-ES, Relator Ministro Athos Carneiro, julgada em 12/03/1991. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>). Acessado em 22 fev. 2003).

as seguintes indagações: a legislação de ordem pública, em função de sua natureza, enquadrada nas hipóteses excepcionais que permitem sua aplicação retroativa? O Código de Defesa do Consumidor, por ser uma Lei de ordem pública, aplica-se retroativamente àquelas situações já consumadas?

Bento de Faria, referindo-se às normas de ordem pública, assenta que *“na esfera do direito público há de sempre prevalecer a vontade do Estado, orientada, é bem de ver, pelo menor sacrifício dos direitos subjetivos.”* O mesmo autor, escorando, agora, seu posicionamento nas lições de Planiol, sustenta a aplicação retroativa e integral das leis de direito público: *“O princípio que torna aplicável a lei nova a todos os fatos posteriores à sua promulgação rege, sem nenhuma exceção nem reservas, todas as leis de direito público ou de caráter público.”*⁶⁰ Igual entendimento é adotado por Lafayette: *“É um princípio fundamental de direito – que as leis de administração e ordem pública têm efeito retroativo, isto é, são aplicáveis aos atos anteriores à sua promulgação, contanto que esses atos não tenham sido objeto de demandas e que não estejam sob o selo da coisa julgada.”*⁶¹ Diniz, aduzindo posição semelhante, esclarece que os *“direitos adquiridos devem ceder ao interesse da ordem pública; logo as normas de ordem pública serão retroativas, desde que expressas e sem que haja desequilíbrio jurídico-social.”*⁶²

A tese da retroatividade das normas de ordem pública é fundamentada, como se vê, pela prevalência dos interesses da coletividade contra os interesses individuais. Os particulares devem, segundo esse entendimento, subordinar-se às mudanças legais reclamadas naquele momento social, em razão de sua conveniência. Com efeito, tratando-se de normas de ordem pública – argumentam os defensores da sua aplicação, *retrooperante* – seria ilícito pretender direitos, como irrevogavelmente adquiridos, contrários à ordem pública. A retroatividade, em tais casos, justificar-se-ia pelo interesse essencial da sociedade, mas sem a possibilidade de determinar perturbações de caráter geral, simplesmente porque importaria ofensa à mesma ordem pública invocada como fundamento da retroação⁶³.

Seguindo entendimento diametralmente oposto, Caio Mário Pereira, evidencia:

*“Costuma-se dizer que as leis de ordem pública são retroativas. Há uma distorção de princípio nesta afirmativa. Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. A tese contrária encontra-se defendida por escritores franceses ou italianos, precisamente porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao juiz e não ao legislador.”*⁶⁴

Ao que tudo indica, conforme deixa entrever o mestre supracitado, existe uma forte

⁶⁰ FARIA, op. cit., p. 26.

⁶¹ FARIA, op. cit., p. 27.

⁶² DINIZ, op. cit., p. 194.

⁶³ FARIA, op. cit., p. 28.

⁶⁴ PEREIRA, op. cit., p. 155.

confusão entre efeito retroativo e imediato da lei⁶⁵. A lei nova, seja ela de ordem pública ou não, sempre terá aplicação imediata e geral. Como esclarecido alhures, aquelas situações não definitivamente constituídas, bem como os efeitos presentes e futuros dos fatos já consumados serão abarcados pela autoridade da nova lei. A lei retroativa, ao contrário, é aquela que se aplica a situações já acabadas e perfeitas⁶⁶. O sistema jurídico brasileiro, v.g., admite a aplicação retroativa da lei penal sempre que esta beneficiar o réu, mas isso em razão de expressa previsão constitucional (art. 5º, XL, da Constituição Federal)⁶⁷.

É apropriado ressaltar novamente que a Constituição Federal, ao declarar, imperativamente, que a lei nova não atingirá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, adotou o princípio da não-retroatividade da lei como regra geral do ordenamento jurídico. A irretroatividade das leis, dependendo da forma em que é regulamentada num sistema, pode ser mais ou menos flexível em sua aplicação. Conforme a bem posta lição de Azevedo, nos países em que é proclamado pelo legislador ordinário, não passa de uma prescrição imposta ao poder judiciário, e o legislador reserva-se o direito de abrir-lhe exceções, aparentemente justificadas pelos invocados preceitos da moral e do direito filosófico, ou pelas exigências da ordem social. Quando, porém, o princípio da irretroatividade apresenta-se como máxima constitucional – como é o caso do Brasil –, não se há de fazer-lhe exceções; o legislador fica preso, maniatado, nunca se lhe poderá atribuir legalidade a sua intenção de dominar, mediante as novas leis, os fatos pretéritos já consumados; os juízes, outrossim, são obrigados a esta regra de interpretação que decorre do próprio sistema de direito.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor aplica-se, por exemplo, àqueles contratos assinados antes de sua vigência, anulando cláusulas leoninas ou abusivas cuja eficácia prática ocorreria agora, ou no futuro – os chamados contratos de trato sucessivo⁶⁸ –, ferindo a nova ordem de valores imposta pela legislação *consumerista*. Nesse ponto não há lesão alguma ao princípio da irretroatividade das leis, pelo simples fato de inexistir direito adquirido ou ato jurídico perfeito^{69,70}. Não há se falar aqui em retroatividade da lei, mas, sim, em sua aplicação *imediata*, uma vez que a cláusula passível de anulação não se consumou ou se exauriu antes da publicação da Lei 8.078/90; embora *constituído* o contrato, algumas de suas cláusulas, agora abusivas, não se *consumaram*⁷¹. Marques assevera, com pena de ouro, que

⁶⁵ O presente estudo alterou nossa posição a respeito do tema. No livro intitulado “Responsabilidade civil e tabagismo no Código de Defesa do Consumidor”, chegamos a confundir os termos “retroatividade” e “imediata”, momento em que foi afirmado: “... havendo interesse social a exigir a imediata aplicação da lei nova, a norma retroagirá, até porque a sucessão de problemas ou situações é que finda por evidenciar a necessidade ou mesmo a urgência de novo preceito cogente.” (DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 89). Conforme defendido neste ensaio, não há que se confundir as duas expressões, porquanto elas retratam situações diversas, cada qual com particularidades próprias.

⁶⁶ O próprio significado literal da palavra ‘retroativo’ evidencia o que aqui se defende. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define referido termo como aquilo relativo ao passado, que modifica o que está feito, que afeta o passado, que retroage. (FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Dicionário Novo Dicionário Aurélio Eletrônico*. Versão 3.0. MGB Informática Ltda.).

⁶⁷ “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

⁶⁸ Tais situações atingem diversos contratos, a exemplo dos contratos de locação e promessa de venda e compra.

⁶⁹ Em sentido contrário o entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal que, trocando em miúdos, dá preferência ao equilíbrio inicial do contrato e à expectativa das partes no momento do pactuado, desprezando, por outro lado, os novos valores e princípios impostos pela novel legislação.

⁷⁰ Nesse sentido os ensinamentos do Ministro Aliomar Baleeiro (RExt. 62.731-GB), citado por Marques: “*Eu contesto é que se possa negar efeitos já produzidos, decorrentes de situação definitivamente constituída. Supomos que neste momento a lei marque o teto de 6% à usura. Será feita uma Lei ou Decreto-lei baseado na segurança nacional, e dirão no Brasil, no empréstimo, não poderá mais cobrar juros, juro é pecado. Assim, com tais fundamentos morais, ficam proibidos os juros. Tendo validade essa lei, daqui para o futuro ninguém mais pagaria juros, mas quem recebeu juros até hoje não é obrigado a devolvê-los. Ninguém pode pedir de volta o juro que estava vencido até ontem; ninguém deixa e ser credor de juro que estava vencido até ontem. É uma situação definitiva. O credor não pode ser prejudicado*”. (MARQUES, op. cit., p. 194-195).

⁷¹ “O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação imediata aos contratos com eficácia duradoura, conforme o art. 170 da Constituição Federal e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil.” (9.a conclusão do II Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor).

“o ato jurídico pode ser assinado e não ser juridicamente perfeito. Como ensinava Clóvis Bevilacqua: “Já ficou dito que o direito adquirido pressupõe um fato capaz de produzi-lo, segundo as determinações da lei” (então vigente). “A segurança do ato jurídico perfeito é um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador.” Um ato assinado pode não ser gerador de direitos adquiridos, mas pode ser gerador de efeitos já consumados, agora intocáveis, por isso mesmo a definição do art. 6º, §1º, da LICC prioriza a expressão “consumado”, para frisar sua diferente função em relação ao direito adquirido.”⁷²

Posto isso, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor não tem efeito retroativo pelo mero fato de ser uma norma de ordem pública⁷³. O texto constitucional, ao preceituar que a lei nova não prejudicará o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, não faz distinção entre legislações de ordem pública e outras que não possuem essa natureza. Quisesse o ordenamento jurídico nacional recepcionar a retroatividade das leis de ordem pública, deveria, como fez com questões envolvendo a lei penal benéfica ao réu, excepcionar, expressamente, tal situação na própria Constituição Federal. Destarte, os fatos já consumados, perfeitamente concluídos na vigência de normas anteriores à Lei *consumerista*, não são, de maneira alguma, atingidos por sua força e autoridade legislativa. Poderão, por outro lado, ter significativa influência do Código de Defesa do Consumidor (efeito imediato) aquelas situações não definitivamente concluídas ou os efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados, sempre que disserem respeito a relações de consumo⁷⁴.

5.5 O Código de Defesa do Consumidor como norma principiológica e os conflitos ocorrentes entre ele e outras legislações⁷⁵

Questão tormentosa, ainda pouco explorada pela doutrina nacional, diz respeito aos múltiplos conflitos surgidos entre as leis contidas no sistema jurídico, sejam elas comuns ou especiais, nacionais ou internacionais, e o Código de Defesa do Consumidor.

Vale dizer que a análise do contexto histórico que levou à criação do Código de Defesa do Consumidor, feita no segundo capítulo deste trabalho, reporta, necessariamente, ao estudo do presente tópico neste ensaio, sem, contudo, desconsiderar o necessário exame do art. 7º do referido Diploma Legal, tendo em vista sua íntima relação com o assunto ora em comento.

⁷² MARQUES, op. cit., p. 193.

⁷³ Embora nossa opinião a respeito do tema tenha sido expressada de maneira diversa no trabalho intitulado Responsabilidade Civil e Tabagismo no Código de Defesa do Consumidor; publicado pela editora Del Rey, nossa conclusão lá esposada permanece inalterada. Isto é, entendemos que o Código de Defesa do Consumidor é a lei aplicável em ações promovidas contra as indústrias do fumo, em que se pleiteiam indenizações por doenças tabaco-relacionadas. A Lei *consumerista*, nesses casos, terá aplicação imediata, porque os efeitos gerados pelo tabagismo somente surgem anos após a data inicial de consumo de cigarros. Todas as pessoas – ou a maioria delas – hoje acometidas por doenças relacionadas ao fumo, iniciaram-se no vício décadas atrás, o que significa que seus efeitos malignos (efeitos futuros) manifestaram-se após a publicação do Código de Defesa do Consumidor, fato que, *per se*, motiva a aplicação imediata da mencionada legislação.

⁷⁴ Nesse sentido: “*Consórcio – Publicidade enganosa – Teoria da confiança – Aplicação. Proteção ao consumidor: Direito intertemporal. Código do Consumidor. Contratos concluídos antes de sua vigência. Evolução da teoria contratual. Teoria da confiança. Responsabilidade da empresa que, em enganosa publicidade, vinculou seu nome a consórcio administrado por empresa do mesmo grupo econômico. Pessoa jurídica que acabaria em liquidação extrajudicial, sendo que o consumidor só contratou devido à respeitabilidade da empresa oculta. I – O CDC contém normas de ordem pública, portanto de aplicabilidade imediata. Quanto às relações contratuais em curso quando de sua entrada em vigor, há que se distinguir dois marcos: o momento pré-contratual será regido pela lei da época, enquanto que os efeitos observados na vigência do Código deverão adequar-se a este diploma. ...*” (Tribunal de Alçada de Minas Gerais, Apelação Cível n. 233.177, Relator Juiz Wander Marotta, DJJ MG de 12/08/1997; *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2a quinzena set. 1997, n. 18/97, P. 356,3/13592).

⁷⁵ Sobre o tema, veja-se a profunda análise feita pela professora MARQUES, op. cit., 1992.

Não são raras as situações de conflitos envolvendo o Código de Defesa do Consumidor e outras legislações. São exemplos de leis que, dia a dia, incitam, no Judiciário, discussões envolvendo tais conflitos: a Lei n. 3.071/16 (revogado); a Lei n. 556/50 (revogado); a Lei n. 7.565/86 (Código Brasileiro da Aeronáutica); a Convenção de Varsóvia, recebida pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto 20.704/31 e sua posterior modificação no Protocolo de Haia, introduzido pelo Decreto 56.463/65⁷⁶; a Lei n. 7.357/85 (Lei do Cheque); a Lei n. 8.245/91 (dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos)⁷⁷; a Lei n. 4.591/64 (dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias); Lei 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro Nacional); Decreto-Lei 911/69 (dispõe sobre normas de processo sobre alienação fiduciária)⁷⁸; dentre outras.

Induvidosamente, trata-se de tema merecedor de trabalho específico em razão de sua complexidade e importância. Complexidade, porque não se apresenta tarefa fácil compreender como uma legislação – a Lei 8.078/90 – possui um poder de ingerência tamanho, capaz, inclusive, de derrogar ou, até mesmo, desestruturar, por completo, outros microssistemas criados para regular situações jurídicas peculiares. Importância, em função das adaptações legais que o Código de Defesa do Consumidor imputa a outros diplomas normativos, fazendo com que esses últimos se adaptem ou, até mesmo, anulem-se em face dos princípios e comandos impostos pelo primeiro.

A percepção da atual importância e supremacia da Lei *consumerista* deve ser construída mediante bases sólidas, notadamente alicerçadas: a) na compreensão da evolução da visão individualista do Direito para uma visão social do Direito; e b) na própria Constituição Federal.

Conforme exposto alhures, os contratos, no século XIX, eram formalizados sob a égide da autonomia da vontade. A liberdade de contratar e a vontade dos contratantes prevaleciam sobre a própria lei, porquanto se acreditava que o *“contrato traria em si uma natural equidade, proporcionaria a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual.”*⁷⁹

A lei funcionava, tão-somente, como garantidora das relações contratuais, consentindo e assegurando a plena satisfação das vontades dos indivíduos em suas relações contratuais. Conforme a lição de Marques, *“a função das leis referentes a contratos era, portanto, somente a de proteger esta vontade criadora e de assegurar a realização dos efeitos queridos pelos contratantes. A tutela jurídica limita-se a possibilitar a estruturação pelos indivíduos destas relações jurídicas próprias assegurando uma teórica autonomia,*

⁷⁶ “Responsabilidade Civil. Transportador. Limitação de Indenização. Código de Defesa do Consumidor. Convenção de Varsóvia. Editada lei específica, em atenção à Constituição (Art. 5º, XXXII), destinada a tutelar os direitos do consumidor; e mostrando-se irrecusável o reconhecimento da existência de relação de consumo, suas disposições devem prevalecer. Havendo autonomia, o previsto em tratado perde eficácia, prevalecendo a lei interna posterior que se revela com ele incompatível. Recurso conhecido e não provido.” (Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 169000/RJ, Relator Ministro Paulo Costa Leite, data da decisão: 04/04/2000).

⁷⁷ “LOCAÇÃO- LEI 8.245/91 - RETENÇÃO E INDENIZAÇÃO POR BENEFETORIAS - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - LEI 8.078/90 - INAPLICABILIDADE. 1. Não é nula, nos contratos de locação urbana, a cláusula que estabelece a renúncia ao direito de retenção ou indenização por benfeitorias. 2. Não se aplica às relações regidas pela Lei 8.245/91, porquanto lei específica, o Código do Consumidor. 3. Agravo regimental não provido.” (Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma Cível, Relator Ministro Edson Vidigal, data da decisão: 11/04/2000).

⁷⁸ “Alienação fiduciária – Busca e apreensão – purgação da mora – limite – revogação – Código de Defesa do Consumidor – Aplicabilidade.

- O §1º do art. 3º do Decreto-lei 911/69, que limita a purga da mora ao pagamento de 40% das prestações, encontra-se revogado em vista das disposições contidas nos arts. 6, V e 53 do Código de Defesa do Consumidor.” (Apelação Cível n 332.777-9, Relator Juiz Alvimar de Ávila, Belo Horizonte, julgado em 25/04/2001. Disponível em: <<http://www.ta.mg.gov.br>>. Acessado em 22 fev. 2003.).

⁷⁹ MARQUES, op. cit., 1992, p. 22.

*igualdade e liberdade no momento de contratar; e desconsiderando por completo a situação econômica e social dos contraentes.*⁸⁰

No entanto, em razão da evolução, a produção, distribuição e contratação de produtos e serviços – antes individualizados e personalizados – passaram a operar-se de modo massificado e estandardizado; o consumidor, diante dessa recente conjuntura, tornou-se um mero número. As relações contratuais despersonalizaram-se, adaptando-se à novel realidade de mercado – alterada em virtude do desenvolvimento industrial e tecnológico corrente –, nascendo, daí, métodos de contratação padronizados (contratos de adesão e as condições gerais dos contratos).

Como resultado, considerada a recorrência das relações econômicas nas sociedades de massa e a sua inserção nos mecanismos de circulação de riquezas do mercado de consumo, revelou-se, mesmo sob apreciação sumária, a indispensabilidade de uma intervenção hierárquica para o fim de salvaguardar o equilíbrio social, dentro de condições mínimas e/ou máximas⁸¹. Percebeu-se, nesse momento, que a concepção tradicional do contrato não mais se adequava à nova realidade econômica.

Passaram, então, os Estados de todo o mundo, uns com maior, outros com menor intento, a intervir nas relações de consumo, objetivando regulá-las, isto é, equilibrar as forças entre os partícipes de tal relação e, como consequência, harmonizar o funcionamento econômico na macroestrutura⁸². Deu-se um tratamento desigual aos desiguais, buscando restabelecer a harmonia e o equilíbrio de forças entre os pólos da relação de consumo. Concluiu-se, portanto, que somente assim seria possível o alcance do equilíbrio e da harmonia social.

No Brasil – conforme frisado em momento anterior –, a crise da concepção clássica do contrato somente teve uma solução na década de oitenta, mais especificamente com a edição da Constituição Federal de 1988, que incluiu a defesa do consumidor no plano da política constitucional⁸³.

Tais considerações – feitas no início deste estudo e agora sumária e necessariamente repisadas –, além de evidenciarem o Código de Defesa do Consumidor como lei incomum, estabelecem diretamente seu âmbito de aplicabilidade.

Conforme já dito, a defesa do consumidor foi erigida pela atual Carta Magna a princípio constitucional da atividade econômica (art. 170, V); não bastasse isso, foi inserida no rol dos direitos e garantias individuais do citado Diploma Legal (art. 5º, XXXII). A efetiva tutela do consumidor brasileiro, por sua vez, é realizada por intermédio de uma legislação – a Lei 8.078/90 – criada, outrossim, com base em um comando constitucional (art. 48 do ADCT)⁸⁴.

⁸⁰ MARQUES, op. cit., 1992. p. 17.

⁸¹ VILLARPANDO, Hugo. *Pessoa jurídica e o crédito bancário* – destinatário final. Disponível em: <<http://www.infojus.com.br>>. Acessado em 22 fev. 2003.

⁸² *Ibid.*

⁸³ MARQUES, op. cit., 1992. p. 49.

⁸⁴ Rizzatto Nunes, em ensaio jurídico intitulado “É inconstitucional qualquer Medida Provisória que pretenda afastar o Código de Defesa do Consumidor”, publicado no site da editora Saraiva, esclarece que “a Lei n. 8.078/90 é Código por determinação constitucional (conforme art. 48 do ADCT/CF), o que mostra desde logo o primeiro elemento de ligação entre esse diploma e a Carta Magna.” E continua: “Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóvel continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentem o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciados por todos os princípios e regras da Lei n. 8.078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.” (Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br>>. Acessado em 22. fev. 2003.

Destarte, a efetividade do princípio constitucional, que prevê a defesa do consumidor, é exercida por meio da Lei *consumerista*. Por meio de tal legislação é que se torna possível a aplicação funcional do princípio constitucional de defesa do consumidor no caso concreto. Negar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo é, por consequência, repudiar vigência a valores e princípios constitucionais expressos. Nesse sentido, a expressão cunhada por Nery Júnior – norma *principiológica* –, muito em voga atualmente⁸⁵.

Em verdade, a Lei das relações de consumo fez um corte horizontal em toda a extensão da ordem jurídica existente, permeando a sua disciplina por todos os ramos do direito – público e privado, contratual e extracontratual, material e processual. Estabeleceu uma disciplina única e uniforme para todas as relações de consumo, devendo ser aplicada em toda e qualquer área do Direito em que elas ocorrem⁸⁶. Fazendo uso das lições certas de Benjamin, pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor pertence àquela categoria de leis denominadas *horizontais*, cujo campo de aplicação invade, por assim dizer, todas as disciplinas jurídicas: do Direito Bancário ao Direito de Seguros, do Direito Imobiliário ao Direito Aeronáutico, do Direito Penal ao Direito Processual Civil. São normas que têm por função não reger uma determinada matéria, mas proteger sujeitos particulares, mesmo que estejam eles igualmente abrangidos por outros regimes jurídicos. Daí o caráter especialíssimo do Direito do Consumidor⁸⁷.

Deparando-se o intérprete com situações concretas em que, aparentemente, existam conflitos entre o Código de Defesa do Consumidor e outras leis (sejam elas gerais ou especiais, nacionais ou provenientes da ordem internacional)^{88,89}, deverá buscar a solução no próprio sistema normativo *consumerista*, haja vista sua supremacia legal.

Destarte, em primeiro lugar, deve-se tentar, com harmonia, adequar a lei supostamente conflitante ao microsistema das relações de consumo; quando isso é possível, nenhum problema surgirá, porquanto tal lei continuará em vigência naquele caso sob análise sendo, apenas, complementada e melhorada pelos princípios, normas e novos valores positivados pelo Código de Defesa do Consumidor; em conformidade com o prescrito no art. 7º da Lei

⁸⁵ Marques, em suas precisas lições, realça a importância dos valores estabelecidos na Carta Magna: “*O dinamismo e os interesses contraditórios presentes na atual sociedade de massas desencadearam o aparecimento de um grande número de leis esparsas, leis especiais, em um fenômeno que os alemães denominaram de “Estilhaçamento” do direito (Zersplitterung). Frente aos interesses contraditórios defendidos pelas leis especiais, face a generalização excessiva dos Códigos dos sécs. XVIII e XIX, a ciência do direito teve que buscar a segurança da lei máxima, da lei hierarquicamente superior, para ali resguardar os valores que considerava mais importantes para aquela sociedade. A Constituição toma assim o lugar da Codificação maior. É o fenômeno denominado por Hesse da “Força normativa da Constituição” que leva a Constituição a guiar, com suas novas linhas mestras tanto o direito público quanto o direito privado.*” (MARQUES, op. cit., 1993. p. 163-164).

⁸⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 359.

⁸⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, mar. p. 509-510. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1998.

⁸⁸ Pouco importa, na solução de conflitos legais envolvendo o Código de Defesa do Consumidor, que as leis com ele conflitantes sejam gerais ou especiais. A Lei 8.078/90 preponderará, inclusive, sobre as leis especiais em função de sua origem constitucional (critério hierárquico), bem como em razão ao seu caráter de norma de ordem pública e interesse social. Frise-se: sempre que a matéria em conflito for albergada pela Lei *consumerista*, aplicar-se-á essa Lei em desprezo a outra lei (geral ou especial) em embate. É essa a vontade expressa do Estado ao caracterizar a Lei 8.078/90 como lei de ordem pública. A liberdade de contratar e a autonomia da vontade tiveram sua importância reduzida, prevalecendo-se sobre elas as normas imperativas ou obrigatórias impostas pelo Estado. Nesse sentido, a opinião do eminente Cavaliéri Filho: “*Em conclusão: é impertinente a regra lex posterior generalis non derogat priori speciali, porque, tratando-se de relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor é a lei própria, específica e exclusiva; a lei que estabeleceu a Política Nacional das Relações de Consumo, consolidando em um só diploma legal todos os princípios pertinentes à matéria, em razão de competência que lhe foi atribuída pela própria Constituição Federal. E, na matéria de sua competência específica, nenhuma outra lei pode a ele (Código) se sobrepor ou substituir. Pode apenas coexistir naquilo que com ele não for incompatível.*” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 236).

8.078/90. Como ensina o eminente Cavalieri Filho, “os institutos e contratos continuam regidos pelas normas e princípios que lhe são próprios, mas sempre que gerarem relações de consumo, ficam também sujeitos à disciplina do Código de Defesa do Consumidor”⁹⁰. Essa é a lógica da Lei 8.078/90: a compatibilização do microsistema *consumerista* com a norma supostamente com ela conflitante, sempre que possível.

Por outro lado, diante de um caso concreto, se determinada norma de uma lei *realmente* se contrapuser à Lei 8.078/90 – ou, conforme prefere Marques, existindo na situação sob análise uma antinomia real –, aquela deverá, necessariamente, sucumbir perante esta. Se possível, a lei conflitante não terá sua aplicação afastada no todo, mas, apenas, aqueles preceitos nela inseridos que estiverem em desarmonia com o Código de Defesa do Consumidor^{91, 92}.

Convém ainda registrar: não é correto falar em revogação de normas ou leis pelo Código de Defesa do Consumidor em se tratando de tema referente a conflitos de legislações. Revogar é impedir a aplicação da norma no mundo jurídico; é literalmente aniquilá-la, fulminando sua essência legal. A Lei 8.078/90 somente *afasta* o emprego de uma norma com ela conflitante no momento da aplicação do Direito para a solução de um caso concreto. Aquela norma ou lei *afastada* da aplicação naquele caso concreto poderá, novamente, ser utilizada em casos outros, em que se entender não caracterizada uma relação de consumo ou não importar tutela de consumidores. Sua existência e validade não serão afetadas mas, tão-

⁸⁹ FARIAS, em excelente artigo, demonstra, com mestria, a supremacia da Constituição Federal – e por consequência, da própria Lei 8.078/90 – quando em choque com tratados e convenções internacionais. Com efeito, evidencia: “Tenha-se em mente que o desenvolvimento de atividades mercantis globalizadas exige uma responsabilidade também globalizada dos fabricantes e demais participantes do fornecimento. Ou seja, em vez de importar um enfraquecimento da proteção do consumidor, a globalização exige uma defesa ainda mais ampla e segura, eis que os riscos de lesões às relações consumeristas aumentam nitidamente.

Nessa trilha, não é possível qualquer restrição ao nosso eficaz sistema de proteção ao consumidor. Ao revés, deve-se tentar ampliar a proteção consumerista, coadunando-se com a própria diretriz constitucional.

Aliás, é certo e incontroverso que como colorário do conceito de soberania nacional, presente nos estados democráticos de direito, apresenta-se a supremacia constitucional.

E é a partir dessa indubitosa supremacia da ordem constitucional que até mesmo convenções e tratados internacionais devem ser compatibilizar com a ordem (constitucional) interna para que possam ter aplicabilidade. É que têm os tratados e convenções internacionais, assim como quaisquer instrumentos normativos externos que pretendam ingressar em nosso Ordenamento, altitude infraconstitucional, devendo obediência hierárquica ao Texto Mater.

Dai Maurício Andreiuloto Rodrigues afirmar com propriedade que, “ao menos no Brasil, o tratado internacional não pode ultrapassar os limites impostos pela Constituição da República. E a razão para tanto está na natureza estável do texto constitucional. A leitura dos arts. 59 e seguintes deixa ver que se trata de uma Constituição rígida. E, como tal, os seus preceitos revestem-se de situação hierárquica mais elevada. Porque se trata de conflito de normas de diferentes hierarquias – uma, constitucional, e a outra, de natureza internacional, logo infraconstitucional – não tem valor a regra do *nonismo moderado*, ordinariamente utilizada, e de acordo com a qual *lex posterior derogat lex priori*.” (FARIAS; Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*, 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 91).

⁹⁰ CAVALIERI FILHO, op. cit., p. 431.

⁹¹ Com acerto, Marques leciona que na “maioria dos casos (...) a contradição existente é apenas entre algumas disposições (normas) destas leis, continuando-se a aplicar ambas as leis (a exceção das normas conflitantes) a um mesmo caso concreto. A regra geral é, justamente, da continuidade das leis no sistema.” (MARQUES, op. cit., 1993. p. 167).

⁹² Marques, em outro ponto de sua excelente monografia, assevera que “o conflito entre as normas do Código de Defesa do Consumidor com as dos Códigos Civil e comercial seria resolvido pela aplicação da regra do §2º do art. 2º da LICC, segundo a qual a lei nova especial não revogará a antiga lei geral, quando instituir normas especiais “a par das já existentes”. Assim, também, a noção de vício dos arts. 18 e 25 do CDC é totalmente diferente da de vício redibitório do art. 1.101 do Código Civil, os prazos de decadência do direito de reclamá-los também são novos, assim como a impossibilidade de se exonerar contratualmente da responsabilidade; mas, nem por isso, os arts. 1.101 e ss. do Código Civil estão revogados, somente não serão mais utilizados quando se tratar de um contrato de consumo. Na prática, os efeitos se aproximam, mas a sobrevivência das regras gerais é importante porque nem todos podem ser sempre caracterizados como consumidores e nem o CDC regulou toda matéria referente à existência, à validade e à eficácia dos contratos.” E conclui: “As normas presentes nas leis especiais continuam válidas para regular todos os contratos civis ou comerciais a que se destinam; tratando-se de contrato de consumo, sua aplicação será afastada naquilo que incompatíveis com o espírito protetor do CDC.” (Ibid., 1993. p. 179).

só, sua vigência naquele caso específico sob análise⁹³.

Desimportante para o intérprete, em casos de conflitos normativos, que uma lei especial reguladora de determinada matéria surja após o Código de Defesa do Consumidor – ou mesmo que se trate de lei geral. A Lei 8.078/90 possui a função única de regular as relações de consumo e tutelar um grupo específico de entes – os consumidores –, tendo seu âmbito de aplicação expressamente delimitado em seu texto normativo (arts. 2º, parágrafo único, 3º, 17 e 29). Tudo que disser respeito à proteção dos consumidores – sejam relações de origem administrativa, bancária, civil ou criminal –, será, inevitavelmente, regulado pela Lei *consumerista*, pouco importando existir norma especial⁹⁴, nascida antes ou após o advento daquela, dispendo de maneira diversa, sobre a matéria controvertida. Definida a relação de consumo, suas regras deverão ser observadas, sem exceção⁹⁵.

Ao cabo das considerações a que se procedeu e, utilizando-se das louváveis expressões amoadadas pela professora Marques, conclui-se que o Código de Defesa do Consumidor é uma lei especial-subjetiva, hierarquicamente superior (ou principiológica), complementar a um mandamento constitucional, e de ordem pública (lei de função social).⁹⁶ Tais posturas asseguram-lhe a robustez legal necessária ao cumprimento de sua função de revitalizar as diversas situações ocorrentes no mercado de consumo envolvendo consumidores e fornecedores. Dão-lhe, ainda, a autoridade necessária para, se conflitante com outra legislação, impor-se a ela e, efetivamente, regular e desvendar o embate de interesses sob a apreciação do Judiciário.

6 CONCLUSÕES

A interpretação do Direito, longe de ser apenas uma atividade de mera compreensão do texto normativo – a qual teria sentido, principalmente, naqueles casos em que a lei fosse imprecisa ou ambígua –, importa, outrossim, a exegese – ou compreensão – dos fatos de um caso concreto. Essa a visão do professor Eros Grau – com a qual se comunga, diga-se – no sentido de que a atividade de interpretar e a de aplicar o Direito correspondem a uma só operação⁹⁷.

Além de outras implicações, isso significa que todo trabalho doutrinário que se propõe a interpretar textos normativos deve partir, sempre que possível, de exemplos práticos, ou, ainda, de exemplos criados – afinal, por vezes, o intérprete adianta-se aos problemas que irão surgir –, sob pena de se sujeitar a toda sorte de lacunas ou “buracos doutrinários”, o que

⁹³ “A revogação é, porém, a morte da norma jurídica, significa tirar a força obrigatória, a vigência de uma norma, por incompatível com as novas normas impostas pelo legislador. O conflito de leis no tempo pode resolver-se pela revogação, se incompatíveis, como dispõe o art. 2º da LICC, mas a tendência do direito é justamente a contrária, a da continuidade das leis. O exame da compatibilidade das normas deve incluir não só os textos e as finalidades das normas, mas também analisar com cuidado o campo de aplicação de cada norma, pois se os campos de aplicação material e subjetivo são ora coincidentes ora não, não há interesse do sistema na decretação da perda de vigência de uma das normas, ao contrário, a sobrevivência de ambas é essencial, ou estaremos criando uma lacuna não querida no ordenamento jurídico.” (Ibid., 1993, p. 161).

⁹⁴ Os Tratados internacionais, quando em conflito com o Código de Defesa do Consumidor, também terão suas normas afastadas. Tal situação se deve à origem constitucional da Lei 8.078/90, que toma inadmissível a supremacia de legislações contrárias aos ditames estabelecidos pela Lei Magna.

⁹⁵ Tem-se especulado se o Novo Código Civil possui prevalência, mesmo nas relações tidas de consumo, sobre o Código de Defesa do Consumidor. A resposta é negativa. Deve-se deixar claro que, em se tratando de relações de consumo, a Lei *consumerista* deverá ser aplicada, com primazia, sempre. As suas raízes constitucionais (norma *principiológica*) conferem a ela um verdadeiro privilégio de aplicação e predominância sobre os demais textos normativos, gerais ou especiais. O Novo Código Civil, a exemplo das demais leis, poderá, sim, ser aplicado conjuntamente com o Código de Defesa do Consumidor no desato de problemas envolvendo relações de consumo; entretanto, havendo conflito entre as duas leis, prevalecerá, indubitavelmente, o vigor da última.

⁹⁶ MARQUES, op. cit., 1993.

⁹⁷ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

tornaria o feito menos prático do que superficial.

Pretendeu-se, aqui, justamente isto: passar ao operador do Direito uma exegese umbilicalmente jungida à sua aplicação prática, utilizando-se, para isso, de casos colhidos na jurisprudência pátria – inseridos em notas de rodapé, bem como no transcorrer de todo corpo textual –, visando dar uma qualidade funcional ao trabalho.

Seguindo esse critério, evidenciou-se, nos comentários aqui produzidos, o vigor normativo que possui a Lei *consumerista*, porquanto se apresenta, inarredavelmente, enraizada na Constituição Federal. De todo o estudo, concluiu-se que o artigo inaugural do Código de Defesa do Consumidor representa mais do que uma declaração de seu objetivo – proteger o consumidor brasileiro. Em verdade, a exata percepção de seu fim leva o intérprete a compreender os motivos históricos que levaram a criação da Lei *consumerista*, evidenciando, ainda, e principalmente, a sua robustez como texto normativo.

Destarte, percebeu-se que o Código de Defesa do Consumidor surgiu numa época em que a autonomia da vontade e a liberdade de contratar, há tempos, não mais se serviam à manutenção da segurança e igualdade das partes pactuantes. Os valores do contrato tradicional criaram um abismo, quase intransponível, impediendo do alcance do consumidor ao fornecedor. Era como se somente o último pudesse atingir o primeiro, por meio de uma ponte de via única.

Ditou o Estado, em razão dessa anterior realidade, e mediante a Lei 8.078/90, normas de ordem pública – de obediência necessária e obrigatória –, limitando, pois, a autonomia da vontade e a liberdade de contratar dos partícipes das relações de consumo. Pretendeu-se, com isso, garantir uma *real* igualdade – e não meramente aparente – entre consumidor e fornecedor.

O Código *consumerista*, além da sua necessária e forçosa observação pelos contratantes, possui certas particularidades em função de sua origem constitucional, bem como pela sua expressa caracterização como norma de ordem pública e interesse social.

À vista disso, sua aplicação independe do requerimento das partes, podendo ser feita *ex officio* pelo magistrado ou Tribunal. Por ser a Lei 8.078/90 derivada de uma cláusula pétrea (art. 5º, XXXII, CF), sua aplicação não poderá ser afastada por outras legislações, isso sempre que o intérprete estiver diante de uma relação de consumo. Possui, ainda, a Lei *consumerista* aplicação imediata - e não retroativa – naquelas situações não definitivamente concluídas ou nos efeitos presentes e futuros decorrentes de fatos já consumados.

Ademais, por constituir-se numa lei *principiológica* e de ordem pública, goza de supremacia em relação a outras leis – sejam elas gerais ou especiais, nacionais ou provenientes de ordem internacional – quando conflitantes com ela no momento da interpretação e aplicação legislativa para a solução de algum caso concreto. Com efeito, sempre que o intérprete se encontrar diante de situações tuteladas por duas leis diversas, sendo uma delas a Lei 8.078/90, e, não sendo possível sua compatibilização interpretativa (ou de seus textos normativos), deverá afastar a lei conflitante (ou, apenas, o texto normativo conflitante) com o Código de Defesa do Consumidor, para a solução daquele caso concreto.

Ao que tudo indica, o já citado art. 7º reproduziu o espírito do preceito imposto pelo § 2º, art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “*A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.*” A regra geral, diante disso, é a prevalência harmônica no sistema das diversas leis já existentes, bem como aquelas a existir no futuro, com o Código de Defesa do Consumidor. O art. 7º reproduz essa realidade. Deverá, pois, o intérprete, como primeiro critério a se adotar, procurar

compatibilizar a Lei 8.078/90 com a legislação (ou texto normativo) supostamente conflitante. Sendo possível a aplicação conjunta de ambas as leis (ou texto normativo), o problema estará solucionado e a regra geral será aplicada^{98,99}

Evidente, pois, que o objetivo da Lei *consumerista* não é revogar outras leis ou textos legais existentes no sistema jurídico. Sua principal função é complementar, melhorar as legislações já existentes – ou as que vierem a existir –, impor novos valores ao sistema jurídico vigente, visando, com isso, a uma maior tutela do consumidor. Nesse passo, os princípios e normas regentes do Código de Defesa do Consumidor deverão permear, integrar e aperfeiçoar a lei também aplicável àquela situação a ser solucionada; o espírito da Lei 8.078/90 entranhará no corpo normativo da legislação também aplicável ao caso concreto, aperfeiçoando-a e adequando-a à tutela do consumidor. Somente quando tal compatibilização não for possível (antinomia real), é que Lei 8.078/90, em razão de sua supremacia – Lei *principiológica* e de ordem pública –, afastará a aplicação do texto normativo ou legislação com ela conflitante para dirimir embates num dado caso concreto. Afinal, é o Código de Defesa do Consumidor – metaforicamente falando – um dos fios de ouro do emaranhado de leis que constituem a teia do ordenamento jurídico.

Lúcio Delfino.

ABSTRACT

The aim of this essay is to reveal the normative spirit of the first clause of the Consumer Defense Code and, therefore, establish its functional importance in order to understand and solve a range of problems that appear in consumption relations.

Key-words: *Necessary. Obligatory application. Transient law. Unretroactivity. Consumer Code.*

7 REFERÊNCIAS:

ALMEIDA, Borin Gavião de; VILLAÇA, Maria da Glória; WADA; Ricardo Morishita. Os sistemas de responsabilidade no código de defesa do consumidor – aspectos gerais. *Revista de Direito do Consumidor*, 41. São Paulo: RT, 2002.

⁹⁸ O mestre Maximiliano, em brilhante lição, assevera: “Não raro, à primeira vista duas expressões se contradizem; porém, se as examinarmos atentamente (subtili animo), descobrimos o nexu culto que as concilia. É quase sempre possível integrar o sistema jurídico; descobrir a correlação entre as regras aparentemente antinômicas.” E conclui: “Sempre que se descobre uma contradição, deve o hermenêuta desconfiar de si; presumir que não compreendeu bem o sentido de cada um dos trechos ao parecer inconciliáveis, sobretudo se ambos se acham no mesmo repositório. Incumbe-lhe preliminarmente fazer tentativa para harmonizar os textos; a este esforço ou arte os Estatutos da Universidade de Coimbra, de 1772, denominavam *Terapêutica Jurídica*.” (MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994. p.134).

⁹⁹ Essencial se mostra, nesse ponto, as lições da professora Marques ao esclarecer a importância de se respeitar a regra do sistema consumerista imposta pelo artigo 7º: “Observe-se, por exemplo, que o CDC é lei especial na sua face subjetiva, pois só impõe novas patamares gerais de equilíbrio e de boa-fé a todas as relações de consumo. O CDC é, por exemplo, lei especial em relação ao Código Civil de 1917, pois só trata das relações envolvendo os que define (ou equipara) como consumidores. O CDC, porém, só trata de alguns aspectos dos contratos de consumo (dever de informação, garantias, vícios de prestação contratual, cláusulas abusivas, dever de redação dos contratos de adesão etc.), deixando a maioria das regras sobre existência, validade e eficácia da relação para o Código Civil, logo, se o CDC revoga-se uma norma que fosse o Código Civil criaria uma grande lacuna para todos os outros tipos de contratos e para o seu próprio sistema, que não é exaustivo.” (MARQUES, op. cit., 1993. p. 175).

ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto Rosa. 2. ed. *Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica*. (monografias, dissertações e teses). De acordo com a ABNT 2000. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. *Ajuris*, mar. p. 509-510. Porto Alegre: Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

DELFINO, Lúcio. *Responsabilidade civil e tabagismo no código de defesa do consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

FARIA, Bento de. *Aplicação e retroatividade da lei*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1934.

FARIAS; Cristiano Chaves de. A proteção do consumidor na era da globalização. *Revista de Direito do Consumidor*; 41. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque Holanda. *Dicionário novo dicionário Aurélio eletrônico*. Versão 3.0. MGB Informática Ltda.).

FILOMENO, José Brito. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução à ciência do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE NOVAIS, Alinne Arquette. *A teoria contratual e o código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MACHADO, A. Paupério. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

MARCATO, Antonio Carlos. Preclusões: limitação ao contraditório? *Revista de Direito Processual*, n. 17, p. 106, 1980.

MARINS, James. *Responsabilidade da empresa pelo fato do produto*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1994.
- MELLO, Marco Aurélio de. Igualdade entre as raças. *Síntese Jornal*, ano 6, n. 61. p. 3-4, mar. 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. [s.l.]: Coimbra, 1998.
- MONTORO, André Franco. *Introdução à ciência do direito*. 4. ed. São Paulo: Martins, 1973.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Jurídica Atlas, 2002.
- NISHIYAMA; Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NISHIYAMA; Adolfo Mamoru. *A proteção constitucional do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- _____. *É inconstitucional qualquer medida provisória que pretenda afastar o Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.saraivajur.com.br>. Acessado em 22.2.3002.
- PASSOS, J. J. Calmon de. Aos que vão prosseguir. *Revista Prática Jurídica*, n. 3, p. 8. Brasília: Consulex, 2002.
- PAUPÉRIO, A. Machado. *Introdução ao estudo do direito*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.
- VILLARPANDO, Hugo. *Pessoa jurídica e o crédito bancário – destinatário final*. Disponível no site: <<http://www.infojus.com.br>>. Acessado em 22 fev. 2003.



A EFETIVIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

Carlos Eduardo do Nascimento*

RESUMO

A Constituição brasileira, por não dispor de cláusula indicativa da supremacia do direito internacional face ao direito interno, deixa para a jurisprudência a importante tarefa de definir um posicionamento a respeito da questão do conflito entre normas. Não obstante, não há que se falar em conflito de normas enquanto o Tratado, então vigente, não for denunciado, por se tratar de importante compromisso assumido perante a comunidade internacional.

Palavras-chave: Constituição Federal, Tratado, direito internacional, direito interno, conflito, STF.

1 INTRODUÇÃO

O tema em epígrafe é polêmico e atual, por tratar de questão que envolve o Direito Internacional (DI) em um delicado momento de redefinições de soberanias e de delimitações geográficas entre as nações. Esta realidade pode ser ilustrada pela sabedoria árabe, imortalizada nos versos de Gibran: “A Terra é minha pátria, a humanidade é minha família”. Numa terra de todas as nações, as questões que envolvem o DI merecem especial atenção por parte dos nossos juristas, especialmente no Brasil, onde é ainda incipiente o volume de estudos e teses a respeito.

É por isso que o objetivo deste estudo está em verificar qual norma prevalecerá em caso de conflito entre o direito internacional e o direito interno, além de outras questões conexas.

A resposta para este problema está na própria legislação interna de cada país, ou seja, no prestígio que se dá ao DI. De fato, há raros casos em que o DI se situa até mesmo acima da própria Constituição, como se verifica no caso da Holanda. Contudo, em dias atuais, é praticamente impossível a existência de um Estado absolutamente afeito à influência do DI.

2 TEORIAS

Há duas teorias a respeito do tema, cujas teses, proferidas na Academia de Haia¹, surgiram no final do século XIX e início do seguinte.

* O autor é Professor de Direito Constitucional I, II e III na Faculdade Atenas de Paracatu, de Direito Tributário e Direito Internacional Privado no UNIPAM – Centro Universitário do Triângulo, Patos de Minas e Diretor e Professor do Centro Jurídico Dominis em Uberaba. Advogado Especialista em Direito do Estado pela ESA/OAB-MG e Mestrando em Direito Internacional Econômico pela UCB – Universidade Católica de Brasília.

¹ Para maiores detalhes sobre as teses explanadas, vide a dissertação de mestrado de Estevão Ferreira Couto. COUTO, Estevão Ferreira. *A Relação entre o Interno e o Internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Dissertação de mestrado. Ciências políticas e Relações Internacionais - UNB, 2001.

2.1 TEORIA DUALISTA

A teoria Dualista surgiu no fim do século XIX, tendo como principais expoentes Carl Heinrich Triepel², na Alemanha, e Dionisio Anzilotti, na Itália. No Brasil, destacamos Amílcar de Castro e Nádia de Araújo.

Para esta tese, os dualistas levam em consideração que o DI é a relação entre Estados, enquanto que o direito interno regula a conduta entre Estado e seus indivíduos. Assim, o Tratado terá eficácia apenas no âmbito externo, até que seja “incorporado” internamente.

Em outras palavras, o dualismo imagina o direito interno e o direito internacional como duas ordens jurídicas diferentes e independentes entre si. Não se fala em conflito de normas, já que o direito internacional só terá validade para o ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que aquele for incorporado neste. Assim, o direito internacional não ingressará automaticamente na órbita jurídica interna do Estado, a partir da ratificação, mas tão somente mediante incorporação ou internalização (transposição da norma de origem internacional para o sistema interno através de uma manifestação legislativa).

Devido ao aspecto da incorporação, surgiram duas subdivisões ao dualismo³:

A) DUALISMO RADICAL – nesta modalidade, só terá valor jurídico interno o Tratado⁴ que for internalizado mediante lei *stricto sensu*. Ex. Na Itália ocorre a ratificação seguida da lei de aprovação.

B) DUALISMO MODERADO – nesta modalidade, a internalização prescinde de lei (pode se dar através de simples Decreto), embora seja necessária a observância do procedimento previsto no direito interno. Ex. No Brasil ocorre a ratificação e a promulgação presidencial *via* Decreto.

Incorporado o Tratado, havendo conflito de normas, não se fala mais em contrariedade de norma interna e Tratado, mas em conflito entre dois dispositivos nacionais.

Não obstante, esta tese reconhece o instituto da “responsabilidade internacional”, aplicável no caso de o Estado não gerar condições para que o Tratado tenha eficácia interna e com isso ocorrer prejuízo a(s) outra(s) parte(s). A responsabilidade é decorrente do princípio do “*pacta sunt servanda*”, insculpido no art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969 (CV).

2.2. TEORIA MONISTA

Para a teoria monista, há uma única ordem jurídica, formada pelo DI e direito interno. Como assevera Accioly, “[...] em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais”⁵. Esta unidade pode se dar de duas formas: ou dando primazia ao DI ou ao direito interno.

A) MONISMO COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNACIONAL

Esta modalidade teve como maior precursor Hans Kelsen⁶, da Escola de Viena, formulando a conhecida imagem da pirâmide das normas, sendo que no vértice encontra-se a norma fundamental, que vem a ser a regra do direito internacional público “*pacta sunt servanda*”.

² Triepel, H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, in *Recueil de Cours de L'Academy de Droit International*, tomo I, 1925.

³ Para Estevão Ferreira Couto, não existem dualismos ou monismos com gradações, ao contrário do que sugere a nova doutrina. COUTO, *op cit*.

⁴ Por ser a principal fonte de DI, trataremos neste trabalho especificamente a respeito dos conflitos entre Tratado e direito interno.

⁵ ACCIOLY, H. Manual de Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 62.

⁶ KELSEN, Hans. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International Public, in *Recueil de Cours*, 1926; *Teoria Pura do Direito*, 6 ed., Coimbra, Arménio Amado Ed., 1984; *Teoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.

Vários países, notadamente europeus, sofreram a influência desta tese, tais como a Alemanha, França⁷, Inglaterra e Holanda. Também a maioria dos laudos arbitrais internacionais adota esta teoria, a exemplo da Corte Internacional de Justiça (CIJ).

Alguns autores indicam ser este o sistema adotado pelos EUA, pois os tratados prevalecem quando em contradição com lei estadual, seja ela anterior ou posterior ao Tratado (art. 6, II da Constituição dos EUA⁸).

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, similarmente, adotou em seu artigo 27 a mesma regra: “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

No Brasil, até 1977, esta era a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Ainda vigora para os tratados que versem sobre Direitos Humanos, segundo a interpretação do art. 5º, § 2º da Constituição Federal (CF), até pelo fato de que a Emenda Constitucional nº 45/2004 acresceu um terceiro parágrafo ao referido dispositivo:

“Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Destacam-se como os principais estudiosos do assunto Flavia Piovesan e Caçado Trindade. Para eles, o Tratado de Direitos Humanos, ao ingressar no ordenamento jurídico nacional, possui *status* de lei constitucional. Em caso de conflito de normas, adota-se a teoria da norma mais benéfica. Celso Mello e H. Accioly figuram como outros adeptos ao monismo com primazia do DI, no Brasil.

No monismo com primazia do DI, o Direito Internacional é superior ao direito interno, em observância aos artigos 26 e 27 da CV, já citados.

Aqui, o Tratado ingressa automaticamente, sem necessidade de norma interna, e prevalece sobre o direito interno.

B) MONISMO COM PRIMAZIA DO DIREITO INTERNO

Esta modalidade teve como maior precursor Hegel. Esta teoria determina que a soberania do Estado é absoluta.

Hoje, com o fim das barreiras geográficas, com o aumento do número de atores internacionais no globo, com a influência dos laudos dos tribunais internacionais e opiniões de estadistas estrangeiros perante nossas cortes, é impossível pensar a soberania do Estado na forma absoluta.

Esta teoria, adotada em regimes totalitários, choca-se com o art. 27 da CV.

3 O CASO BRASILEIRO

3.1. POSIÇÃO DOS INTERNACIONALISTAS

A maioria doutrinária no Direito Internacional brasileiro acredita que o Tratado prevalece até que seja ele DENUNCIADO internacionalmente⁹.

⁷ Art. 55 da Constituição Francesa de 1958: “Os tratados ou acordos devidamente ratificados e aprovados terão, desde a data de sua publicação, autoridade superior à das leis [...]”.

⁸ Art. 6, II da Constituição dos EUA – “Esta Constituição, as leis dos Estados Unidos ditadas em virtude dela e todos os tratados celebrados ou que se celebrarem sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do País, e os juízes em cada Estado serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição e nas leis de qualquer dos Estados”. Contudo, o Tratado tem o mesmo *status* em relação à lei federal (votada pelo Congresso e sancionada pelo Presidente). Assim, em caso de conflito entre tratado internacional e lei do Congresso, prevalece o texto mais recente. Por isso, alguns autores identificam o sistema americano como similar ao adotado pelo STF brasileiro, ou seja, o “sistema paritário”, conforme será estudado, *infra*.

⁹ Neste sentido, vide a tese de Mirtó Fraga, no sentido de que o poder constituinte é limitado e não arbitrário a ponto de desprezar os compromissos internacionais. FRAGA, Mirtó. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, ed. Forense.

Neste sentido dispõe o art. 11 da Convenção de Havana sobre Tratados de 1928 (âmbito da América): “Tratados continuarão a produzir seus efeitos, ainda quando se modifique a Constituição interna dos Estados contratantes”.

Ao contrário da posição atualmente adotada pelo STF (vide *infra*), os internacionalistas primam pela superioridade do Tratado. A justificativa para tanto está no fato de o Tratado possuir forma própria para sua revogação, ou seja, a denúncia. De outra forma, só podem ser alterados por normas de igual categoria.

Não é compreensível a lógica de que norma interna revogue compromisso internacional, e o poder legislativo, ao aprovar o compromisso internacional, assume a responsabilidade de não editar leis posteriores ao Tratado que com ela conflita. Trata-se de uma obrigação negativa assumida pelo Congresso Nacional – “teoria do ato próprio” (*venire contra factum proprium non valet*), que impede que o Congresso Nacional edite leis posteriores que contradigam o conteúdo do Tratado internacional anteriormente aprovado.

Além do mais, há de ser realizado um “controle preventivo” da constitucionalidade e da legalidade do tratado face ao ordenamento interno e aos interesses do Brasil.

Vale ressaltar que o controle da constitucionalidade, após a internalização do tratado no ordenamento brasileiro, dá-se pelo STF (*via* recurso extraordinário), nos moldes do art. 102, inciso III, alínea “b” da CF, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de Tratado, ou pelo STJ (*via* recurso especial), em conformidade com o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF, quando a decisão recorrida contrariar Tratado ou negar-lhe vigência.

Para os internacionalistas, em se tratando de Tratado que verse sobre Direitos Humanos, nem mesmo a denúncia posterior poderá tirar a força obrigatória das normas já incorporadas no ordenamento brasileiro. Isso, pois o Tratado de Direitos Humanos, ao ingressar no Brasil, teria *status* de norma constitucional (interpretação do art. 5º, § 2º da CF), o que hoje se confirma pela leitura do §3º do mesmo artigo, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004. Também por se tratar de temática de direitos individuais, seria cláusula pétrea, ou seja, nem mesmo Emenda Constitucional poderia alterar a norma. Muito menos em se tratando de simples Decreto de execução presidencial, como é no caso da denúncia. Neste sentido, vide também o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no art. 1º da CF.

3.2. POSIÇÃO DO STF

Como bem lembrado por Ricardo Seitenfus, na falta de fonte legal, cabe à jurisprudência a definição de um critério a respeito da questão dos conflitos entre Tratados e direito interno. De fato, nada consta expressamente em nossa Constituição Federal acerca do tema (exceto o já mencionado art. 5º, § 2º da CF).

A) TRATADO COMUM x CF ANTERIOR

Em caso de conflito entre tratado comum (este entendido como não sendo relativo a Direitos Humanos) e CF, a posição do STF é no sentido de dar supremacia à CF. Assim, o tratado comum internalizado teria um *status* de lei ordinária.

Neste sentido, leciona Rezek:

[...] posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder¹⁰.

¹⁰ REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 96.

Como exemplo, tem-se o caso da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que versava a respeito do término das relações trabalhistas por iniciativa do empregador (vide ADIN 1.480 – DF – 1996). A Convenção entrou em conflito com norma constitucional anterior, no caso, o art. 7º, inciso I da CF. Segundo a norma constitucional, norma complementar deveria disciplinar a respeito de indenização compensatória, dentre outros direitos, para despedida arbitrária sem justa causa.

A Convenção, desta forma, não podia disciplinar matéria sujeita à reserva constitucional de lei complementar, posto ter *status* de lei ordinária (vide o Recurso Extraordinário 80.004, de 1977, *infra*), o que levou o Brasil a denunciar o Tratado.

B) TRATADO COMUM x LEI POSTERIOR

Critério cronológico

Até 1977, o posicionamento do STF era no sentido de dar primazia ao Tratado internacional quando em conflito com norma infraconstitucional. Contudo, a partir de 1977, o SFT tem adotado o SISTEMA PARITÁRIO, segundo o qual Tratado e lei interna têm o mesmo *status* de lei ordinária¹¹.

Embora não seja de nossa tradição constitucional estabelecer expressamente a posição hierárquica de tratado em relação a norma interna, o entendimento da paridade é justificado por alguns doutrinadores com base na interpretação do art. 102, inciso III, alínea “b”, em que está disposto que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”¹². Assim, a interpretação desses doutrinadores é no sentido de que a conjunção alternativa “OU” tornou claro o entendimento de que lei infraconstitucional e tratado encontram-se num mesmo patamar hierárquico.

Este entendimento foi consagrado no precedente do julgado por ocasião do R. Extraordinário 80.004, de 1977¹³. Trata-se do caso envolvendo a Lei Uniforme de Genebra sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias, que entrou em vigor com o Decreto 57.663, de 1966, e uma lei posterior; o Decreto-lei 427/69. O conflito relacionava-se à obrigatoriedade ou não de existência do aval apostado na nota promissória – uma exigência formal para a validade do título que não constava no texto internacional. Prevaleceu, pois, o Decreto 427/69.

Segue a transcrição da ementa:

Convenção de Genebra – Lei uniforme sobre Letras de Câmbio e Notas promissórias – Aval apostado à nota promissória não registrada no prazo legal – Impossibilidade de ser o avalista acionado, mesmo pelas vias ordinárias. Validade do Decreto-lei n. 427, de 22.1.1969. Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do País, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Decreto-lei n. 427/1969, que instituiu o registro obrigatório da nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título. Sendo o aval um instituto do direito cambiário, inexistente será ele se reconhecida a nulidade do título cambial a que foi apostado. Recurso extraordinário conhecido e provido¹⁴.

¹¹ Segundo alguns autores, este sistema paritário poderia ser denominado de monismo moderado, havendo a equiparação hierárquica do tratado à lei ordinária com as seguintes conseqüências: a) subordinação do tratado à Constituição; b) quanto à lei ordinária, aplicação dos critérios temporal e da especialidade para a solução de antinômias. Neste sentido, vide BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante, *Revista Forense*, v. 350. Vide DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro; Renovar, 2003. Vide também quadro sinóptico em ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 145-146.

¹² No mesmo sentido, o art. 105, inciso III, alínea “a” da CF.

¹³ A íntegra do acórdão está em RTJ 83/809.

¹⁴ Vide RE 80.004, in RTJ 83/809. Para maiores detalhes sobre o tema, vide Jacob Dolinger, *op. cit.*

A partir de então, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO, ou seja, *lex posterior derogat priori*¹⁵.

Mais recentemente, na ADIn 1480-DF, o STF determinou que

Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa.

Critério cronológico e da especialidade

Um precedente importante alterou a regra do STF, que, além de adotar o critério cronológico, também adotou o critério da especialidade.

Trata-se do conflito ocorrido entre o Pacto San Jose da Costa Rica, em seu art. 7º, § 7º, e o art. 5º, inciso LXVII da CF, que recepcionou o Decreto-lei 911/69. Trata-se do caso que envolve a questão da prisão civil por dívida de inadimplente alimentício e devedor infiel¹⁶. A norma internacional, mais branda, limitava a hipótese de prisão civil ao caso do devedor de alimentos.

Eis os dispositivos legais:

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

Art. 7, parágrafo 7º do Pacto: “ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

O STF, em julgamento ocorrido em 1998 (HC 77.631-5), determinou que a norma internacional estava prejudicada, por se tratar de norma geral em relação à norma especial da CF (*lex specialis derogat legi generali*).

Este entendimento, ressalte-se, é controverso, tendo em vista que no direito pátrio não há que se falar em hierarquia entre normas gerais e especiais (vide art. 2º, § 2º da Lei de Introdução ao Código Civil - LICC).

Como bem se posiciona Maria Helena Diniz, a respeito do tema de conflito de normas, [...] uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes [...]. A norma geral só não se aplicará ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na norma especial¹⁷.

A questão está em determinar os elementos de “maior relevância jurídica”. Em sintonia com o entendimento de Carla Pinheiro¹⁸, defende-se que o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), estabelece que terá maior relevância jurídica a norma que melhor proteja os direitos fundamentais do ser

¹⁵ Vale ressaltar que o critério cronológico não se aplica aos Tratados fiscais e de extradição, que por sua natureza contratual demandam denúncia formal para deixarem de ser cumpridos. Neste mesmo sentido, Jacob Dolinger, *op. cit.* Vide também o artigo 98 do CTN, que configura a exceção *supra* mencionada. Neste sentido, vide RE 114.784, RTJ 126/804; RE 113.156, RTJ 124/347.

¹⁶ Vale ressaltar a discussão existente na doutrina a respeito da terminologia “devedor infiel”, de forma a incluir ou não o devedor fiduciante. O entendimento majoritário é no sentido de que o legislador, ao equiparar o devedor fiduciante ao depositário infiel, no Decreto 911/69, teve como objetivo encontrar uma forma rápida de evitar o elevado número de inadimplência que o credor vinha sofrendo. Segundo o acórdão que indeferiu o pedido de *Habeas Corpus* n. 72.131-SP, em 1995, o atual entendimento do STF é no sentido de que o devedor fiduciante é depositário infiel, já que a CF 88 recepcionou o Decreto *supra* mencionado. Com este entendimento, como bem asseverou Nelson Nery Jr., “a prisão civil passou de exceção à regra”. Vide NERY JR, N. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1997, p. 1274.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 39.

¹⁸ PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, Atlas, 2001.

humano. No caso, o valor de liberdade deveria sobrepor-se ao da segurança jurídica do credor.

Contudo, na jurisprudência está registrada a argumentação do Ministro Moreira Alves, que, por ocasião do indeferimento do pedido de HC 72.131, em 1995, afirma que o Pacto de San Jose da Costa Rica estabelece normas gerais, enquanto a CF/88, em seu art. 5º, inciso LXVII, estabelece norma especial.

Assim, a partir do julgamento do HC 77.631-5, o STF passou a adotar o CRITÉRIO CRONOLÓGICO+ESPECIALIDADE¹⁹.

C) TRATADO COMUM x LEI ANTERIOR

Conforme o critério do STF, a princípio, em caso de conflito entre Tratado comum e lei infraconstitucional anterior, prevalece a norma internacional, por ser mais recente (critério cronológico). Contudo, há de se verificar se a norma mais recente é apta a revogar a anterior, ou seja, se é especial em relação à norma anterior.

4 DECISÕES ARBITRAIS E SENTENÇAS DE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

VIA-Á-VISO DIREITO BRASILEIRO

Em 24 de julho de 2002, foi publicado no Diário Oficial da União o Decreto n. 4.311, que regulamentou a adesão do Brasil à Convenção de New York, de 1958²⁰, também conhecida como Convenção da ONU sobre o Reconhecimento e Execução das Decisões Arbitrais Estrangeiras.

Até então, a Lei 9.307, de 1996 - a Lei de Arbitragem brasileira, disciplinava os procedimentos que davam validade às sentenças arbitrais estrangeiras no território nacional. O reconhecimento destes laudos estava sujeito a um processo de homologação do STF, da mesma forma que as sentenças estrangeiras em geral, no entendimento do então art. 102, inciso I, alínea "h" da CF, e seguia o ritual transcrito no Código de Processo Civil (CPC) e também no Regimento interno do STF. A execução era feita através de carta de sentença extraída dos autos de homologação, seguindo as mesmas normas aplicáveis à execução das sentenças nacionais, e sendo competente o juiz do foro indicado na convenção de arbitragem.

Após a internalização da Convenção de New York, que é o mais amplo tratado referente à prática da arbitragem internacional, a sentença emitida por um juízo arbitral passa a equivaler a um título executivo judicial, produzindo os mesmos efeitos da sentença emitida por um órgão do Poder Judiciário brasileiro, não sendo necessária a homologação desta pelo STF para a sua execução. Portanto, pode-se executar uma sentença arbitral estrangeira diretamente no juízo competente.

Da mesma forma, as sentenças proferidas por tribunais internacionais dispensam homologação pelo STF. Por óbvio, sentenças proferidas por tribunais internacionais não se enquadram no conceito de sentenças estrangeiras a que faz referência o art. 105, inciso I, alínea "i" da CF, com a redação do até então art. 102, inciso I, alínea "h" do Texto Constitucional, por modificação introduzida pela Emenda Constitucional nº 45/2004: sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo STF.

Por sentença estrangeira, como lembra Valério Mazzuoli²¹, deve-se entender aquela proferida por um tribunal atrelado à soberania de determinado Estado, e não a emanada de um

¹⁹ Neste sentido, vide RTJ 70/333; RTJ 100/1030; RT 554/434.

²⁰ Esta Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959.

²¹ MAZZUOLI, Valério. As Sentenças Proferidas por Tribunais Internacionais Devem ser Homologadas pelo Supremo Tribunal Federal?

Disponível em: <<http://www.santajus.unisanta.br/doutrina.asp?ID=39&varOrder=titulo,%20autor&viewArticle=616>>. Acesso em: 8 de junho de 2004.

tribunal internacional que tem jurisdição sobre os Estados. Será estrangeiro o direito afeto à jurisdição de outro Estado que não o Brasil, como o direito italiano. Mas uma decisão proferida pela CIJ não o será, afinal trata-se de uma sentença internacional e não uma sentença estrangeira de um Estado específico.

A respeito do tema, vale reproduzir a lição de José Carlos de Magalhães:

“É conveniente acentuar que sentença internacional, embora possa revestir-se do caráter de sentença estrangeira, por não provir de autoridade judiciária nacional, com aquela nem sempre se confunde. Sentença internacional consiste em ato judicial emanado de órgão judiciário internacional de que o Estado faz parte, seja porque aceitou a sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seja porque, em acordo especial, concordou em submeter a solução de determinada controvérsia a um organismo internacional, como a Corte Internacional de Justiça. O mesmo pode-se dizer da submissão de um litígio a um juízo arbitral internacional, mediante compromisso arbitral, conferindo jurisdição específica para a autoridade nomeada decidir a controvérsia. Em ambos os casos, a submissão do Estado à jurisdição da corte internacional ou do juízo arbitral é facultativa. Pode aceitá-la ou não. Mas, se aceitou, mediante declaração formal, como se verifica com a autorizada pelo Decreto legislativo n. 89, de 1998, o país está obrigado a dar cumprimento á decisão que vier a ser proferida. Se não o fizer, estará descumprindo obrigação de caráter internacional e, assim, sujeito a sanções que a comunidade internacional houver por bem aplicar [...] Tal sentença, portanto, não depende de homologação do Supremo Tribunal Federal, até mesmo porque pode ter sido esse Poder o violador dos direitos humanos, cuja reparação foi determinada”²².

Assim, havendo descumprimento de Tratado internacional por parte da Corte brasileira, nada obsta a que se busque, nos foros internacionais competentes, mediante decisões internacionais, ou mesmo laudos arbitrais, uma resposta adequada e proporcional ao problema gerado face à não observância de um compromisso internacional.

Embora ainda seja cedo para trazer à baila os resultados destas reflexões, é certo que o prestígio ao direito internacional será retomado, sendo legítimos os instrumentos jurídicos à disposição para tanto.

5 CONCLUSÃO

Conforme depreendido do estudo, não há, na Constituição brasileira, qualquer cláusula que indique a supremacia do direito internacional face ao direito interno. Existem, sim, dispositivos que regem as relações internacionais e também a aplicação dos Tratados pelos tribunais internos, uma vez incorporados estes ao direito interno. Exceto o art. 5º, §§ 2º e 3º da CF, relativos aos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, nada mais há no tocante à temática.

Não obstante, a Convenção de Viena traz dispositivos de caráter consuetudinário, que propugnam pela não invocação de disposições de direito interno para fins de justificar o inadimplemento de um tratado, sendo certo que existe o instituto da denúncia para o caso de o Estado desejar se retirar do Tratado vigente.

Sem embargo do recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal, não há que se falar em conflito de normas enquanto o Tratado estiver vigente em órbita interna após o procedimento da incorporação normativa. Enquanto não for denunciado, o Tratado deverá

²² MAGALHÃES, J. C. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 102. No mesmo sentido, MAZZUOLI, Valério. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San Jose da Costa Rica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

prevalecer por ser um compromisso assumido perante a comunidade internacional.

Mesmo assim, se a corte brasileira se abster de observar o conteúdo de Tratado Internacional, há a possibilidade de corrigir o *imbroglio* e reaver o direito *via* decisões arbitrais ou de cortes internacionais, as quais, segundo interpretação do atual art. 105, I, alínea “i”, da CF, não demandam homologação por parte do STJ para a execução das ordens manifestadas.

ABSTRACT

As the Brazilian Constitution does not have a clause about the superiority of international law over national rules, the definite position on the problem of conflict between them must be taken over by the courts. However, there is not a conflict while the treaty in force is not rejected by one of the countries, since it means an important commitment before the international community.

Key words: *Federal Constitution. Treaty. International Law. National Law. Conflict. Brazil's Supreme Court.*

REFERÊNCIAS:

- ACCIOLY, H. Manual de Direito Internacional Público, São Paulo: Saraiva, 1998.
- ARAÚJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BINENBOJM, Gustavo. Monismo e Dualismo no Brasil: uma dicotomia afinal irrelevante, *Revista Forense*, v. 350.
- COUTO, Estevão Ferreira. *A Relação entre o Interno e o Internacional: concepções cambiantes de soberania, doutrina e jurisprudência dos tribunais superiores no Brasil*. Dissertação de mestrado. Ciências políticas e Relações Internacionais - UNB, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*, São Paulo: Saraiva, 1998.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro; Renovar, 2003.
- FRAGA, Mirtô. *Conflito entre Tratados e Lei Interna*, ed. Forense.
- KELSEN, Hans. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International Public, in *Recueil de Cours*, 1926.
- _____. *Têoria Pura do Direito*, 6 ed., Coimbra, Armênio Amado Ed., 1984.
- _____. *Têoria Geral do Direito e do Estado*, São Paulo, Martins Fontes, 1990.
- MAGALHÃES, J. C. O Supremo Tribunal Federal e o Direito Internacional: uma análise crítica, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- MAZZUOLI, Valério. As Sentenças Proferidas por Tribunais Internacionais Devem ser Homologadas pelo Supremo Tribunal Federal? Disponível em: <<http://www.santajus.unisanta.br/doutrina.asp?ID=39&varOrder=titulo,%20autor&viewArticle=616>>. Acesso em: 8 de junho de 2004.
- _____. *Prisão Civil por Dívida e o Pacto de San Jose da Costa Rica*, Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- NERY JR, N. *Código de Processo Civil Comentado*, RT, 1997.
- PINHEIRO, Carla. *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, Atlas, 2001.
- REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público*, São Paulo: Saraiva, 2002.
- TRIEPEL, H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International, in *Recueil de Cours de L'Academy de Droit International*, tomo I, 1925.



TRANSFUSÃO DE SANGUE EM PACIENTES TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: RELIGIÃO, ÉTICA E DISCURSO JURÍDICO-PENAL

Rodrigo Iennaco de Moraes*
Rodrigo Esteves Santos Pires**

RESUMO

O artigo aborda a questão da transfusão de sangue em pacientes Testemunhas de Jeová na perspectiva jurídico-penal, confrontando a proteção constitucional do direito à vida com os postulados de ordem ética e religiosa.

Palavras-chave: Testemunhas de Jeová. Transfusão de sangue. Responsabilidade penal.

Sumário:

1- O conteúdo normativo do direito à vida na hermenêutica constitucional. 2- Ética médica e religião. 3- A conduta do médico numa perspectiva penal constitucional. 3.1- Responsabilidade penal do médico. 3.1.1- Realização da transfusão: indiferença penal do constrangimento para salvar a vida do paciente. 3.1.2- Não realização da transfusão: isenção penal da omissão dolosa em respeito à autodeterminação do paciente. 4- Conclusões.

1 O CONTEÚDO NORMATIVO DO DIREITO À VIDA NA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

Em casos de internação hospitalar com indicação cirúrgica, pode o corpo clínico deparar com situação de difícil e complexa solução, com inegáveis reflexos jurídicos. Cuida-se de hipótese em que pacientes “Testemunhas de Jeová” recusam-se a receber transfusão de sangue, a despeito de o resultado potencial ser a morte. Sabemos que o Estado brasileiro é laico (art. 5º, VI e VIII, CR/88), não possuindo mais religião oficial, ao contrário do que sucedia na Constituição de 1824.

A questão, não apenas por envolver aspectos ligados à ética e à religião, não pode ser objeto exclusivo do discurso jurídico, limitado, por sua natureza, para a efetiva pacificação de conflitos desse gênero. Isso não significa, lado outro, que no âmbito jurídico não se busquem e não se determinem soluções para os casos concretos, no cotidiano forense, sempre baseadas em determinados elementos conceituais e valorativos – prestigiados pelo julgador em detrimento de outros. O que se pretende mostrar, no presente trabalho, é que, do ponto de vista do discurso lógico-jurídico, não há, intrinsecamente, soluções corretas ou erradas, verdadeiras ou falsas, qualquer que seja o ponto de vista adotado.

Parece óbvio, pois, afirmar que a matéria posta em exame, extremamente delicada, não encontra uniformidade nas orientações jurisprudencial e doutrinária, donde emergem duas linhas de raciocínio nitidamente díspares, quais sejam, (i) a que vislumbra, no *iminente perigo de vida*, a necessária autorização para que se proceda à transfusão de sangue, e (ii)

* Promotor de Justiça/MG Mestre em Ciências Penais pela UFMG

** Advogado. Ex-Procurador Geral da UFJF. Especialista em Direito Público pela UFJF.

a que, tomando por base o entendimento segundo o qual a Constituição Federal assegura apenas a *inviolabilidade* do direito à vida (encarando-o, portanto, como disponível por parte de seus respectivos titulares), empresta valor absoluto à autodeterminação do paciente Testemunha de Jeová que, por sua convicção religiosa¹, não autoriza ou recusa a transfusão. Defensor do segundo entendimento, Celso Ribeiro Bastos leciona:

o conteúdo jurídico do direito à vida, pois, orienta-se por assegurar a inviolabilidade desta como um bem jurídico da maior grandeza. [...]

Insista-se, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicamente ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente, v. g., de sua privacidade. [...] No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, caput)²

Argumenta o ilustre constitucionalista, ainda, com a inexistência, no ordenamento jurídico brasileiro, de “lei proibitiva da opção individual em realizar transfusão de sangue. Nem há, igualmente, legislação impondo aos médicos a desconsideração da vontade individual do cidadão. Também, nessa mesma linha, é preciso considerar que o suicídio (ou melhor, sua tentativa) não tem punição jurídica alguma”.

Isso porque, segundo o entendimento dominante, as liberdades públicas, constitucionalmente asseguradas, só podem sofrer limitações em leis formais e materialmente votadas pelo Poder Legislativo, ou até mesmo em atos normativos de outra envergadura, e desde que tais leis ou atos estejam igualmente em compasso formal e material com o texto constitucional.

As limitações aos direitos fundamentais encartilhados na Carta Magna devem ser veiculadas por lei ordinária, e isto por expressa convocação constitucional (reserva legal simples ou reserva legal qualificada), o que não significa dizer que, à mingua de expressa previsão constitucional de reserva legal, seja interdita aos órgãos competentes a edição de normas de limitação de direitos fundamentais, de objetivação de seu conteúdo (art. 5º, II, CR/88, cláusula de reserva legal subsidiária)³. E mais. Hipóteses há em que essas limitações não decorrerão sequer de leis formais e materialmente votadas pelo legislativo, vez que provenientes de órgãos outros constitucionalmente legitimados para tanto, como é o caso, v. g., das universidades públicas brasileiras, por decorrência do princípio constitucional da autonomia universitária e do fenômeno da *delegificação* (ou “deslegalização”, que quer significar a possibilidade de inovação na ordem jurídica sem a necessidade de intermediação de leis formais e materialmente votadas pelo legislativo).

Destarte, decisão médica diametralmente oposta à vontade individual, exercitada em sua esfera de liberdade e decorrente de convicção religiosa intangível à atuação do Estado, seja Legislador, Juiz ou Administrador, ou do próprio profissional médico, implicará ofensa à

1 Gênesis 9: 3,4; Levítico 17: 13,14; Atos 15: 19-21.

2 BASTOS, Celso Ribeiro. *Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue por razões científicas e convicções religiosas*. São Paulo: RT 787/493.

3 Para o aprofundamento da matéria: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET, Paulo Gustavo. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. 1a ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

Constituição, notadamente ao disposto no art. 5º, VIII, da Lei Maior.⁴

A apreciação da vida humana como bem jurídico conduz à idéia de que outros valores tutelados constitucionalmente lhe sejam confrontados. Surge, daí, a discussão acerca da disponibilidade do bem jurídico *vida*, comumente concluindo-se que se trata de bem *inalienável, indisponível e irrenunciável*. Há quem procure distinguir renúncia e disposição do direito à vida. Arthur Kaufmann diz que:

*A vida humana há que ser concebida como um direito altamente pessoal, de modo que não se compreende por que tal direito deva ser juridicamente [...] irrenunciável. A objeção de que essa postura conduz a um individualismo extremo cabe opor que a tese de que o homem está obrigado frente à comunidade a manter-se com vida se apóia num questionável coletivismo de proveniência desconhecida. É certo que o indivíduo tem obrigações frente à comunidade, mas apenas enquanto vive; entretanto, não tem frente à comunidade a obrigação de viver.*⁵

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Gisele de Carvalho, citando Romeo Casabona, escreve que a renúncia ao direito implica renúncia à exigibilidade do cumprimento dos deveres de respeito e proteção por parte do Estado e demais particulares. Nessa trilha, o direito à vida seria irrenunciável. Mas daí extrai que “a disposição do direito à vida não implica necessariamente uma renúncia”, pois quem dispõe da própria vida mantém o domínio do fato e do bem jurídico. Isso não significaria, porém, que dessa disponibilidade se pudesse aferir a licitude da intervenção de terceiros no momento da disposição, que estaria limitada apenas ao titular do direito: “a disponibilidade frente a terceiros importaria verdadeira renúncia ao direito à própria vida”. E conclui:

*Como nenhum direito deve ser interpretado como absoluto e incondicionado, também esse direito a dispor da própria vida encontra-se submetido a algumas restrições. Daí porque o homicídio, ainda que mediado pelo consentimento da vítima, e o induzimento, a instigação e o auxílio ao suicídio são criminalizados perante a atual legislação, embora as formas omissivas desses delitos, em situações especiais e desde que presente a recusa consciente e responsável do titular do bem jurídico, devam permanecer impunes por razões de ordem constitucional, em atenção ao postulado fundamental da dignidade da pessoa humana.*⁶

2 ÉTICA MÉDICA E RELIGIÃO

Do ponto de vista deontológico, o respeito à autonomia do paciente, um dos pilares da ética médica, encontra na convicção religiosa uma de suas facetas.

Sobre o assunto, Zelita Souza e Maria Isabel Miorim de Moraes discorrem:

Para que o paciente tenha condições de decidir se um tratamento médico lhe é aceitável segundo o “seu próprio plano de vida [...], embasado em crenças, aspirações e valores próprios”, ele precisa ser corretamente informado das intenções e recomendações de seu médico e ter uma visão clara de como tais recomendações afetam seus próprios valores.

4 exceção feita à chamada escusa de consciência, isto é, ao não cumprimento de prestação alternativa fixada em lei.

5 KAUFMANN, Arthur *apud* CARVALHO, Gisele Mendes de. *Aspectos jurídico-penais da eutanásia*. São Paulo: IBCCRIM, vol. 18, 2001, p. 119.

6 CARVALHO, Gisele Mendes de. *op. cit.* p. 119-120.

Então, é dada ao paciente a possibilidade de consentir ou não no tratamento proposto. [...]

[...] o consentimento esclarecido não é meramente um conceito jurídico, mas também - e sobretudo - ético e moral. [...]

[...] o entendimento religioso das Testemunhas não proíbe de modo absoluto o uso de componentes sanguíneos, como a albumina, as imunoglobulinas e os preparados para hemofílicos; cabe a cada Testemunha decidir individualmente se deve aceitar esse tipo de tratamento [...]. Da mesma forma, a circulação extracorpórea e a hemodiálise são prontamente aceitas, desde que se use como 'primer' soluções isentas de sangue [...]

*As Testemunhas de Jeová [...] admitem que “a questão [...] envolve os princípios mais fundamentais sobre os quais baseiam suas vidas. A relação com seu Criador e Deus está em jogo”. [...] As crenças das Testemunhas de Jeová – que recusam transfusões de sangue por motivos religiosos ou médicos – servem de fundamento para um sistema moral, para um conjunto de juízos deontológicos sobre o que se deve ou não fazer. Segundo esse sistema, a recusa às transfusões constitui uma regra de conduta a ser observada, ainda que a sociedade a ignore ou menospreze.*⁷

Instado a analisar caso concreto, ocorrido em dezembro de 2002, o Conselho de Ética Médica do Hospital Universitário da Universidade Federal de Juiz de Fora, ao solicitar parecer do setor jurídico, assim opinou: a) todo esforço deve ser feito no sentido de respeitar a vontade do paciente; b) se no ato cirúrgico ou pós-operatório se configurar situação de perigo iminente de vida, sendo a transfusão de sangue ou derivados o único recurso disponível, deve-se proceder ao ato de transfundir.⁸

De qualquer forma, o grande desafio que se afigura é a conciliação entre o tratamento médico e o respeito às crenças religiosas do paciente. A ética médica exige tanto a utilização dos recursos científicos disponíveis quanto o respeito à autonomia e aos valores religiosos do paciente. Até porque, conforme salienta Garizábal, citado pelas professoras Zelita Souza e Maria Isabel Moraes:

Atribuir a idéia de suicídio aos casos de recusa de transfusões de sangue é fruto duma “confusão”. [...] “O mero fato de recusar um tratamento não pode ser considerado como uma maneira de morrer. O suicida que deseja morrer [...] cumpre a decisão de acabar voluntariamente com a vida. Ao contrário, e por finalidade à sua consciência, abster-se de usar um meio curativo não significa a intenção de matar-se. Sua vontade é outra.” Na verdade, ao escolher tratamento isento de sangue, as Testemunhas de Jeová não estão

7 DIXON, LANG e LANGE *apud* SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim. *A ética médica e o respeito às crenças religiosas*.

8 A Procuradoria Geral da UFJF, na ocasião, emitiu parecer com o seguinte dispositivo: “I – se ainda não há iminente perigo de vida para a paciente, mas apenas indicação de cirurgia, esta só deverá realizar-se com seu consentimento prévio e expresso ou com sua expressa ciência em texto onde reste consignado, sem margem a dúvidas, que, na hipótese de ocorrência de iminente perigo de vida com a intervenção, a transfusão de sangue será efetivamente realizada, se outros meios terapêuticos não se mostrarem capazes de impedir a ocorrência do evento danoso, qual seja, a morte; II – em qualquer caso, haver-se-á de facilitar à paciente, de forma expressa, a não submissão à cirurgia, com o seu conseqüente desligamento do Hospital; III – em hipóteses outras, caracterizadoras de situações de urgência e/ou emergência, quando a transfusão de sangue revelar-se o único método terapêutico disponível e eficaz a que se impeça a ocorrência do evento danoso (a morte do paciente), a transfusão deverá ser realizada independentemente de sua vontade, ou de seu representante legal, sempre com amplo esclarecimento quanto à situação e ao porquê da imprescindibilidade da intervenção contrária a suas convicções religiosas; IV – se se optar por aceitar a recusa da transfusão, a responsabilidade será da equipe médica.”

*exercendo o direito de morrer; mas o direito de escolher a que tipo de tratamento se submeterão.*⁹

Até porque, deve-se reconhecer, nenhum tratamento pode prometer, inexoravelmente, salvar a vida, em determinadas circunstâncias, não obstante o emprego de todos os recursos científicos disponíveis.

3 A CONDOTA DO MÉDICO NUMA PERSPECTIVA PENAL CONSTITUCIONAL

O art. 146, §3º, I, do Código Penal, parece deixar claro que a conduta do médico que realiza intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida, está excluída do âmbito de proteção da norma penal incriminadora expressa no tipo de injusto do constrangimento ilegal.

De outro norte, concluir-se, à luz do disposto no art. 13, §2º, “a”, do Código Penal, a omissão do médico em respeito à opção convicta do paciente é penalmente relevante quando podia e devia agir para evitar o resultado (a morte do paciente), repousa em responder, primeiro, se tem ele (o médico) o dever de cuidado, proteção e vigilância imposto pela lei, que significaria obrigação de intervir diante de iminente perigo de vida, no caso, determinada pelos arts. 46 e 56 do Código de Ética Médica. Mas também responder, depois, se esse dever se sobrepõe, numa perspectiva constitucional, ao respeito que deve guardar à autodeterminação do paciente, em atenção às convicções religiosas.

Se a conclusão que se extrair da conjugação dos arts. 146, §3º, I, e 13, §2º, “a”, ambos do Código Penal, for no sentido do dever de intervenção, independentemente da manifestação de vontade do paciente, a conduta do médico que realiza a transfusão estará amparada por causa de exclusão da tipicidade, prevalecendo a indisponibilidade do direito à vida.

No entendimento contrário, julgando-se prevalente a inviolabilidade do direito à vida, mas reconhecida sua disponibilidade pelo titular em atenção à autodeterminação motivada pela fé, uma vez não autorizada, por motivos de convicção religiosa, a transfusão de sangue, nenhuma conduta seria exigível do médico a não ser buscar tratamentos alternativos, se existentes, ainda que o resultado fosse a morte do paciente. Nesse caso, a conduta do médico estaria alcançada pelo âmbito de proteção típica do art. 121, c/c o art. 13, §2º, “a”, ambos do Código Penal? A realização da transfusão contra a vontade do paciente seria típica de constrangimento ilegal (art. 146, caput, CP)?

Gisele de Carvalho, a respeito, recorda que a Constituição Federal assegura, no rol dos direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI). De outro lado, vida também é *direito* fundamental. Cuida-se, então, de discutir a consideração da vida humana como direito absoluto ou relativo, cuja disponibilidade traria, em sede constitucional, reflexo na responsabilidade penal do terceiro que não impede sua disposição pelo titular, podendo fazê-lo.

Antes de aderir a uma ou outra corrente, prefere-se, neste ensaio, demonstrar que ambas as soluções têm respaldo jurídico, sendo viáveis tecnicamente quanto à estrutura do discurso que as fundamentam. Sendo assim, em se confirmando tal assertiva, a conduta do médico estaria juridicamente amparada, em qualquer das hipóteses, para fins de

9 GERIZABAL MM. *El rechazo de la sangre*. Sobre las libertades de conciencia y de religión. Madrid: Defensoría del Pueblo, 1996, 77-88 *apud* SOUZA, Zelita da Silva e MORAES, Maria Isabel Dias Miorim. *op. cit.*

responsabilidade penal. Isso, longe de representar a incongruência do sistema normativo, serve de constatação à limitação do discurso jurídico-penal para resolução dos conflitos que repousam em sede pré-jurídica, com apoio em concepções filosóficas, éticas e religiosas que não cabem na estreiteza do método técnico-jurídico.

3.1. Responsabilidade penal do médico

3.1.1. Realização da transfusão: indiferença penal do constrangimento para salvar a vida do paciente

Na perspectiva do tecnicismo jurídico, que serviu de inspiração inclusive ao legislador do Código Penal brasileiro, pode-se afirmar que é dever do profissional médico utilizar-se de todos os meios de que dispõe para a preservação da vida do paciente, sob pena de responder criminalmente, à luz do que dispõem os arts. 13, §2º, “a” e 146, §3º, I, do estatuto repressivo pátrio. A propósito, Luiz Regis Prado leciona que:

Fundamenta-se o estado de necessidade porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual ou iminente bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (violação da liberdade pessoal) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte). Há conflitos entre bens de valor diferencial, com sacrifício do bem de menor valor. O ordenamento jurídico faculta a lesão do bem jurídico de menor valor como único meio de salvar o de maior valor.¹⁰

Analisando a norma não incriminadora permissiva do art. 146, § 3º, sustenta Damásio de Jesus tratar-se de “causas excludentes da tipicidade do fato e não da antijuridicidade.” O Código Penal diz que esses fatos “não se compreendem na disposição” que define o constrangimento ilegal. Logo, diz o consagrado autor, “se os fatos não se encontram compreendidos na norma penal incriminadora, são condutas atípicas [...], diante da inadequação entre os fatos e a norma de incriminação.”¹¹ Desenvolvendo, a princípio, acertado raciocínio, complementa de maneira obscura, dizendo que seriam, na verdade, casos de estado de necessidade de terceiro elevados à categoria de causa excludente da tipicidade. Semelhante é a posição de Bitencourt:

A ‘intervenção do médico’, sem consentimento, ou a coação, nas circunstâncias descritas, ‘estão excluídas da adequação típica’ contida no caput do art. 146, ou seja, a ‘intervenção médica’ para evitar iminente perigo de vida ou a coação de qualquer pessoa para impedir o suicídio são ‘atípicas’. A iminência de perigo de vida ou de suicídio constitui causa ‘excludente de tipicidade’. [...]

[...] O ‘fundamento’ da previsão é o ‘estado de necessidade’ (de terceiro), mas a ‘existência da previsão’ em si constitui causa de exclusão da adequação típica. São, digamos, hipóteses em que o ‘estado de necessidade’ funciona não como excludentes da antijuridicidade, mas da tipicidade, em razão de expressa previsão legal. [...] antes de serem antijurídicos, são atípicos, por não haver correspondência entre as situações excepcionais e a norma incriminadora.¹²

10 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. vol. 2. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 272. No sentido do texto, já se decidiu que “uma vez comprovado o efetivo perigo de vida para a vítima, não cometeria delito nenhum o médico que, mesmo contrariando a vontade expressa dos responsáveis, à mesma tivesse ministrado transfusão de sangue” (TACRIM/SP, HC, Rel. Manrey Neto, RJD 7/175).

11 JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. Parte especial. v. 2. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 220.

12 BITENCOURI, Cezar Roberto. *Manual de direito penal*. Parte especial. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 426.

O art. 146, § 3º, ao determinar que a intervenção médica ou cirúrgica, justificada por iminente perigo de vida, *ainda que sem consentimento do paciente ou representante*, bem como a coação para impedir suicídio não estão compreendidas na disposição do art. 146, *caput*, configura *causa especial de exclusão da tipicidade*. O legislador, nesses casos, em momento valorativo concomitante à incriminação do constrangimento ilegal (art. 146, *caput*), retirou do alcance da proibição normativa as condutas especificamente delineadas no § 3º do mesmo art. 146. Teleologicamente, o legislador ponderou bens em conflito (liberdade de autodeterminação do paciente ou sujeito passivo *versus* vida). Note-se que a conclusão é extraída do conjunto normativo que o dispositivo legal materializa, levando-nos à conclusão de que o legislador obrou com acerto ao dizer que tais circunstâncias não estariam *compreendidas* no preceito primário da norma penal incriminadora. Noutras palavras, o caso é de exclusão da tipicidade porque as condutas não integram o âmbito de proteção da norma – e não porque simplesmente houve o emprego da expressão “não se compreendem”. Da mesma forma, quem exerce coação física para evitar a prática de suicídio estaria constrangendo alguém, mediante violência, a não fazer o que a lei permite, haja vista que não há dispositivo legal que proíba o suicídio – o comportamento *seria* típico (e formalmente é!), não fosse a norma permissiva corretiva do alcance do tipo fundamental (efeito destipificante).¹³

Sobre a situação de recusa aceita pelo médico, sendo também ele Testemunha de Jeová, Luiz Vicente Cernicchiaro comenta:

O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância a vida (bem jurídico). Daí ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vida ser estimulada a mudar de idéia, o que provoca efeito contrário se instaurado inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento de pena. Em decorrência não configura constrangimento ilegal [...] compelir o médico a salvar a vida do paciente de perigo iminente e promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim. Aliás, cumpre fazê-lo, presente a necessidade.

*O profissional da medicina [...] está submetido ao Direito brasileiro. Tanto assim que as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante ser adepto de “Testemunha de Jeová”, antes de tudo, precisa-se cumprir a legislação vigente no país.*¹⁴

3.1.2. Não realização da transfusão: isenção penal da omissão dolosa em respeito à autodeterminação do paciente

Há quem sustente a possibilidade de prevalência da vontade manifesta pela recusa em submeter-se à transfusão, inclusive com questionamento da constitucionalidade do art. 146, §3º, I e II, do Código Penal. A respeito do tema, Luiz Greco, traduzindo artigo de Claus Roxin, escreve:

Surge aqui um problema, oriundo do art. 146, §3º, do CP brasileiro, que, em seus incisos, declara impunível o constrangimento do paciente quando praticado em “intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida” (inciso I); e se praticado “para impedir suicídio” (inciso II). O legislador brasileiro, ao contrário do alemão, optou por proteger

13 IENNACO DE MORAES, Rodrigo. *Causas especiais de exclusão do crime*. Porto Alegre: Safe, 2005, p. 87-88.

14 CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Transfusão de sangue*. *Juris Sintese* n. 18, JUL/AGO de 1999.

a vida do indivíduo mesmo contra ele próprio, o que – se admitirmos a constitucionalidade de tais dispositivos, algo em si já discutível, ainda mais se lembrarmos a sua matriz ideológica – faz com que não possamos acolher; no nosso direito, sem algumas adaptações o que Roxin diz em seu texto.¹⁵

Aqui, Luiz Greco se refere ao posicionamento de Roxin, segundo o qual ao médico, diante da recusa do paciente em submeter-se a determinado tratamento, restaria apenas buscar tratamentos alternativos:

O princípio: quem decide é só o paciente.

Em tais situações a questão jurídica é em princípio clara. Não haverá punibilidade porque não é permitido tratar um paciente contra a sua vontade. Se um canceroso se recusa a deixar-se operar [...], a operação não poderá ser feita. É freqüente que a pessoa idosa, doente e próxima da morte, recuse o tratamento em uma unidade intensiva, que só iria adiar um pouco a morte. Isto deve ser respeitado. A vontade do paciente é decisiva, mesmo nos casos em que um juízo objetivo a considere errônea, ou que seja irresponsável aos olhos de muitos observadores. Também quando a mãe de quatro filhos proíbe aos médicos, por motivos religiosos, que lhe ministrem uma transfusão de sangue que lhe salvaria a vida – este caso realmente ocorreu – devem os médicos curvar-se e deixar a mulher morrer.¹⁶

Vê-se, pois, que numa perspectiva funcionalista, pode-se admitir a juridicidade da *irresponsabilidade* penal do médico quando, em respeito à convicção religiosa do paciente Testemunha de Jeová, não ministra a transfusão, mas adota todas as alternativas de tratamento no intuito de salvar-lhe a vida, observada a *lex arte*. Gisele de Carvalho complementa:

Em princípio, a liberdade religiosa do paciente deve ser respeitada, sob pena de incorrer o médico nas sanções do delito de constrangimento ilegal, desde que tenha oferecido ao paciente outros tratamentos alternativos, ainda que mais custosos e arriscados. Ausentes outras opções terapêuticas, a pergunta fundamental é se a recusa a receber a transfusão pode ser qualificada como atitude suicida. Tem-se, para logo, que as testemunhas de Jeová, ainda que de modo indireto, admitem a possibilidade de superveniência da própria morte, se considerado que ante a extrema urgência da situação, não lhes restam outras opções senão aceitar a transfusão ou morrer – fosse o suicídio um ato típico, o elemento psíquico, nessas hipóteses, equivaleria ao dolo eventual. Surgiria assim um conflito de interesses perante o facultativo, que deve escolher entre proteger a vida do paciente ou respeitar sua liberdade religiosa – todavia, considerando-se que a tutela do direito à vida levada à cabo pela Constituição não abrange a manutenção da vida contra a vontade do seu titular em condições desumanas ou degradantes, o princípio da dignidade humana funciona como critério de correção, permitindo que se imponha o respeito à liberdade de crença, sem que se possa falar aqui num delito de omissão de socorro ou de auxílio ao

15 ROXIN, Claus. *A apreciação jurídico-penal da eutanásia*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, outubro-dezembro de 2000, vol. 32, nota 36, p. 18-19.

16 ROXIN, Claus. *op. cit.* p. 19. No sentido contrário ao do texto, já se decidiu: “PERIGO PARA A VIDA OU A SAÚDE DE OUTREM – delito em tese caracterizado – Parente de menor que, por impedimento religioso, não autoriza transfusão de sangue prescrita por médico, como medida de urgência – Ciência do risco de vida a que a criança estava exposta – Dolo eventual caracterizado – Justa causa para a ação penal – Habeas corpus denegado – inteligência do art. 132 do CP” (TACRIM/SP, RT 647/302)

suicídio por omissão. Caso insistisse em consumir a transfusão sangüínea, incorreria o médico nas penas do delito de constrangimento ilegal.¹⁷

É que, num sistema teleológico-normativo de imputação, orientado por critérios de política criminal, será comum ponderar, em atenção ao caso concreto, valores aparentemente contraditórios que repousam, ambos, no nível constitucional, sustentando-se o acerto de opiniões díspares acerca do mesmo tema.

4 CONCLUSÕES

Filiamo-nos à corrente dos que vêem, como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana, a intangibilidade *da vida*. Estabelecida essa premissa, a *ocorrência de iminente perigo de vida* se traduz em autorização constitucional para que o médico, independentemente da vontade do paciente (ou de quem o represente), realize a transfusão, quando *cientificamente*, observada a *lex arte*, revele-se como o único meio apto a salvar a vida em iminente perigo de perecimento.

Liberdade e vida são bens jurídicos positivados constitucionalmente em nível fundamental. Porém, não se lhes empresta, num raciocínio jusnaturalista, a mesma envergadura. Isso se dá porque, embora se reconheça que sem liberdade pode não haver vida digna, sem vida não faz sentido falar-se em liberdade e não há razão para se discutir dignidade. A vida tem valor absoluto, numa escala de valores que precede a positivação ou o reconhecimento jurídico de tutela de quaisquer outros bens ou interesses.

Desse entendimento não destoa Antônio Junqueira de Azevedo, que, ao estabelecer a intangibilidade da vida humana como pressuposto do princípio em apreço, escreveu:

O pressuposto de um princípio não é uma consequência do princípio; sua exigência é radical. Um princípio jurídico, ao se concretizar, exige sempre um trabalho de moderação para adaptação ao concreto; nesse trabalho, a intensidade da concretização poderá ser maior ou menor. Até mesmo um princípio fundamental, como o da dignidade da pessoa humana, impõe o trabalho de modelação porque, por exemplo, é preciso compatibilizar a dignidade de uma pessoa com a de outra (e, portanto, alguma coisa de dignidade de uma poderá ficar prejudicada pelas exigências da dignidade da outra). Diferentemente, o pressuposto desse princípio fundamental impõe concretização radical: ele logicamente não admite atenuação. Se afastado, nada sobra do princípio da dignidade. E esse princípio, se pudesse ser totalmente eliminado, não seria princípio fundamental. O preceito da intangibilidade da vida humana, portanto, não admite exceção; é absoluto e está, de resto, confirmado pelo caput do art. 5º da CR.¹⁸

Como dito, sem vida não há dignidade, nem liberdade, nem convicção, nada. E se a vida é valor absoluto¹⁹, toda e qualquer conduta tendente a sua preservação encontra, iniludivelmente, esteio constitucional.

17 CARVALHO, Gisele Mendes de. *op cit.* p. 162-163. A autora admite a possibilidade de intervenção quando o paciente, em estado de inconsciência, não houver recusado, prévia e expressamente, o tratamento.

18 AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: RT 797/19, março de 2002.

19 Não desnatura essa afirmação a exceção prevista no art. 5o, XLVII, "a", da CR/88, onde se autoriza expressamente a aplicação da pena de morte em caso de guerra declarada, visto que, em momentos de raríssima excepcionalidade e gravidade, quando as regras do jogo mudam vertiginosamente, tem cabida, ao menos em tese, a pena de morte, tendo em vista o que normalmente ocorre com os adversários dos países em guerra.

Se se haverá de vislumbrar, no valor liberdade, o fundamento de validade da opção pela disponibilidade do direito à vida (emprestando-se ao ato declaratório da opção valor jurídico intocável, vez que lícito seu objeto, não sujeito a forma essencial prevista em lei, e desde que capazes seus subscritores), haver-se-á igualmente de vislumbrar, na intangibilidade da vida como pressuposto do princípio da dignidade da pessoa humana (ainda que essencialmente assegurado como garantia contra a vontade estatal), autorização para que todo e qualquer cidadão intervenha, sempre que possível, no sentido de preservação da vida alheia.

E sem que isso implique a negação da própria liberdade de opção pela morte. Não. Implicará, sim, o reconhecimento constitucional de outro viés da própria liberdade, qual seja, o seu e o nosso direito de intervenção, sempre que possível, *em favor da vida*, de sua preservação, de sua intangibilidade. Se alguém resolve se matar por convicção religiosa, utilizando-se de qualquer meio, que o faça por seus próprios meios e fora da esfera de intervenção daqueles que, também por convicção religiosa, por dever legalmente previsto, ou simplesmente por amor à vida, não se podem curvar passivamente diante de uma vida que, com a utilização dos meios terapêuticos disponíveis (e, frise-se, quando os meios aceitos pelo paciente não se mostrarem eficazes), provavelmente não se ceifaria.

É a dignidade da pessoa humana – que tem na existência da vida seu pressuposto inafastável – o valor fundante de toda e qualquer interpretação constitucional dos direitos fundamentais. A dignidade da vida pressupõe a vida. Somente em atenção à vida e enquanto ela durar fará sentido a positivação da tutela de sua dignidade. É o que se extrai dos ensinamentos da Prof^a Carmen Lúcia Antunes Rocha:

O limite positivo e negativo de atuação do Estado e das autoridades que o representam passou a ser, a partir do entendimento ali esposado e tornado de acatamento obrigatório porque constituído em norma-princípio matriz do constitucionalismo contemporâneo, exatamente o da dignidade da pessoa humana, base de todas as definições e de todos os caminhos interpretativos dos direitos fundamentais.

Aliás, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se, então, valor fundante do sistema no que se alberga, como espinha dorsal da elaboração normativa, exatamente os direitos fundamentais do homem. Aquele princípio converteu-se, pois, no coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana estampado nos direitos fundamentais acolhidos e assegurados na forma posta no sistema constitucional.²⁰

Algumas conclusões, no plano teórico, podem ser enunciadas: (i) a vontade manifesta do paciente Testemunha de Jeová, no sentido da recusa da transfusão de sangue, encontra respaldo no disposto no art. 5º, II, VI, VIII e X, da CR/88, inserindo-se em sua esfera de liberdade, que abrange inclusive a disponibilidade do direito à vida; (ii) esta mesma liberdade não tem o condão de aniquilar direito de igual envergadura e garantido a todo e qualquer cidadão que, amparado na dignidade da pessoa humana e no seu pressuposto (intangibilidade da vida), atua em favor de terceiros, ainda que contra suas próprias vontades; (iii) em se tratando daqueles que possuem dever legal de agir (art. 13, §2º, CP), a intervenção em favor da vida não pode ser recusada sob pretexto algum, quando tal intervenção é a única capaz de impedir a ocorrência do evento danoso.

20 ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Rio de Janeiro: Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: Justiça, Realidade e Utopia, 1999, vol. 1, p. 77.

Quanto à terceira e última conclusão, convém o reconhecimento de que traduz influência, ainda que inconsciente, da arraigada tradição judaico-cristã, que nos introjeta a idéia de que a vida é bem sagrado, vale dizer, intangível, que não comporta relativismo e subjetivismo (salvo o nosso).

Não há dúvida, então, de que todo o raciocínio jurídico exposto acima, em favor da intervenção contra a vontade do paciente, vem impregnado de uma postura “relativamente autoritária”, no sentido de que se trata de uma opção pré-conceitual, representativa do *volksgeist* que, no caso brasileiro, é influenciado sobremaneira por uma visão de mundo que se sustenta em postulados filosóficos e éticos católicos, independentemente da religião que se professe ou até da própria opção religiosa formal. Sociologicamente, a postura ético-religiosa que permeia o (in)consciente coletivo (com reflexos no discurso jurídico) e que conduz a uma prévia postura sobre o assunto deita raízes na forma como se processou nossa colonização.

No plano da validade interna do discurso jurídico-constitucional, duas soluções são possíveis (o médico não responde por constrangimento ilegal se realizar a transfusão e também não responderia por omissão se, respeitando a convicção religiosa do paciente, ministra tratamento alternativo, que não a transfusão), mas “uma é mais verdadeira que a outra”, porque “a nossa verdade sempre nos parece a única verdade”. Com base numa postura apriorística²¹ é que se desenvolvem e se sustentam, então, os argumentos que fundamentam, no plano jurídico, uma concepção que é, antes de tudo, filosófica, ética e, quiçá, apenas religiosa.

21 José Eduardo Faria anota que “todo discurso jurídico é constituído por estratégias que assumem uma aparência lógica e estão destinadas a induzir e regular o juízo coletivo sobre uma situação ou um objeto, não descartando a possibilidade de recorrer a um arsenal de efeitos retóricos para fazer prevalecer suas opções políticas.” FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito – os juízes em face dos novos movimentos sociais*. 2a ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1992, p. 47.



O DIREITO À PRIVACIDADE NA ERA DA INFORMÁTICA ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Sergio Nojiri*

RESUMO

Pretende-se, no presente trabalho, desenvolver algumas idéias a respeito do direito fundamental à privacidade, expressamente reconhecido na atual Constituição Federal, em um contexto diverso do qual ele nasceu. Objetiva-se abordar referido direito à luz do atual momento de desenvolvimento tecnológico em que vivemos, no qual a difusão e a profusão de dados e informações se dão em uma velocidade e intensidade muito maiores do que nos dias em que referido direito foi pensado.

Palavras-chave: Direito constitucional. Direito à privacidade. Informática.

Sumário:

1 – Direito à privacidade. 2 – *Internet*. 3 - Direito e *Internet*. 4 - Direito da propriedade industrial. 5 - Liberdade de expressão. 6 - Direito à privacidade e *Internet*. 7 - direito à privacidade e *Internet*. 8 - Privacidade nos *e-mails* do trabalhador: 9 - Privacidade e *cookies*. 10 – Conclusão.

1 DIREITO À PRIVACIDADE

A origem do direito à privacidade remonta a teses de filósofos como Thomas Hobbes, John Locke, Robert Price e John Stuart Mill. Locke, em *Ensaio sobre o Governo Civil*, desenvolve sua idéia de liberdade como “autonomia para dispor, como bem lhe pareça, de sua pessoa, de seus atos, de seus bens e de tudo quanto lhe pertença, submetendo-se ao que ordenam as leis sob as quais vive” e, ao fim, teria afirmado “a exclusão de toda submissão a vontade arbitrário de outro, para poder seguir livremente a sua”.¹ Mill, em sua obra *On Liberty*, de 1859, sustentava a tese de que os únicos aspectos da conduta humana que produziam deveres e responsabilidades sociais seriam aqueles que afetassem os demais. Segundo ele, os aspectos que só dizem respeito ao indivíduo são absolutamente independentes, resultando ser o indivíduo soberano sobre si, seu corpo e sua mente (“Over himself, over his own body and mind the individual is sovereign”).²

Embora seja possível perceber que nesses textos há uma alusão a uma liberdade que pressupõe um certo grau de autonomia, sem interferência alheia, não se utilizavam, àquela época, expressões como “privacidade”, “intimidade” ou “esfera da vida privada”.

O reconhecimento do direito à privacidade, como um direito com características próprias, surgiu em um trabalho doutrinário (artigo) chamado *The Right to Privacy*, de autoria de Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis (este último tornou-se, posteriormente, juiz da Suprema Corte Norte-Americana), publicada na *Harvard Law Review*, em 15 de dezembro de 1890. O objetivo do trabalho era de estabelecer os limites para a intromissão da imprensa na

* - O autor é Juiz Federal da 9ª Vara de Ribeirão Preto-SP, Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP, e professor de Pós-graduação da UNIFRAN.

¹ Cf. Pablo Lucas Murillo, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Editorial Tecnos S/A, 1990, p. 51.

² Cf. Antonio E. Perez Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Editorial Tecnos S/A, 1995, p. 323.

vida privada.

É importante lembrar que o que motivou Warren, com a ajuda de Brandeis, a escrever mencionado artigo foram as notícias escandalosas sobre sua vida conjugal, já que havia recentemente se casado com a filha de um senador (Bayard), de uma prestigiosa família de Boston, e conduzia uma vida dispendiosa e desordenada.

Esse escrito firmou as bases técnico-jurídicas da noção de *privacy*, configurando-a como um direito à solidão (*to be let alone*), que pode ser traduzido como “o direito a que nos deixem em paz” ou, mais literalmente, de “estar só”. No texto de Warren e Brandeis encontra-se a seguinte passagem:

“Que o indivíduo deva receber plena proteção de sua pessoa e de sua propriedade é um princípio antigo como o *common law*. Não obstante, tem sido necessário, de tempos em tempos, redefinir a natureza exata e a extensão dessa proteção. As transformações políticas, sociais e econômicas exigem o reconhecimento de novos direitos e o *common law*, com sua eterna juventude, cresce para satisfazer as demandas da sociedade” (princípio da *common law* transformações da sociedade).

Invenções e métodos comerciais recentes chamam a atenção para o próximo passo que é preciso dar para a proteção da pessoa e para assegurar aos indivíduos o que o juiz Cooley chama de ‘direito a que nos deixem em paz’. Fotografias instantâneas e empresas jornalísticas têm invadido os recintos sagrados da vida privada e doméstica e numerosos engenhos mecânicos ameaçam fazendo boa a predição segundo a qual ‘o que se sussurra no gabinete será proclamado do alto das casas’”.³

A obra desses dois autores reveste-se de tal relevância que ainda hoje algumas conclusões extraídas do texto continuam definindo os contornos desse direito, a saber:

1. o direito à privacidade não proíbe a publicação do que é público ou que se caracteriza como de interesse geral;
2. não se proíbe a publicação do que, em princípio, é privado;
3. provavelmente, a lei não amparará a exigência de reparação nos casos em que a intromissão não causou especiais danos;
4. o consentimento do afetado exclui a violação do direito;
5. a *exceptio veritatis* não é admissível na defesa do agressor;
6. tampouco a ausência de dolo do editor pode ser aduzida como matéria de defesa.⁴

Importante ressaltar que a evolução do direito à privacidade passou da noção negativa, de não sofrer intromissões externas, não consentidas na vida privada, a uma concepção positiva, de desenvolvimento de um aspecto da personalidade que possibilite ao titular do direito o controle das informações sobre sua vida pessoal.

Mas o reconhecimento do direito à privacidade no campo das decisões judiciais, como direito autônomo, dotado de substantividade própria, só foi efetivamente afirmado, pela Suprema Corte dos E.U.A., no ano de 1965, no caso *Grissold v. Connecticut*, que considerou inconstitucional a proibição de venda, distribuição e utilização de anticoncepcionais, justamente por violar o direito à privacidade.⁵

Oito anos depois, a Suprema Corte no caso *Roe v. Wade* declarou inconstitucionais normas vigentes no Texas, assim como em outros estados da União que proibiam o aborto, por considerar que lesavam a *privacy* da mulher grávida, supondo uma intromissão indevida no âmbito das decisões pessoais. Convém advertir que a decisão não reconheceu a legitimidade

³ Apud Pablo Lucas Murillo, *op. cit.*, p. 58/59.

⁴ *Idem*, p. 60/61.

⁵ *Idem*, p. 63.

do aborto, apenas afirmando que a última decisão sobre o assunto é da mulher interessada e de seu médico, e não do Estado.⁶

No caso *Stanley v. Georgia* a *Supreme Court* debateu a sanção imposta pela legislação do Estado da Geórgia em uma suposta posse de materiais obscenos. O tribunal, ao declarar improcedente a sanção imposta ao proprietário de ditos materiais, não pretendeu tutelar o seu conteúdo, mas o direito de posse na esfera íntima do domicílio.

Essa tese jurisprudencial serviu de base para uma decisão da Suprema Corte do Alaska para reconhecer, em uma decisão de 1975, o direito à posse de marihuana no domicílio para uso privado e não comercial.

2 INTERNET

Antes de tratarmos da questão do direito à privacidade na era da informática, oportuno traçar um breve histórico a respeito das origens da *Internet*, considerando o importante papel que esse meio de comunicação e de informação ocupa no cotidiano de milhões de pessoas no mundo todo.⁷

No ano de 1969, foi criada a ARPANET, que foi projetada para ser uma rede de computadores para fins de proteção militar. Ela tinha como função principal ser utilizada como rede de comunicação, interligando estações de defesa com universidades, que resistisse a bombardeio nuclear. Posteriormente, foi utilizada para distribuir informações entre cientistas em universidades e laboratórios de pesquisa.

Apesar da existência de uma enorme gama de informações disponíveis na rede, o usuário encontrava dificuldades para acessá-las, pois não dispunha de um sistema que permitisse a seleção daquele documento que lhe interessava.

Em março de 1989, no *CERN* (*Conselho Europeu de Pesquisas Nucleares*, hoje denominado *European Laboratory for Particle Physics*), Tim Berners-Lee, do Laboratório Europeu de Física de Gênova, propôs o desenvolvimento do sistema de hipertextos, para interligar todas as informações disponíveis nas redes de computadores de todo o mundo. Os hipertextos são documentos que possibilitam o acesso e transferência de outros documentos, textos e informações disponíveis, de um para outro computador conectado à rede, ao se clicar o mouse em palavras, figuras ou ícones, chamados de *links*.

O projeto de Tim Berners-Lee possibilitou o surgimento da WWW (*World Wide Web*) e também da *INTERNET – INTERACTION* ou *INTERCONNECTION BETWEEN COMPUTER NETWORK*.

A Internet, hoje, caracteriza-se como uma das mais importantes ferramentas para a comunicação e troca de informações, incluindo-se, aí, uma nova rota de comercialização de bens e serviços.

Em 1972 haviam 23 *hosts* (computadores hospedeiros de dados permanentemente ligados à rede), em 1992, um milhão e, no ano seguinte, dois milhões, chegando, no ano de 1996, a dez milhões de *hosts*, numa taxa de crescimento de 341,64% ao ano. No Brasil são 450.000 *hosts*, o que coloca o país em 13º no mundo.

Pesquisa realizada em fevereiro de 2002 apontava que 21% dos domicílios brasileiros tinham acesso à Internet, o que representa 77% dos lares dotados de computador, significando acesso a 13,08 milhões de pessoas, 48,6% a mais que o ano anterior.

⁶ Idem, p. 65.

⁷ Sobre a história da internet, é possível encontrar, na própria rede, inúmeras informações a respeito. Ver, por exemplo: <http://www.megaone.com/megadoor/internet.htm> , http://www.anjosdadanca.com/design/internet_history.html , <http://www.caloteiros.hpg.ig.com.br/intemet.htm> e <http://campus.fortunecity.com/clemson/493/jus/m06-020.htm> .

Em 2.000 eram 200 milhões de usuários da Internet no mundo. Estima-se que esse número chegará em torno de 700 milhões em 2.010 e que em 2.006 serão 42,3 milhões de usuários somente no Brasil.

3 DIREITO E INTERNET

A preocupação com o desenvolvimento da Internet é evidente. Para o Direito, além da agilidade que ela proporciona às relações travadas entre seus usuários, surge o problema da ausência de territorialidade. Na Internet, como se sabe, as relações ali travadas não se realizam em uma dimensão físico-territorial, mas em um espaço cibernético, chamado de “cyberspace”, eminentemente virtual. Esse problema da territorialidade, reflexo do princípio da soberania, sempre foi, para os operadores jurídicos tradicionais, um dos elementos essenciais para a aplicação do Direito.

Acrescente-se a isso, o fato de que não existe um órgão central que administre ou controle o fluxo e o conteúdo de informações que circulam pela rede, podendo a informação ser lançada por um servidor e passar por vários outros, por diversos países, até chegar ao destinatário final.

Várias questões relativas à Internet e demais tecnologias da informática preocupam os juristas atualmente. Alguns exemplos, que não envolvem necessariamente o direito à privacidade podem ser encontrados. Abaixo, cito alguns:

4 DIREITO DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL

A questão relativa à proteção do uso de marca na rede é bastante significativa dos problemas que podem surgir nesse ambiente eletrônico.

A adoção de marcas de empresas conhecidas, na Internet, se dá com o nome de domínio (*domain name*), por particulares ou outras empresas, que deve ser único. Para evitar a ocorrência de nomes de domínios idênticos, as organizações encarregadas de fazer o registro do endereço do usuário estabeleceram uma ordem de preferência para a aquisição do nome, de acordo com a data do pedido de concessão.

No Brasil é a *Fundação de Amparo a Pesquisa do Estado de São Paulo – FAPESP* o órgão encarregado de realizar o registro dos domínios no Brasil.

Muitas empresas, titulares de marcas famosas, frustraram-se ao tentar registrar os seus nomes de domínio, pois esse direito já havia sido concedido. Foi o que aconteceu com a McDonald’s, que não pôde registrar o nome como seu endereço na Internet, pois isso já havia sido feito por Joshua Quittner. Quittner obteve o registro de seu endereço eletrônico como “macdonalds.com” e recebia mensagens em seu correio eletrônico no endereço ronald@macdonalds.com. A empresa McDonald’s ingressou com uma ação que não foi julgada devido a um acordo no qual Quittner abriu mão de seu nome de domínio em troca de uma doação, pela empresa McDonalds, de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares americanos) a uma escola.⁸

Para se evitar esse tipo de problema, no início de fevereiro de 1997, criou-se nos EUA um comitê internacional para discutir o assunto. Esse comitê recomendou a criação de novas categorias de registro de domínio. Além dos tradicionais “.com” (para empresas comerciais), “.edu” (para universidades e instituições de pesquisa), “.net” (para atividades relacionadas à rede), “.gov” (para órgãos do governo) e “.org” (para organizações não governamentais),

⁸ Cf. <http://www.kaukajarvi.fi/koutiva/wfs/wfs/trainm/f2a.htm> .

seriam criados “.firm” (para empresas), “.store” (para empresas vendedoras de mercadorias na rede), “.web” (para atividades relacionadas à WWW), “.arts” (para artes e cultura), “.rec” (para atividades recreativas), “.info” (serviços de informação) e “.nom” (para páginas individuais).

5 LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Problema que vem sendo debatido em alguns países, é o da possibilidade de se regular o teor dos materiais veiculados na rede. Esse monitoramento do conteúdo dessas informações pode, em alguns casos, ferir a liberdade de expressão. Nesse sentido, a Suprema Corte Norte-Americana confirmou uma decisão de 1ª instância que considerou inconstitucional uma lei – chamada de Lei de Decência das Comunicações (*Communications Decency Act*) – que pretendia que certos conteúdos “indecentes e obscenos” não mais pudessem aparecer na rede de comunicações digitais. A decisão da Suprema Corte foi de 7 votos contra 2.

Essa decisão apreciou a questão do conflito entre princípios. De um lado quis se proteger os menores das comunicações “indecentes” e “claramente ofensivas” e, de outro, a liberdade de expressão dos usuários, prevista na Primeira Emenda da Constituição Americana, que prevaleceu no final.

6 DIREITO À PRIVACIDADE E INTERNET

Após essas breves digressões, passo a analisar a questão objeto de análise, qual seja, do direito à privacidade na era da informática.

Abaixo, relato alguns casos de possível violação do mencionado direito, diante do alto nível de desenvolvimento tecnológico.

7 DIREITO À PRIVACIDADE E INTERNET

Os europeus que pretendem ir aos EUA devem ficar sabendo que a Comissão Européia e as autoridades federais fizeram um acordo no qual será possível a entrega à polícia de imigração dos EUA, sem consentimento do viajante, informações dadas pela companhia aérea escolhida, o nome, o sobrenome, a idade, o endereço, os números do passaporte e do cartão de crédito, o estado de saúde, as preferências alimentares, as viagens precedentes, o nome e a idade das pessoas que o acompanham, o nome das organizações que financiaram suas últimas viagens, etc.

Todas essas informações poderão ser depositadas num dispositivo chamado CAPPS – Sistema Assistido por Computador para Controle Preventivo (*Computer Assisted Passenger Pre-Screening*), que ainda não foi efetivamente posto em prática. Essas informações seriam cruzadas com as dos serviços de inteligência policial, do Departamento de Estado, do Departamento de Justiça e da rede bancária. O CAPPS faria uma avaliação do grau de periculosidade da pessoa e lhe atribuiria um código colorido: verde para os inofensivos, amarelo para os duvidosos e vermelho para os que serão impedidos de ter acesso ao avião e detidos. Se o visitante for muçulmano ou natural do Oriente Médio, o código de suspeito lhe será automaticamente atribuído e se lhe tirarão as impressões digitais.⁹

⁹ Sobre o assunto, consultar: <http://www.terra.es/actualidad/articulo/html/act58564.htm> , <http://www.laopinion.com/primerapagina/?rkey=00040112184508701814> e <http://noticias.terra.com.br/mundo/interna/0%2C%2C01141296-E1789%2C00.html> .

Esse procedimento, se adotado pelas autoridades norte-americanas¹⁰, revela um conflito entre o direito à segurança (dos próprios norte-americanos) e o direito à privacidade (dos que viajam para os E.U.A). Não cabe, nos contornos deste trabalho, adentrar no mérito desse problema, todavia, é possível afirmar que aqueles que se dirigem a esse país e não são previamente informados acerca dessa série de atos investigativos estão, à evidência, com seu direito à privacidade sendo violados.

8 PRIVACIDADE NOS *E-MAILS* DO TRABALHADOR

Outro sério problema que envolve possível violação de direito à privacidade é o do monitoramento de *e-mails* corporativos ou de empresas.¹¹

A esse respeito, oportuna a análise de caso julgado pela 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) que, ao decidir sobre o envio de um único *e-mail* do tipo “corrente”, no horário de café do remetente, julgou que a conduta não caracteriza justa causa e que “a violação de correspondência, ainda que eletrônica, fere a garantia à intimidade”, por que correio eletrônico é correspondência enviada pelo computador. Naquele julgado foi dito ainda que: “Mesmo que o objetivo da empresa seja a fiscalização dos serviços, o poder diretivo cede ao direito do obreiro à intimidade”.

Já a 3ª Turma do TRT da 10ª Região (DF e Tocantins), em caso análogo, decidiu que: “Não há qualquer violação ao *e-mail* do reclamante, posto que isso não era de sua propriedade. Sendo o *e-mail* propriedade da reclamada, a mesma poderia ter amplo conhecimento da forma como estava sendo utilizado”. Naquela oportunidade foi dito o seguinte: “Considerando que os equipamentos de informática são disponibilizados pelas empresas aos seus funcionários com a finalidade única de atender às suas atividades laborativas, o controle do *e-mail* apresenta-se como a forma mais eficaz, tanto de proteção e fiscalização às informações que tramitam no âmbito da empresa, inclusive sigilosas, quanto de evitar o mau uso da Internet, que pode, inclusive, atentar contra a moral e os bons costumes, causando à imagem da empresa prejuízo de larga monta”.

Nos EUA, no caso *United States v. Wesley J. Slanina*, partiu-se do pressuposto de que a habilidade de se monitorar mensagens eletrônicas é notória, uma vez que não há razões para se acreditar que os *e-mails* não serão lidos. Trata-se da baixa perspectiva de privacidade.

O Reino Unido promulgou a *Regulation of Investigatory Powers Act 2002* que trata da necessidade de consentimento do empregado em ter seu *e-mail* monitorado (*lawful authority*). Além disso, a *Telecommunications Regulations 2000* prevê inúmeras hipóteses em que as mensagens podem ser interceptadas, tais como: a) fazer prova de um fato; b) verificar se os empregados estão agindo conforme o perfil previamente estipulado; c) prevenir ou investigar um crime; d) assegurar a efetiva operação do sistema, etc. Além desses textos normativos, foi criada a *Data Protection Act (DPA)*, que trata de assuntos correlatos.

A Alemanha editou a *Datenschutz* especificando que: 1) o sistema de monitoração de um empregado deve ser arquitetado de forma a que nenhuma ou poucas informações sejam coletadas, não se chegando ao controle absoluto; 2) os empregados devem ser informados da política de controle da empresa no que se refere à Internet; 3) a comunicação entre indivíduos, *a priori*, continua protegida contra o monitoramento; 4) o empregador não

¹⁰ Ao que parece, o Departamento de Segurança Interna dos EUA decidiu não mais implementar esse sistema de segurança, da forma como foi originalmente elaborado. Ver, a respeito: <http://br.wired.com/news/print/0%2C1132%2C15178%2C00.html>.

¹¹ As opiniões a respeito da matéria são variadas. Sobre o tema, ver os seguintes endereços eletrônicos: <http://www.abciet.net/agenda/ponencias/2003/internet2003/Sexta/1010RicardoBarreto.ppt>, http://www.as400.hpg.ig.com.br/_artemail.html, e <http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto318.doc>.

é obrigado a permitir o uso da Internet no trabalho, mas se o permitir, o empregador não deve adentrar no conteúdo das mensagens.

Na Dinamarca, já no final de 2002, foi firmado acordo entre a *Dansk Handel & Service* e a *HK Service*, que deverá servir de parâmetro para as demais relações de trabalho. Segundo o ajuste: 1) o uso da Internet e do e-mail de empregados deve ser monitorado apenas se houver relevante razão para tanto, devendo haver prévia advertência; 2) a extensão do uso privado da Internet deve ser claramente esclarecida; 3) o acesso a e-mails discriminados como privados somente pode ocorrer com o consentimento do empregado. E se tal anuência não ocorrer os e-mails só deverão ser abertos se for crucial para razões válidas e documentadas; 4) devem ser determinadas regras a respeito do acesso a e-mails de empregados dispensados ou ausentes do trabalho, assim como regras para seu arquivamento e eliminação.

9 PRIVACIDADE E *COOKIES*

Por último, analisaremos a questão dos *cookies*. No entanto, um esclarecimento prévio é necessário: O que é um *cookie*?¹²

A WWW (*World Wide Web*) funciona com o chamado modelo *cliente-servidor*. Nele, os computadores dos usuários são os “clientes”, que mediante um programa visualizador ou navegador, enviam pedidos a outros computadores (os “servidores”), para que eles, por sua vez, respondam.

Essas interações entre clientes e servidores são diferentes, por exemplo, de uma conversa telefônica, no qual o vínculo se mantém de forma contínua. Na WWW tendo o servidor terminado de enviar ao cliente a informação solicitada, o enlace entre ambos se quebra. É como se o servidor tivesse se “esquecido” do cliente. Se este formula um novo pedido, ambas as máquinas devem estabelecer uma nova conexão, identificando-se novamente, como se nunca tivessem se comunicado.

Essa curiosa arquitetura é que torna a WWW versátil. Se não fosse assim, os servidores da *web* não poderiam atender simultaneamente uma grande quantidade de usuários. Se as conexões fossem permanentes, ocorreria o mesmo que se passa quando tentamos falar com alguém em um telefone enquanto ela está falando com outra pessoa.

Essa quebra de continuidade nas conexões fizeram com que as empresas criassem mecanismos para se criar uma sensação de um trato mais “personalizado” aos visitantes, principalmente em se tratando de comércio eletrônico. É aí que entram os *cookies*.

A função básica de um *cookie* é a seguinte: permitir a um servidor armazenar e mais adiante recuperar uma pequena quantidade de informação da máquina do cliente. Esses dados estão sempre associados a um *site* da *web* e a um navegador em particular, significando que um *cookie* criado por um servidor só será acessível se o visitante regressa ao *site* usando o mesmo computador e o mesmo navegador. A informação é guardada em um arquivo de texto e pode incluir até algumas informações pessoais, assim como códigos de usuário e senhas. Também é comum o armazenamento de dados da última visita que permitem “lembrar” o que o usuário fez ou comprou naquela oportunidade.

Em primeiro lugar, é importante lembrar que *cookies* não capturam informações que o usuário dispõe voluntariamente. Além disso, eles não transmitem vírus, por serem textos estáticos e de reduzido tamanho. Finalmente, *cookies* não permitem ao servidor acesso a

¹² A respeito dos *cookies*, consultar, entre outros, os seguintes *sites*: <http://members.tripod.com/~MoisesRBB/cookies.html> , http://www.programacion.com/tutorial/servlets_basico/16/ e http://www.aui.es/biblio/documentos/seguridad/todo_sobre_las_cookies.htm .

arquivos do computador, por ficarem apenas em sua memória.

O emprego de *cookies* permite às empresas que operam na web analisar o perfil e os hábitos de consumo de seus clientes, que podem ser cedidos ou até vendidos a terceiros.

Os *cookies* permitem, ainda, o funcionamento de “redes de perseguição” (*tracking network*), que funcionam quando uma empresa coloca mensagens publicitárias em múltiplos *sites* com o fim de criar e logo recuperar *cookies* dos computadores dos visitantes. Analisando esses dados, é possível “seguir” um usuário a medida que navega por esses *sites*, vigiando suas ações, acumulando informação pessoal, controlando quais bens ou serviços adquire.

Esse tipo de navegação deixa um claro rastro eletrônico no qual a intimidade e a privacidade do usuário vão sendo, paulatinamente, mitigadas.

10 CONCLUSÃO

Este escrito teve uma finalidade bastante modesta, a de traçar um painel do desenvolvimento do direito à privacidade neste início de século XXI, no qual exorbitam relações interpessoais por meio de sistemas eletrônicos de informática. Pretendeu-se, ainda, demonstrar que essa rede de interações eletrônicas e virtuais acarreta o surgimento de novos problemas jurídicos não resolvidos pela doutrina criada em um ambiente no qual essas inovações tecnológicas ainda não existiam.

Não se pretendeu, como pôde ser visto, trazer ou propor soluções definitivas para esses problemas, diante do fato de que a busca de soluções satisfatórias deve, necessariamente, considerar a velocidade em que as novas tecnologias no setor da informática se desenvolvem e, considerando a modesta proposta de trabalho apresentada e as claras limitações do autor, essas soluções provavelmente surgirão em obra posterior, de maior fôlego, escrita por alguém mais habilitado para esse trabalho.

Abstract:

“The aim of this work is to develop some ideas about the Fundamental Right to the Privacy, which are stated by the Federal Constitution, but in a different context of that is has first appeared. This Work intends to approach that Right in the current moment of technological development, nowadays there is a great diffusion and profusion of information much more faster than in the time that Right were thought.”



FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E OS NOVOS RAMOS DO DIREITO

Andréa Queiroz Fabri*

RESUMO

O presente artigo tem por fim aclarar a noção da propriedade como meio de compreensão para todo o ordenamento jurídico, uma vez que ramos jurídicos diversos encontram fundamento na forma como aquele instituo é tratado pela Constituição.

Palavras-chave: Direito de propriedade. Ordem econômica. Constituição econômica. Ramos do Direito. Ordenamento jurídico.

Sumário:

Introdução. 1- A propriedade como marco das imposições legais. 2- A evolução do instituto até o liberalismo. 3- A revisão da abrangência do direito de propriedade. 4- O instituto da propriedade no Brasil. 4.1- A função social da propriedade e a constituição econômica. 4.2- Relação de alguns ramos do Direito com a propriedade. 4.2.1- Direito do Trabalho. 4.2.2- Direito Agrário e Direito Ambiental; 4.2.3- Direito da Concorrência. 4.2.4- Direito do Consumidor. 4.2.5- Direito Urbanístico. 5- Conclusão: a ordem econômica como fonte do ordenamento jurídico.

INTRODUÇÃO

O título, bem como o conteúdo do texto que ora se apresenta têm conotação teórica e, por isso, podem levar o estudioso mais afeito aos casos práticos a imaginá-lo carente de importância. Não obstante, a compreensão da forma como o Estado age em relação à atividade econômica contribui prodigamente para o entendimento do sistema jurídico vigente num país. A afirmação aqui feita encontra respaldo no estudo de disciplinas jurídicas que, quando têm sua história desvendada, mostram-se intimamente relacionadas com os aspectos econômicos da época em que foram instituídas. Ora, os direitos não são simplesmente criados, por vontade dos representantes – Estado – ou de quem quer que seja, mas sim arduamente conquistados, com lutas, revoluções, protestos, estudo. Assim, os fatos comprovam que a luta pela institucionalização de direitos para uns sempre implica limitação de direitos para outros, que se esforçam no sentido de conservar uma situação até então proveitosa.

É sabido que os interesses humanos deitam raízes naquilo que possui algum valor, seja sentimental, como nos casos do Direito de Família, seja material, o que constitui a maioria dos casos originários dos conflitos.

A noção de posse sobre algo é tudo o que se precisa para pôr termo a qualquer ideal comunista, uma vez que, desde os tempos mais primitivos, a idéia de vida social impôs requisitos para a boa convivência, sendo imperativo o respeito a regras acerca do uso dos bens necessários, por alguma figura representativa de poder – legítimo ou não (como os anciãos, os pais de família nas sociedades patriarcais, o chefe da tribo, o sacerdote, até chegarmos à complexa estrutura estatal).

* Especialista em Direito do Estado pela Universidade de Uberaba/Escola Superior de Advocacia de Minas Gerais, Mestre e Doutoranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professora de Direito Econômico e Direito Financeiro da Universidade de Uberaba.

Percebem-se, pois, comandos, por parte daquele que se encarrega da ordem, sobre a propriedade, não sendo relevante neste trabalho diferenciar a posse da propriedade, como ocorre no Direito Civil.

É mister aclarar que o motivo da escolha do tema decorre das aulas de Direito Econômico, ministradas pela autora desde 2000, bem como de uma obra cuja leitura se recomenda para os estudiosos de todos os ramos do Direito: *Direito Econômico das Propriedades*, da professora Isabel Vaz.

A variedade e a abrangência dos princípios da Ordem Econômica brasileira poderiam tornar o aprendizado enfadonho, não fosse o entendimento de que todos eles advêm do instituto da propriedade e do tratamento que lhe é conferido. Demais disso, a obra citada leva o leitor a entender que a propriedade não pode ser trabalhada em Direito Econômico do mesmo modo que no Direito Civil, mesmo que com as alterações pelo novo Código.

Diante dessa breve justificativa, espera-se colaborar para o aperfeiçoamento do estudo e, principalmente, para a aplicação de um Direito refletido e não mecanicamente posto, uma vez que o paradigma democrático deve servir como medida todas as vezes que a interpretação do Direito soar duvidosa.

1 A PROPRIEDADE COMO MARCO DAS IMPOSIÇÕES LEGAIS

Como já se ressaltou na introdução, somente no início dos tempos pode-se atestar a existência do comunismo puramente vivenciado. Ora, em uma época em que a Terra era pouco habitada, nossos ancestrais raramente se encontravam e os pequenos grupos de nômades tendiam a compartilhar abrigo e alimento devido ao trabalho da caça e à falta de conhecimento necessário para a elaboração de instrumentos ou a construção de um teto.

A partir de descobertas como o fogo e da sofisticação do trabalho com as poucas ferramentas inventadas, os primórdios do *Homo sapiens* tendem a viver coletivamente, dando origem às primeiras sociedades e firmando raízes em determinados locais. O raciocínio lógico permite admitir que, se um grupo se considera capaz de lutar pela sua sobrevivência, nada justifica deixar que outro usufrua disso sem qualquer esforço. Portanto, a contribuição para a construção dessa sobrevivência torna-se condição para uma convivência pacífica. Vê-se, assim, que a noção de posse sobre certos bens (inclusive os mais necessários) passa a dominar o convívio, e a transgressão de tal ordem implica punição.¹

A propriedade é entendida por Vaz como o núcleo do Direito Econômico, dedicando uma parte inteira de sua obra ao tema.² Entretanto, pela própria exposição da referida autora, pode-se entender que as propriedades fundam todo o Direito.

Mesmo a noção mais rudimentar do Direito busca proteger a propriedade privada, vinda tanto do trabalho como da hereditariedade. A propósito, antigamente, o fator hereditário

¹ Ao se referir à crítica do estudo de Marx sobre as classes sociais, Joseph Shumpeter contribui para esse entendimento, uma vez que o domínio sobre os bens gera a existência destas classes: “*En fait, c’est par une manoeuvre hardie de stratégie analytique que Marx a associé le destin du phénomène des classes au destin du capitalisme, en sorte que le socialisme (qui, en réalité, n’a rien à voir avec l’existence ou l’absence de classes sociales) est devenu, par définition, le seul type possible de société sans classes, exception faite pour les groupes primitifs.*” Em tradução livre: “De fato, é através de corajosa manobra de estratégia analítica que Marx associou o fenômeno das classes ao destino do capitalismo, de modo que o socialismo (que, na realidade, não tem nada a ver com a existência ou a inexistência de classes sociais) se tornou, por definição, o único tipo possível de sociedade sem classe.” *Capitalisme, socialisme et démocratie*. p. 31. Ainda, VAZ, Isabel. “A forma comunitária de vida, o ‘pensar coletivista’, a posse comum de todos os bens provocaram no homem primitivo *‘una falta notable de conciencia del yo, de toda experiencia acabada de su individualidad.*’” Em tradução livre do último trecho: “uma falta notável de consciência do eu, de toda experiência acabada de sua individualidade.” *Direito econômico das propriedades*. p. 43.

² A cara professora inicia seu estudo com a razão natural e a revelação divina como explicação da propriedade privada, passando pelo trabalho como fundamento e fator de valorização econômica da propriedade, pelo politeísmo greco-romano como fundamento da propriedade privada, pela origem da propriedade privada segundo a concepção materialista, bem como pelas relações entre a propriedade privada e a personalidade. VAZ, Isabel. *Direito econômico das propriedades*. pp. 25-49.

ainda era mais notório, vez que a idéia do direito de nascimento fundamentado na religião era bastante difundida.

2 A EVOLUÇÃO DO INSTITUTO ATÉ O LIBERALISMO

O mundo antigo conheceu a instituição das classes pela riqueza e hereditariedade, valendo ressaltar que a idéia de democracia em Aristóteles exclui escravos (trabalhadores) e mulheres – destituídos de propriedade.³

O feudalismo, suplantando as sociedades anteriores, estrutura-se no poder disperso de vários nobres, senhores de seus territórios. O lento declínio desse sistema originou o absolutismo, época em que o direito de propriedade está diretamente ligado à proteção do monarca:

“O aparecimento das novas nações-estado assinalou o começo da transição para uma nova classe dominante. Os novos monarcas, geralmente, procuravam o apoio da classe capitalista burguesa, em seu esforço de derrotar seus rivais feudais e unificar o estado sob o mesmo poder central. Esta unificação libertou os mercadores da confusão feudal de regras, regulamentos, leis, pesos e medidas e moedas diferentes; consolidou muitos mercados; deu proteção militar aos empreendimentos comerciais. Em troca, o monarca dependia dos capitalistas para as tão necessárias fontes de receita.”⁴

Outro fator concomitante de relevância é a ética protestante, priorizando o individualismo e a renda:

“A busca do lucro só poderia ser eficaz numa sociedade baseada na proteção dos direitos de propriedade e na certeza do cumprimento dos compromissos contratuais pessoais entre os indivíduos.”⁵

Embora parte da sociedade privilegiada tivesse liberdade para obter rendimentos da atividade econômica, a opressão advinda do poder absoluto do Estado-governante fez com que a população se rebelasse em prol da liberdade de trabalho para todos.

Não obstante a Revolução de 1776, que conferiu independência às até então treze colônias inglesas, tenha sido a pioneira na declaração de direitos e liberdades individuais aos cidadãos, a Revolução de 1789 foi responsável pela implementação do ideal liberal que atravessou fronteiras.

Os Estados Unidos, até a Primeira Guerra Mundial, mantiveram-se afastados da sociedade de Estados soberanos, posto que seu objetivo precípua era o desenvolvimento endógeno, livre de qualquer restrição ou perseguição que haviam conduzido à fuga de seu povo do velho mundo.⁶

Somente reações no centro do poder mundial poderiam produzir os efeitos da Revolução Francesa. Primeiro, porque a França, como outros países europeus, vivia os problemas sociais decorrentes do absolutismo (fome, miséria). Segundo, porque o continente europeu concentrava as metrópoles, cujo pensamento foi, ao longo da história, permeando a vida colonial. Essa revolução foi capaz de consolidar a extinção do sistema feudal a partir de 1793.⁷

Instalado o liberalismo, o Estado não mais estava legitimado a penetrar em assuntos econômicos, ficando incumbido de suas precípua funções: legislar, julgar e administrar; inclusive, pelo poder de polícia. Atendendo ao lema “liberdade, igualdade e fraternidade”, foi

³ Vide COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. pp. 331-350.

⁴ HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. p. 41.

⁵ HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. p. 54.

⁶ A própria Guerra Civil, entre 1861-1865 comprova isso. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos*. p. 30.

⁷ HOBBSAWM, Erik J. *A era das revoluções*. p. 80.

outorgada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Cabe enfatizar que, como as liberdades individuais conferidas pela Declaração da Virgínia, nos EUA, os direitos fundamentais franceses são considerados o marco do constitucionalismo atual, já que, a partir de então, os indivíduos (embora formalmente) poderiam alegar tais direitos mesmo contra o próprio Estado:⁸

“Das Revoluções Americana e Francesa surgiram as Constituições não apenas naqueles países, como crescentemente em várias nações do mundo. É o nascimento do ‘constitucionalismo’. Com ele se cria também o Estado de Direito, o qual se caracteriza pelo alto grau de formalização, afirmando-se os seus principais elementos estruturais: a separação de poderes, o conceito de lei, o princípio da legalidade da administração, a garantia dos Direitos Fundamentais e a independência dos tribunais.”⁹

Impende notar que os direitos mais caros aos cidadãos (como vida, honra, liberdade, propriedade) só passaram a ser juridicamente contemplados após as revoluções do século XVIII (norte-americana e francesa), ao passo que a propriedade já vinha sendo protegida ao longo dos tempos, inclusive com a possibilidade de ser defendida sem o auxílio estatal.

3 A REVISÃO DA ABRANGÊNCIA DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O Estado liberal convive com a Revolução Industrial, responsável pela modificação do sistema produtivo. A perda da influência do campo na economia faz com que os camponeses migrem para as cidades na esperança de conseguir emprego.

A massa de potenciais trabalhadores leva à queda dos salários e à imposição de degradantes condições de trabalho, pois o Estado não pode interferir na vida econômica.

Os relatos da época mostram total desprezo pela dignidade humana.¹⁰ Se, por um lado, a mão invisível *smithiana* considerava distribuída a riqueza pela geração de trabalho sem relação de proteção monárquica com uma classe possuidora de títulos nobiliárquicos, por outro, a vida tinha pouco valor dentro das fábricas e das minas de carvão.¹¹

Tais fatos não ficaram esquecidos por alguns estudiosos, que vieram a questionar a legitimidade do direito de propriedade. O mais famoso deles é Karl Marx, com sua teoria da mais-valia e sua crítica à economia clássica.¹²

Demais disso, a liberdade de iniciativa e de concorrência proclamadas pelo regime liberal mostraram-se impraticáveis, pois os industriais, para garantirem seus lucros e diminuir seus riscos, se uniam uns aos outros, tornando o sistema mais penoso para a maioria da população trabalhadora. É o que João Bosco Leopoldino da Fonseca chama de transição de um capitalismo atomista para um capitalismo de grupo.¹³

Esses fatos, aliados à geopolítica europeia, culminaram na Primeira Grande Guerra, que, ao seu final, comprovou serem legítimos os apelos por uma organização econômica pelo aparelho estatal. O contrário colocaria a ordem política em risco, bem como o próprio sistema capitalista. As cartas do México (1917) e de Weimar (1919) serão pioneiras na limitação do direito de livre iniciativa como extensão do direito de propriedade privada, no que tange à proteção do trabalhador, que havia impulsionado os movimentos por mudanças. São instaurados os primeiros direitos sociais, em convivência com as já outorgadas liberdades

⁸ Vide CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*; do mesmo autor, *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 95. SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. p. 277. LOPES, Ana Maria D'Ávila Lopes. *Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar*, com prefácio de José Alfredo de Oliveira Baracho.

⁹ SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. *Direito econômico e cidadania*. p. 11.

¹⁰ HEILBRONER, Robert. *A história do pensamento econômico*. pp.101-103.

¹¹ Isso foi bem trabalhado por Émile Zola em *Germinal* e por Victor Hugo, em *Os miseráveis*.

¹² HUNT, E. K. *História do pensamento econômico*. pp. 218-251.

¹³ *Direito econômico*. p. 6.

individuais. Estas últimas serão suprimidas num regime tutelar mais radical, implantado na Rússia em 1918.¹⁴

A tendência a uma reorganização econômica pelo Direito irá alcançar até os mais “liberais”, como os norte-americanos, surpreendidos pela queda da Bolsa de Nova York, em 1929, e acometidos pela necessária intervenção do Estado na economia durante a depressão dos anos 1930. O mesmo se passa no pós-Segunda Guerra,¹⁵ levando o pensamento liberal clássico a aceitar a intervenção estatal Estado em vários setores econômicos, direta ou indiretamente,¹⁶ pois, como dispõe Ortiz, não há mercado sem Estado.¹⁷

4 O INSTITUTO DA PROPRIEDADE NO BRASIL

O instituto da propriedade, no Brasil, pode ser classificado de acordo com cada período histórico.

Na fase colonial, a propriedade era adquirida pela outorga real portuguesa àqueles que tivessem interesse de explorar as riquezas, ao mesmo tempo em que defendiam o território de possíveis invasões. Assim, tal estágio se insere em uma época em que o direito de propriedade era considerado sagrado.

No período em que a família real se radica no território do atual País, vigem ainda as leis de Portugal, uma vez que a razão de tal moradia consiste somente na fuga da ocupação napoleônica. Se se impera a coroa, não é difícil detectar o tratamento que se dá à propriedade: ela continua inviolável.

A independência convive tanto com o direito absoluto de propriedade como com alguma forma de sua relativização. Pode-se atribuir esse segundo estágio à urbanização de um país predominantemente rural durante o reinado de Dom Pedro II.¹⁸ A abertura de avenidas e a construção de locais que serviam à população devem ser entendidas como um meio de democratizar o espaço a ser compartilhado.

Com a instauração da República, o direito de propriedade passa a ser cada vez mais relativizado, iniciando-se, na Carta de 1891, com eu artigo 72, que dispõe acerca da desapropriação por necessidade ou utilidade pública.¹⁹

À medida que o País se expande economicamente, principalmente pelo início da industrialização, os conflitos sociais tornam-se ameaça constante à ordem, fazendo com que o Estado confira maior atenção a direitos trabalhistas.²⁰

No sentido de regular a exploração de algumas atividades, em benefício das mesmas, o Estado cria inúmeros organismos públicos, como o Instituto do Cacau, o Departamento Nacional do Café, do Instituto do Açúcar e do Alcool,²¹ além de editar alguns documentos legislativos sobre águas e minas.

¹⁴ VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. pp. 18-118.

¹⁵ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. pp. 9-10.

¹⁶ Eros Roberto Grau dedica todo um capítulo de sua obra **A ordem econômica na Constituição de 1988** para explicar os meandros da atuação estatal na economia. pp. 123-165.

¹⁷ “*No hay eficiencia económica posible sin instituciones fuertes y estables. La mejor economía exige seguridad jurídica en las instituciones estatales (tribunales, Administración, fuerzas de orden público, sistema de garantías y publicidad de los derechos, entes reguladores, etc.), todo eso que los economistas denominan ‘metamercado’. Este marco institucional estatal es un factor esencial para la creación de riqueza. Sin Estado, no hay mercado.*” Em tradução livre: Não há eficiência econômica possível sem instituições fortes e estáveis. A melhor economia exige segurança jurídica nas instituições estatais (tribunais, Administração, forças de ordem pública, sistema de garantias e publicidade dos direitos, entes reguladores, etc.), tudo isso é que os economistas denominam ‘metamercado’. Esse marco institucional estatal é um fator essencial para a criação de riqueza. Sem Estado, não há mercado. ORTIZ, Gaspar Ariño. **Principios de derecho público económico**. p. 5.

¹⁸ SCHARRCZ, Lilia Mortiz. **As barbas do imperador**.

¹⁹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. p. 68.

²⁰ FABRI, André Queiroz. A flexibilização das relações de trabalho e o direito econômico. In: UNIJUS, 2001.

²¹ CARONE, Edgard. **A segunda república (1930-1937)**. pp. 116-190. Vide ainda SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**, ao tratar do instituto da produção.

A atuação do Estado na atividade econômica se intensifica não só através da regulamentação de setores destinados a promover a produção, mas, sobretudo, da criação de empresas estatais com fins ao desenvolvimento do País. Essa política se inicia na década de 1930, sendo fortalecida nos governos posteriores, graças a empréstimos de países das organizações financeiras criadas em 1944 (Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial), bem como de países ricos, em especial, dos EUA, interessados nos países não formalmente alinhados com nenhuma das ideologias do mundo bipolar.²²

No campo econômico, essa ação do Estado justifica-se no desenvolvimento, que depende de infra-estrutura vultosa e de retorno a longo prazo, o que representa desmotivação para o setor privado. Assim, o Estado, no século XX, como agente que deve zelar pelo interesse dos cidadãos, passa a fazer as vezes da iniciativa privada e, em alguns casos, trabalhando como seu concorrente.

Hoje, são várias as atuações do Estado na economia, ainda que grande parte das estatais tenha sido privatizada.

4.1 AFUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA

O entendimento da propriedade como bem sacro e inviolável, além de ter mostrado ineficiência prática, mostrou seu lado mais cruel, no Brasil, com o sistema escravista, em que se tinha a propriedade da força de trabalho, podendo vendê-la, comprá-la, açoita-la, matá-la. O ser humano era um simples objeto nas mãos do respeitável senhor de terras.

As necessidades impostas pela evolução da economia integrada aos outros países (principalmente à Inglaterra)²³ levaram à já citada intervenção estatal no sentido de conferir função social à propriedade.

Isabel Vaz muito bem focaliza essa função social ao diferenciar propriedade estática de propriedade dinâmica,²⁴ sendo que aquela satisfaz somente seu proprietário, enquanto esta gera riqueza para outras pessoas, pois tal riqueza provém do trabalho, permitido pelo uso racional dessa propriedade. Desde que alguns direitos mínimos de dignidade desse trabalhador estejam assegurados, pode-se afirmar aqui a existência da mão invisível que torna a riqueza de um uma fonte de distribuição de renda para muitos.

Para melhor compreender o tema, mister frisar que as constituições atuais costumam dedicar um trecho singular à ordem econômica, também conhecida como constituição econômica, ou seja, a parcela do texto político destinada à normatização fundamental da atividade econômica.²⁵

No Brasil, a atual ordem econômica e financeira se encontra no Título VII da Constituição de 1988, desmembrado em quatro capítulos: Da Ordem Econômica, Da Política Urbana, Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária, Do Sistema Financeiro Nacional.

O artigo 170 da ordem econômica inaugura o referido título estabelecendo que esta se funda na livre iniciativa e no valor social do trabalho, e tem como fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Os fundamentos da ordem econômica, portanto, coincidem com os da República Federativa do Brasil, no artigo 1º, IV.

É de se precisar que a livre iniciativa provém do ideal liberal, que tem como primado a propriedade privada dos meios de produção. Aliás, o *caput* e o inciso XXII do artigo 5º da

²² LEAL, Rosemíro Pereira. **Soberania e mercado mundial**. pp. 217-218.

²³ SCHWARCZ, Lília Mortiz. **As barbas do imperador**. CALDEIRA, Jorge. **Mauá**: empresário do império.

²⁴ **Direito econômico das propriedades**. pp. 148-162, 318-343.

²⁵ VAZ, Manuel Afonso. **Direito econômico**. pp.118-121; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. pp. 43-53; SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito econômico**. pp.35-36.

nossa Constituição asseveram que a propriedade constitui direito fundamental do cidadão.

Como a vivência do liberalismo mostrou-se falha no seu modelo puro,²⁶ as constituições atuais mesclam os ideais liberais com os sociais, que dizem respeito à tutela do ser humano, como se dá no caso da valorização do trabalho (outro fundamento da República Federativa do Brasil e da ordem econômica).

Dessa maneira, tem-se que a forma através da qual o Estado, pela Constituição, trata o instituto da propriedade manifesta o modelo econômico adotado: social, socialista, liberal, capitalista, neoliberal. Pode-se então afirmar que, pelo modo como nosso País lida com a propriedade, dando a ela também caráter social, inserimo-nos no modelo neoliberal, mas não no sentido pejorativo da palavra, já que a mesma vem sendo utilizada para criticar ações inconstitucionais que privam o cidadão dos seus direitos em prol do capital.

Neoliberal como modelo constitucionalmente adotado traduz muito bem a tentativa de harmonização de interesses historicamente opostos como capital e trabalho, como se expõe:

livre iniciativa – valor social do trabalho

propriedade privada – função social da propriedade

Depreende-se, portanto, que tudo advém do instituto da propriedade. A propriedade privada, como cerne do Estado liberal, enseja a livre iniciativa, a livre concorrência e o direito ao lucro, ou seja, todos têm o direito de praticar qualquer atividade econômica, como extensão à liberdade fundamental de escolha da profissão (artigos 170, parágrafo único e 5º, XIII, respectivamente, da Constituição de 1988).

Como um mínimo de livre iniciativa e de concorrência e o respeito à dignidade humana são impraticáveis sem que haja dosada restrição das liberdades individuais pelo Estado, este garante o fim social da propriedade (artigos 5º, XXIII e 170, II da Constituição), do qual decorrem a defesa da concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego, a diminuição das desigualdades sociais e regionais e o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. Como extensão desses princípios, estabelecidos entre os incisos III a IX do artigo 170 citado, ao longo do título sobre a ordem econômica e financeira o constituinte estabeleceu normas para a intervenção do Estado através do planejamento, da regulação, da fiscalização, bem como das atividades que podem ser exploradas pelo Poder Público. Tudo visando à distribuição da riqueza através de medidas de política econômica, adequando o uso do direito de propriedade e da livre iniciativa ao objetivo de universalização dos direitos fundamentais.

4.2 RELAÇÃO DE ALGUNS RAMOS DO DIREITO COM A PROPRIEDADE

Devido ao liberalismo impregnado nos ordenamentos jurídicos do início do século XX, em sua maioria influenciados pelo Código Civil burguês de Napoleão, é fácil entender por que o estudo do Direito e os direitos eram tão restritos.

Primeiramente, o liberalismo tem como parâmetros jurídicos a igualdade formal (todos são iguais perante a lei, independentemente de condição econômica ou oportunidades – legadas ao próprio cidadão, sem direitos a prestações materiais do Estado), a autonomia da vontade (no Código Civil de 1917, espelhada pelo instituto da capacidade civil) e a liberdade de contratar (se todos são iguais perante a lei, se não se é louco, menor, enfim, se se é capaz,

²⁶ Vide Souza, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**, quando o autor comenta sobre os modelos econômicos, conforme a ideologia constitucionalmente adotada. Nesse mesmo sentido, VAZ, Isabel. **Direito econômico das propriedades**. pp. 203-242.

e se algum contrato foi firmado, não há escapatória, o Estado só poderá avalizar/homologar judicialmente tal situação, independentemente das circunstâncias econômicas que nortearam o negócio). Infelizmente, tais parâmetros (já de certa forma anacrônicos com a instituição de leis sociais no início do século XX), influenciaram grande parte do pensamento jurídico, haja vista a publicação de um novo Código Civil quase cem anos depois.

Afora as leis civis, o Estado se incumbia da administração e da punição, o que facilitava bastante a vida do jurista e da classe proprietária. Entretanto, a própria expansão capitalista teve de ceder lugar à atuação do Estado através de leis esparsas que, ao longo do século XX, foram se caracterizando como disciplinas jurídicas autônomas, como se vê a seguir.

4.2.1 DIREITO DO TRABALHO

As inúmeras greves iniciadas pelos operários urbanos fomentaram a instituição de direitos trabalhistas no Brasil. Se, de um lado, a Consolidação das Leis Trabalhistas é considerada uma forma de contemporização do poder sindical pelo governo Getúlio Vargas, por outro, não se pode negar que o País andava na esteira daqueles que já haviam atingido um certo nível de industrialização, bem como acrescentado direitos sociais às suas cartas políticas.²⁷

As regras concernentes às relações empregado-empregador consistiam numa limitação ao uso da empresa, devendo esta gerar emprego e renda suficiente para sua força de trabalho. Como extensão dos direitos trabalhistas pode-se citar o Direito Previdenciário, de forma a conferir aos cidadãos dignidade na velhice e em casos de invalidez. Tudo isso, hoje, encontra guarida principiológica na busca do pleno emprego e na valorização do trabalho humano como meios para a condução de uma vida digna.

4.2.2 DIREITO AGRÁRIO E DIREITO AMBIENTAL

A necessidade da instituição de regras sobre o campo através do Código Florestal e do Estatuto da Terra, originando o Direito Agrário, mostra as consequências sociais da intervenção estatal na atividade exercida na propriedade pertencente à mais poderosa categoria econômica do País em boa parte do século XX: a classe dos fazendeiros. Malgrado as ineficiências que a falta de controle sobre as regras tenha gerado, o fato é que o uso racional do solo gera maiores riquezas pessoais e sociais.

É interessante notar que a questão das matas ciliares, o controle das queimadas, como tantos outros expedientes vislumbrados pelo legislador de meados nos anos 1900, tomou aspecto difuso com a institucionalização do Direito Ambiental a partir das Conferências da ONU, do Relatório *Brundtland*²⁸ e da Rio 92.

Demais disso, no Capítulo III do Título VII da Constituição de 1988, o constituinte agrega normas referentes à reforma agrária, à eletrificação rural, à tecnologia no campo, às cooperativas como forma de dar vazão ao aspecto social da propriedade através da geração de emprego e renda. Atente-se que o Direito Econômico, em seu aspecto premial, procura incentivar a produtividade através de crédito e financiamento (artigo 187), mas também busca minimizar questões graves através de institutos como a desapropriação e o usucapião (artigos 184 e 191).

²⁷ Sobre o assunto, CARONE, Edgard. **A segunda república**; FABRI, Andréa Queiroz, **A flexibilização das relações de trabalho e o direito econômico**; FAUSTO, Boris. **O Brasil republicano**.

²⁸ FONSECA, João Bosco **Leopoldino da. Direito econômico**, pp. 92-93. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, pp. 298-303.

4.2.3 DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Se a liberdade de indústria e comércio (pela livre iniciativa e pela livre concorrência) excessiva foi responsável pela concentração que pôs à prova o modelo puramente liberal, a defesa desses dois institutos cabe ao Estado, seja pela regulação, pela fiscalização ou pela punição.²⁹

A liberdade total de uns gera a escravidão da maioria. Daí a indiscutível necessidade da presença do poder Público.

O Brasil tem a concorrência tutelada pelo Judiciário, Ministério Público e, especificamente, em seara administrativa, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, pela Secretaria de Direito Econômico, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Comissão de Valores Mobiliários. É natural que somente com a Lei nº 8,884/94 tenha a concorrência brasileira sido mais defendida, pois o Brasil manteve-se fechado ao comércio internacional, além de ter vivido época de abrangente atuação estatal monopolista sobre certos setores.

4.2.4 DIREITO DO CONSUMIDOR

Conquanto a proteção do consumidor seja matéria recente no cenário nacional, é de se ressaltar que todos somos consumidores desde os tempos mais remotos.³⁰

A intervenção do Estado na liberdade de iniciativa econômica decorrente do direito de propriedade e de lucro está no fato de que o usuário do produto/serviço deve poder escolher entre uma gama de bens e serviços, dependendo de sua condição financeira e de suas necessidades. Essa escolha, portanto, mensura qualidade e preço.

Em época de globalização, a possibilidade de se deparar com produto defeituoso é multiplicada, vez que antigamente os bens se produziam sob encomenda ou em pequena quantidade. A transnacionalidade do comércio seria um entrave ao adquirente de determinados produtos, caso a responsabilização dependesse das relações externas entre os países e as empresas.

Por fim, há que se considerar a felicidade do constituinte nacional, ao inserir a defesa do consumidor logo em seguida da defesa concorrencial. Ora, a carência de uma amplitude de estabelecimentos num mesmo ramo torna impossível o direito de escolha de qualidade ou preço, uma vez que a concentração empresarial injustificada facilita operações concertadas ou cartelizadas.

4.2.5 DIREITO URBANÍSTICO

A necessidade de planejar o desenvolvimento trouxe modificações na forma como a propriedade do solo urbano era tradicionalmente tratada. Pelo já mencionado artigo 72 de nossa primeira Constituição republicana, já é permitido notar que o interesse e a necessidade pública passaram a fazer parte do cenário pátrio no que tange à desapropriação.

Deve-se ter em mente que a visão européia em muito influenciou nossos projetos urbanísticos, já vislumbrados por Dom Pedro II³¹ em sua vasta leitura e em suas viagens por

²⁹ Sobre o tema, VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência** e FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Lei de proteção da concorrência**.

³⁰ GAMA, Hélio Zaghetto. **Curso de direito do consumidor**. pp. 1-4; FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. pp.22-24; Jean Calais-Auloy **Droit de la consommation**.

³¹ SCHWARCZ, Lília Mortiz. **As barbas do imperador**.

uma Europa recém modernizada através de planos como o do *Ringstrasse* vienense e a estrela de *boulevares* parisiense com o nuclear Arco do Triunfo.

Como institutos atuais reflexos da função social da propriedade urbana tem-se atualmente a desapropriação, o usucapião e a progressividade tributária sobre a propriedade que não atenda aos requisitos do plano diretor (artigos 182 e 183 da Carta de 1988). Este representa a autonomia do novel ente federativo no que concerne à organização do espaço urbano.³²

A imposição de áreas específicas destinadas a indústrias, setores hospitalares, educacionais ou qualquer outro é discricionária do município, que pode impedir o uso impróprio da propriedade privada com base no seu plano de estruturação urbana, e isso, de certa forma, restringe a liberdade de tratar a propriedade como a cada um aprover. Tal ocorrência pode, num primeiro plano, ser considerada restritiva da livre iniciativa, porém somente no que respeita à localidade do negócio a ser empreendido, já que, observada a setorização estabelecida para o determinado negócio, não há que se falar em imposição de limite ao direito de exercer atividade lucrativa lícita.

O fim maior dessa intervenção do Estado consiste no bem-estar dos cidadãos e na ordem da cidade através da viabilização da implantação de facilidades como transporte público, atendimento médico, enfim, a tudo aquilo essencial para a dignidade humana.

5 CONCLUSÃO: A ORDEM ECONÔMICA COMO FONTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Pela breve exposição do texto é possível visualizar que o Direito Econômico, como o ramo do Direito que tem por fim o desenvolvimento através da política econômica, toma parte fundamental no norteamento dos ordenamentos jurídicos vigentes. Isso se deve à necessária intervenção estatal em área de outrem, isto é, na atividade econômica e na propriedade – destinadas ao setor privado.

Como se pôde perceber, os inúmeros ramos estudados pelo Direito contemporâneo encontram origem na evolução da atuação pública sobre as liberdades individuais, o que não ocorria sob o paradigma liberal de Estado.

Questões de ordem variada ensejaram tal empreitada pública (sociais e políticas), mas o caráter econômico é inegável. Tal se comprova pela sempre veemente resistência às mudanças por parte das categorias dominantes em cada época.

Discute-se muito acerca da eficiência do papel do Estado na economia, mas não se rebate o fato de que, não fosse este, não teríamos atingido o conjunto de direitos fundamentais (individuais, sociais, coletivos) que possuímos hoje. Demais disso, configurando o Direito Econômico a sustentação das ações e omissões públicas pela inexorável relação planejamento-orçamento, somente através de seus direcionamentos um país torna-se capaz de viabilizar o exercício dos direitos fundamentais, seja por prestações materiais de saúde, educação, previdência, infra-estrutura, segurança pública, seja por políticas adequadas de oportunidade de trabalho e empreendimento.

A contribuição do Direito Econômico para o ordenamento jurídico está dada nos princípios que ele propõe. Já a implementação de seus objetivos fica ligada à boa condução das ações públicas, o que implica a adequada regulação e fiscalização da atuação dos demais ramos jurídicos decorrentes da intervenção do Estado pelo Direito na propriedade e na iniciativa privadas.

³² CLARK, Giovanni. *O município em face do direito econômico*. pp. 86-102.

ABSTRACT

The purpose of this article is to clarify the idea of property as a means of comprehension of the juridical system as a whole, once a great deal of juridical branches has its basis on the approach of property in the constitution.

Key words: *Property law. Economic order. Economic constitution. Juridical branches. Juridical order.*

REFERÊNCIAS:

BREYER, Stephen. Regulation and its reform. Cambridge, Massachusetts, and London, England: Harvard University Press. 1999.

CALDEIRA, Jorge. Mauá: empresário do império. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CALAIS-AULOY, Jean. Droit de la consommation. 3^{ème} édition. Précis Dalloz, Paris, 1992.

CLARK, Giovani. O município em face do direito econômico. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 4.ed. Coimbra: Almedina.

CARONE, Edgard. A segunda república (1930-1937). Direção de Fernando Henrique Cardoso Rio de Janeiro e São Paulo: DIFEL, 1978.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga. Trad. Fernando de Aguiar. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. Título original: La cité antique.

FABRI, Andréa Queiroz Fabri. A flexibilização das relações de trabalho e o direito econômico. In: UNIJUS. v. 4. n. 1. Coordenação de Maria Cremilda Montandon. Uberaba: Universidade de Uberaba, 2001.

FAUSTO, Boris (direção). O Brasil republicano. v.2: sociedade e instituições (1889-1930)/ por Paulo Sérgio Pinheiro et.al. 5.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1997.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Manual de direitos do consumidor. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Direito econômico. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Lei de proteção da concorrência. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GAMA, Hélio Zagheto. Curso de direito do consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

HEILBRONER, Robert. A história do pensamento econômico. Trad: Therezinha M. Deutsch

e Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Título original: The world philosophers.

HOBBSAWM, Eric. A era das revoluções 1789 – 1848. Trad. Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchel. 15.ed. São Paulo: Paz e terra, 2001. Título original: The age of revolution. Europe 1789 – 1848.

HOBBSAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX 1914 – 1991. Trad. Marcos Santarrita. 2.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. título original: Age of extremes: the short twentieth century: 1914/1991.

HUNT, E. K. História do pensamento econômico. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981.

LEAL, Rosemiro Pereira. Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais. 2.ed. Leme: Editora de Direito, 1999.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites do poder de legislar. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. Poder municipal. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

ORTIZ Gapar Ariño. Principios de derecho público económico. 3.ed. Granada: Comares Editorial, Fundación de Estudios de Regulación, 2004.

SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maira Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão. Direito económico. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999.

SCHWARCZ, Lilia Mortiz. As barbas do imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SCOTT, Paulo Henrique Rocha. Direito constitucional económico: Estado e normalização da economia. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000.

SILVEIRA, Cláudia Maria Toledo da. Direito económico e cidadania. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1995.

SHUMPETER, Joseph. Capitalisme, socialisme et démocratie. Première et deuxième parties. Québec: Édition électronique, 2001. Traduction française 1942.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Primeiras linhas de direito económico. 5.ed. São Paulo: RT, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Tratado de direito internacional dos direitos humanos. v. 2. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

VAZ, Isabel. Direito económico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

VAZ, Isabel. Direito económico das propriedades. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VAZ, Manuel Afonso. Direito económico. 4.ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.



A POLÍTICA ECONÔMICA NA CF/88 E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

André Del Negri *

RESUMO

Este trabalho abre espaço para discutir as políticas econômicas adotadas na constitucionalidade democrática brasileira de 1988, a qual tem comprometimento com os direitos fundamentais já acertados no plano constituinte.

Palavras-Chave: Constitucionalidade Econômica. Democracia. Direitos fundamentais

SUMÁRIO:

1 - Legalidade e intervenção econômica do Estado. 2 - Sociedade capitalista e o rótulo marxista. 3 - A teoria econômica do Direito em Richard Posner. 4 - Fundamentos de liquidez e certeza na constitucionalidade democrática. 5 - Conclusões. 6 - Referências.

1 LEGALIDADE E INTERVENÇÃO ECONÔMICA DO ESTADO

Cedo se verificou que os problemas humanos eram mais nefastos do que se imaginava. Sabemos, hoje, que o *sujeito* e a *identidade constitucional*¹ são complexos, pois a experiência nos mostrou, e é óbvio que bem aprendemos com os erros. No entanto, essa mesma experiência constitucional levou-nos a ver a tentativa de racionalização de um Direito que regulasse um estado de miserabilidade social ao lado de uma riqueza com raiz nos privilégios de nascimento.

Vimos a atuação do *liberalismo estatal* voltada à proteção da propriedade privada e dos direitos individuais, em que o direito político era o direito do proprietário de terras. Assim, apenas a melhor sociedade podia participar dos direitos políticos, o que, aliás, pode ser depreendido, claramente, na França, em 1791,

*Cette élaboration est confiée à une assemblée dont les membres sont élus au suffrage censitaire seuls peuvent prendre part au vote les «citoyens actifs», c'est-à-dire les hommes âgés de plus de vingt-cinq ans qui paient une contribution directe annuelle au moins égale à la valeur de trois journées de travail dans les districts où ils habitent. La faculté de voter n'est pas conçue comme un droit, mais comme un rôle, une fonction, que la nation confère à ceux que les Constituants jugent les plus aptes à l'exercer.*²

Como resultado, a história das sociedades mostra antagonismos de classes e seus pontos de rupturas em que a velha ordem jurídica é substituída por uma nova. Foi assim que Emmanuel Sieyès,³ ao teorizar acerca da atividade constituinte, argumentava que o *terceiro estado* não deveria mais sustentar a *alta nobreza* e nem o *alto clero*. Daí, as análises sobre

* - O autor é professor de Teoria da Constituição e Direito Constitucional, na Universidade de Uberaba. Mestre em Direito Constitucional, pela Faculdade de Direito da UFMG Assessor Técnico da Escola Superior de Advocacia da OAB/MG

¹ ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

² FAVOREAU, Louis. *Droit Constitutionnel*. In: ROUX, André. Paris: Dalloz, 2002, p. 449. "Esta elaboração é confiada a uma assembléia cujos membros são eleitos pelo sufrágio censitário: os únicos que podem exercer o voto são os «cidadãos ativos», quer dizer os homens com idade acima de vinte e cinco anos e que pagam uma contribuição direta e anual pelo menos igual ao valor de três dias de trabalho no distrito onde moram. A faculdade de votar não é concebida como um direito, mas como um papel, uma função, que a Nação conferia aqueles que os constituintes julgavam os mais aptos a exercer". (Tradução livre).

³ SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?*. In: A Constituinte Burguesa. Rio de Janeiro: Liber Juris: 1988.

revolução e a esperada evolução por intermédio de uma lei contendo princípios de igualdade e liberdade para todos.

Evidente que o constitucionalismo no século XIX tinha nítidas fragilidades. A proteção da propriedade e a política como uma instituição para poucos fundamentaram as práticas sociais desse período, em que a liberdade econômica fomenta a livre concorrência, acarretando, como consequência, um impulso ao capitalismo, o que acelerou o abuso sobre os menos favorecidos e o surgimento do Estado como instrumento de opressão política e econômica. Fácil é compreender por quê. Nessa época, como já visto, a característica essencial desse Estado constitucional era a *liberdade*, principalmente a *liberdade econômica*, marcada pela não-intervenção do Estado na economia.

Com a idéia do *laissez-faire, laissez-passez* (não havendo essa intervenção), o Estado Liberal entrou em crise, com os quadros de exploração dos seres humanos como os relatados à época da Revolução Industrial, situação que gerou a pobreza, o descontentamento e o aumento das desigualdades.

A esse propósito, merece referência a observação de Marx, a respeito da competição livre e igual para todos, que, por exato, apontou o capitalismo irrestrito desse período como o fato gerador de uma vida de desolação e miséria. Em seu aspecto descritivo, Marx mostra sem dificuldades a indignação de mulheres e crianças, como o caso vivido por William Wood,⁴ sem compleição física, 7 anos de idade, que ia para o trabalho todos os dias da semana, às 6 hora da manhã, e saía às 9 da noite; quinze horas de trabalho para uma criança, sem dúvida, é uma incrível arrogância, assim como, também o é, o caso de Mary Anne Walkley,⁵ que, depois de trabalhar, sem descanso, 26 horas e meia, morreu em consequência do excesso de trabalho.

Daí que o “século XIX conheceu desajustamentos e misérias sociais que a Revolução Industrial agravou e que o Liberalismo deixou alastrar em proporções crescentes e incontroláveis.”⁶ Aqui necessário se faz uma observação de José Luiz Quadros de Magalhães, a de que “o Estado Liberal passou a admitir uma sensível mudança de postura perante as questões socioeconômicas (...),”⁷ e o fato de as convicções serem determinantes de mudança. É a *Lei Sherman*, a qual surgiu em 1890, nos Estados Unidos, como modelo de legislação anti-truste, visando combater a concentração econômica.

É bom lembrar que a Primeira Guerra Mundial funcionou como um divisor de águas entre o Estado Liberal e o Estado Social (*Welfare State*). O primeiro, como visto, abstencionista; o derradeiro, conforme será analisado, socializante e paternalista, incentivado pela Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, a qual proclamou atenção ao lado social, refutando a idéia de capitalismo selvagem. Como se sabe, o *constitucionalismo social* acaba criando as chamadas Constituições Sociais. Na lição de Fernando Herren Aguillar, “É com a promulgação das Constituições mexicana, em 1917, e de Weimar em 1919, que as questões econômicas se incorporaram à regulação constitucional, exercendo desde então considerável influência sobre a legislação de outros países.”⁸

Esse novo ordenamento jurídico efetivou-se através de um *Estado intervencionista*, mais atuante e preocupado em estimular o crescimento e desenvolvimento das inúmeras atividades ligadas às áreas da saúde, educação, cultura, família e previdência social. O Estado

⁴ MARX, Karl. *El capital: crítica de la economía política*. Madrid: Akal, 1976, Tomo I, p. 327.

⁵ MARX, Karl. *El capital: crítica de la economía política*, 1976, p. 339-340.

⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v.1, p. 44.

⁷ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*, 2000, v. 1, p. 64.

⁸ AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodología de la ciencia del derecho*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 147.

abandonou sua posição de espectador, passando a interferir nesses movimentos com uma linha de crescimento constante na economia, nos empregos e nos impostos arrecadados, ocasionando, conseqüentemente, um maior bem-estar à sociedade. Certamente que o Estado Social, em sua concretude, foi privilégio de poucos países, principalmente de alguns países europeus.

Diante dessa fase estatal, as leis elaboradas pelos parlamentos estabelecem uma série de direitos sociais mínimos antes ausentes, como, por exemplo, a jornada máxima de trabalho de oito horas, repouso semanal remunerado, o amparo à criança e ao adolescente, dentre outros. Com o início de uma nova era social, o *Estado intervencionista* toma corpo e, em nome da solidariedade, substitui-se a individualidade. O interesse coletivo passou a ter maior importância que o individual, e a sociedade se fortalece, surgindo os primeiros delineamentos de um Estado mais presente e atuante.

Embora o vigente sistema constitucional brasileiro acrescente inovações à proteção dos direitos dos cidadãos contra a administração governativa, está longe de haver uma total garantia desses direitos. Isso significa que nenhuma das funções (executivo, legislativo e judiciário), no Estado de Direito Democrático, pode se recusar a dar efeito auto-aplicável aos direitos fundamentais expressos no art. 5º, § 1º da CB/88.

O que parece sempre difícil demonstrar é que a intervenção do Estado no domínio econômico ainda é preferível, se comparado a um capitalismo irrestrito. Contudo, poderíamos parafrasear Karl Popper,⁹ o qual sustentava que não há um argumento decisivo contra o intervencionismo, uma vez que o poder do Estado deve sempre permanecer como um mal necessário.

Não parece convincente o argumento de que com a intervenção a liberdade dos cidadãos não será salvaguardada. Posta em outros termos, a questão é saber se existem meios e instituições para fiscalizar a atuação do Estado para que ele não atue como um Estado absoluto, verticalista e, portanto, ditatorial. O caminho para compreensão é esquecer a “velha pergunta de Platão, Hegel e Marx: Quem serão os governantes?”, por uma mais real: Como poderemos domá-los?”.¹⁰

2 SOCIEDADE CAPITALISTA E O RÓTULO MARXISTA

Este é um bom momento para assinalar uma análise do determinismo econômico. No entanto, a melhor maneira de observar possíveis afastamentos teóricos é saber que “a ciência começa com problemas e termina com problemas”¹¹, frase exposta por um esquema que freqüentemente Popper usava em suas conferências: P1?TT?EE?P2.¹²

É dessa forma que propomos pôr em reflexão a debatida teoria marxista, sem a preocupação de um trabalho de fôlego. Marx conheceu muito bem as condições da classe trabalhadora em 1863, período em que estava escrevendo o *Capital*, a grande obra de sua vida. Este, aliás, é o livro que traz a explanação de sua teoria, quanto ao método da produção capitalista, o aumento da produtividade, a acumulação dos meios de produção e, conseqüentemente, uma riqueza cada vez maior em número cada vez menor de mãos. Aí, afloram as duas idéias-forças: o acréscimo da riqueza e da miséria e a tensão entre as duas classes, que levaria a uma revolução social. Por sua vez, a vitória dos trabalhadores sobre a burguesia instauraria o surgimento de uma sociedade sem classes.

⁹ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 137.

¹⁰ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 140.

¹¹ POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*, 1977, p. 141.

¹² POPPER, Karl. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*, 1999, p. 263.

Reconhecidamente, Marx retratou um fato importante de seu período histórico, mas, ao pedir que a luta de classes se intensificasse, a fim de acelerar a implantação do socialismo, é necessário pensar “que a liberdade é mais importante do que a igualdade; que a tentativa de chegar à igualdade põe em perigo a liberdade e que, perdida esta, aquela nem chega a implantar-se entre os não livres.”¹³ A tentativa de Popper é desmontar o dogma marxista de que o poder econômico está na raiz de todo o mal e, portanto, deve ser repellido. Dizia o filósofo da ciência que “o dinheiro, como tal, não é particularmente perigoso”. Torna-se perigoso qualquer forma de poder não controlado, pois, em uma “democracia, temos nas mãos as chaves do controle dos demônios. Podemos domá-los. Devemos saber disso e usar as chaves; devemos construir instituições para o controle democrático do poder econômico e para proteger-nos da exploração econômica.”¹⁴

Um problema que parece se revelar confuso na dialética marxista, e que nos reenvia a uma análise sobre o argumento do aumento da miséria, é que, se a revolução social do proletariado é o nome do período de transição da luta entre as duas classes até a vitória final dos trabalhadores, “a teoria da miséria crescente deve ser abandonada se se admite a possibilidade de reforma gradual.”¹⁵

Na base desse raciocínio encontra-se uma atrativa reflexão: o que é Estado para Marx? A denominação de que o Estado é um órgão de dominação de classe para oprimir a outra, ou seja, é “um comitê para gerenciar os assuntos comuns de toda a burguesia,”¹⁶ não é um argumento justificador da seguinte e importante conclusão: “todo governo, mesmo o governo democrático, é uma ditadura da classe governante sobre os governados” e, dessa forma, “como o Estado, sob o capitalismo, é uma ditadura da burguesia, assim, após a revolução social, será ele primeiramente uma ditadura do proletariado.”¹⁷

Qualquer instituição que recorra a essa idéia para justificar uma política ideológica vê-se diante de uma série de dificuldades teóricas e práticas. Em primeiro lugar, “a liberdade, como vimos, derrota a si mesma, se for ilimitada.” Esse é o famoso **paradoxo da liberdade** de Popper,¹⁸ ou seja, a “liberdade ilimitada significa que um forte é livre de agredir um fraco e roubar a liberdade deste”. Essa é a razão para referido autor defender a existência de instituições legais, já que o poder econômico é dependente do poder político e físico. Isso não é percebido em Marx, pois a política nada mais pode fazer do que “encurtar e minorar as dores do parto”¹⁹. Essa afirmação não se fundamenta; é como não pudéssemos fazer nada; é como não houvesse meio para alterarmos, à nossa vontade, a realidade econômica. Em termos gerais, na opinião de Marx, “é inútil esperar que qualquer mudança importante possa ser realizada por uso dos meios legais ou políticos.”²⁰

Os paradoxos parecem genuínos quando se aprofunda na leitura de Karl Popper em sua *Sociedade Aberta*. Há, em Marx, um outro ponto crucial, o que pode até ser considerado uma imensa contradição, ao trabalhar uma idéia problemática de democracia. Se há um acréscimo de riqueza em número cada vez menor de mãos, e um aumento da miséria para a classe trabalhadora numericamente a crescer, se isto é verdade, assim como a que ele imaginava, de que o primeiro passo da revolução da classe operária seria elevar o proletariado à posição

¹³ POPPER, Karl. *Autobiografia intelectual*, 1977, p. 43.

¹⁴ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 135.

¹⁵ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 163.

¹⁶ KARL, Marx; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. São Paulo: Paz e Terra, 1996, p. 12.

¹⁷ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 127.

¹⁸ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 131

¹⁹ MARX, Karl. *El capital: crítica de la economía política*; prefácio à primeira edição.

²⁰ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 116.

de classe dominante, então não tem havido uma explicação plausível do que seja democracia em Marx.

Há clara demonstração de que os meios de produção se têm acumulado e a produtividade do trabalho tem aumentado desde o seu tempo, “a uma extensão que mesmo ele dificilmente teria considerado possível. Mas o trabalho infantil, as horas de tarefa, a agonia da fadiga e a precariedade da existência do trabalhador não aumentaram: tudo isso declinou.”²¹

Assim, como acima exposto, esse insólito raciocínio de similitude entre democracia e maioria, como bem anota Paulo Otero,²² deve ser repudiado, pois a exacerbação do princípio revelador da vontade maioritária como critério decisório de verdade, poderá levar a um totalitarismo extremado, tal qual ocorreu nas deliberações parlamentares na Alemanha nazista e na Rússia estalinista.

De fato, na história pela conquista do *poder* percebe-se que a necessidade de apelar a uma parte considerável da população fez com que houvesse a divinização do princípio maioritário, o qual, elevado à categoria de fonte de verdade expressa na lei, acabou “por fazer sucumbir às suas próprias mãos a democracia, assistindo-se a instauração de um totalitarismo democraticamente legitimado,”²³ em que a democracia converteu-se em uma palavra vazia, originando um modelo paradoxal de democracia antidemocrática. Portanto, já é tempo de pensar a quebra desse princípio maioritário, como defendido por Locke,²⁴ em que “a maioria tem a prerrogativa de agir e resolver por todos”, pois vem propiciando a utilização de uma ideologia intencionalmente falsificante, mascaradora e ocultadora da realidade e, com isso, um retorno ao pensamento perturbador de enquadramento teórico da decisão pela autoridade-vontade-maioria, o que não encontra guarida nas democracias da modernidade.

Parece que aí se demonstra o mal da concepção marxista sobre a Teoria do Estado e da Democracia, de nada valendo a sua argúcia. Estado, hoje, como se pode notar, não é mais a representação unitária da nação concebida por Bodin e Hobbes, o guardião que age limitando, anunciando e manifestando as mudanças de forma unilateral, tomando e executando todas as coisas. Trata-se, dentro desse holismo, de um Estado visto como um indivíduo perfeito, de um super-indivíduo soberano fundamentado numa concepção puramente centrada no autoritarismo. É claro que isso corresponde a uma teoria anacrônica que, nos dias atuais, não mais pode ser aceita, sob pena de se presenciar um retorno ao autoritarismo.

Certamente, toda a regulação normativa deve se desenvolver de acordo com a Constituição, que é a única fonte legitimadora da ordem jurídico-política produzida pela atividade constituinte. O Estado, dessa forma, é uma instituição que se **legitima** na Constituição, não podendo ultrapassá-la. Do contrário, se o Estado não se restringe a obedecer aos limites constitucionais, haverá uma extrema arbitrariedade e também uma superioridade do Estado sobre o indivíduo, tomando características de um *Estado hegeliano*, o qual não obtém a soberania do povo, mas de si próprio, que via os cidadãos apenas como um componente de formação estatal²⁵, o que, do ponto de vista da sociedade aberta, é algo que deve ser afastado para se evitar um retorno à sociedade fechada na qual o *Estado é tudo e o indivíduo é nada*.²⁶

²¹ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, Tomo 2, p. 193.

²² OTERO, Paulo. A democracia totalitária: *Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI* Lisboa: Principia, 2001, p. 171-172.

²³ OTERO, Paulo. *A democracia totalitária*, 2001, p. 172.

²⁴ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.76.

²⁵ ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*, 2000, v. 8, p. 109.

²⁶ POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*, 1987, v.1, p. 205.

Verifica-se, portanto, que o Estado, na democracia, é **estabilizador** dos atos produzidos no espaço democrático. Na sociedade moderna, fundada na racionalidade comunicativa, não se admite, por parte do Estado, nenhum tipo de sobressaltos e afronta aos direitos fundamentais, pois ele é, senão, o próprio lugar de **garantia** jurídica da legalidade e legitimidade.

3 A TEORIA ECONÔMICA DO DIREITO EM RICHARD POSNER

Richard Posner²⁷ não é apenas um *former professors* da Escola de Chicago, Estados Unidos. Ele é, certamente, um dos maiores pensadores e pode ser considerado um desmistificador. Para compreendê-lo, o primeiro ponto a ser analisado é que sua teoria está envolvida por um conceito de Moral,²⁸ o que, de logo, requer esclarecer que não é nada ligado à Moral kantiana, pois não é axiomática, não é juízo como em Kant; em outros termos, a questão Moral é um compromisso para com os perdedores, e Posner aplica sua Moral à questão da eficiência,²⁹ não a eficiência produtiva do trabalho, mas a eficiência do sistema econômico.

Assim declinou Posner que o lucro, em si, tem que reservar uma partilha de si mesmo para reparar uma perda econômica, uma vez que ele acredita na hipótese permanente de que todo ganho pressupõe uma perda que deva ser compensada.

Exemplifica-se: o problema das favelas se agravou nos últimos anos. Apesar da ocorrência, constata-se o aumento constante de edificações em áreas próximas àquelas localidades. Em um lance controverso, podemos detectar que o edifício cresce, e a favela, ao lado, não muda; na verdade, a situação até pode piorar. O crescimento estimado da construção, de fato, ocorreu, pois o edifício cresceu, o que não significa que a situação econômica melhorou para todos os moradores da favela; se houve crescimento, nesse exemplo, para um lado, houve queda constante do outro. O crescimento para os “favelados” foi zero, se comparado aos proprietários construtores de edificações. Como corrigir essas distorções?

Percebe-se que a teoria de Posner é capaz de desenvolver políticas econômicas para que o ganho já incorpore uma indenização a ser recolhida para um determinado fundo, pois todo ganho corresponde a uma perda. Observa-se que essa visão é completamente diferente de um tributo confiscatório, pois o recolhimento é do *plus*, é do lucro; reserva-se um pedaço desse *plus* para o desenvolvimento de políticas econômicas.

Já que o lucro no capitalismo é inevitável, e por um golpe de vontade não se pode erradicá-lo, Posner quer apenas dizer aos membros dessa sociedade complexa, enquanto jogadores do capitalismo, que há possibilidade de viabilizar um capitalismo numa concepção democrática. À medida que se faz essa viabilização, o capitalismo é amenizado e a democracia entra no sistema.

Marx dizia que o capitalismo fica no lugar do mundo da vida, quer dizer, é um sistema que impede a ressimbolização do mundo da vida. A teoria de Posner, como apresentada até aqui, não diz isso, e, portanto, também, não vai contra as concepções de Habermas.³⁰ Nessas circunstâncias, pode-se concluir que a grande proeza de Posner foi afastar o padrão dos escolásticos e seus dogmas: “não lesar ninguém”; “dar a cada um o que lhe é devido”. Há uma quebra de toda essa *episteme* escolástica dizendo que o importante, não é lesar a ninguém,

²⁷ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

²⁸ POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. P. 249-255.

²⁹ ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1997, p. 19.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. 2.

mas, uma vez ocorrendo lesão, o importante é saber se essa lesão pode ser sancionada.

4 FUNDAMENTOS DE LIQUIDEZ E CERTEZA NA CONSTITUCIONALIDADE DEMOCRÁTICA

Até aqui, percebe-se uma sociedade extremamente complexa com uma série de sistemas especializados como o mercado, o Direito e o Estado. Assim, se enfocarmos por esse ângulo, pode-se concluir que o estudo de Direito Econômico torna-se imprescindível, pois abre espaço para discutir, teoricamente, as políticas econômicas adotadas pela Constituição de 1988, a qual tem comprometimento com os direitos fundamentais já acertados no plano constituinte.

Rosemiro Leal,³¹ a partir do pioneiro trabalho de Celso Barbi,³² em uma importantíssima pesquisa científica, possibilitou este que teórico em face do aspecto de liquidez e certeza dos direitos fundamentais, sinalizando aos operacionalizadores jurídicos uma compreensão compatível com a **teoria da democracia**. Referido autor demonstra que o conceito de liquidez e certeza, no aviamento do mandado de segurança, é muito banalizado na constitucionalidade democrática. Por isso, propõe demonstrar que os direitos fundamentais incorporam os conceitos de liquidez e certeza no nível constituinte, a partir da decisão do legislador constituinte.

Assim, a expressão, direitos fundamentais, para ser compreendida e não cair na vala banalizada, passa, forçosamente, pelas acepções do que seja liquidez e certeza. O referido processualista, ao questioná-las, dá mostras de que nada adianta dizer a um operacionalizador do direito, o qual vai impetrar um instituto constitucional, como o *mandado de segurança*, alegando liquidez e certeza, se não tem compreensão do alcance desses requisitos. Com base nesse estudo, também é inútil enfatizar que a escolha de um procedimento judicial ocorrerá por via do *periculum in mora* e de um *fumus boni juris*, se o entendimento ocorrer num mundo onde a bem-aventurança do direito-de-ação (procedimento) só é possível depois de o autor da ação, instintivamente, visualizar um sinal de fumaça (*fumus boni juris*). A “fumaça do bom direito” não é nenhuma fórmula, nenhum rito, nenhum cerimonial de algo situado “acima da terra” de forma etérea, aérea, sublime, pois essa plausibilidade do bom direito também tem comprometimento com a concepção de liquidez e certeza.

Para instaurar o *procedimento* do mandado de segurança e discutir a teoria dos direitos fundamentais, tem que passar pela compreensão do que seja direito líquido e certo na fundamentação democrática. No entanto, como dito, foi Celso Agrícola Barbi³³ que primeiro deu ênfase, no direito brasileiro, de forma esclarecedora, ao estudo da liquidez e certeza.

A expressão *direitos fundamentais*, na constitucionalidade democrática, portanto, segundo Rosemiro Leal, pode ser compreendida a partir de plataformas de produção, porque teríamos o exemplo do plano constituinte que, ao racionalizar o direito, automaticamente, esse direito debatido e acordado teria sua garantia já acertada, não podendo ser levada a *posteriori* pela judicialidade, pois estão protegidos pela coisa julgada constituinte (coisa julgada em razão da decisão do legislador constituinte).

Assemelha-se à **coisa julgada constituinte** a expressão **coisa julgada constitucional**, sendo que esta última opera-se em uma órbita diferente, por ser realizada em razão de decisão judicial, obviamente posterior à criação do direito. Neste caso, a liquidez e certeza não podem

³¹ LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos líquidos e certos*, 2003.

³² BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Forense: Rio de Janeiro: Forense, 2000.

³³ BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Forense: Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 49.

ser negadas ou erradicadas por uma decisão judicial, pois, se o plano constituinte já decidiu, não será uma decisão judicial que irá assegurá-las novamente. A decisão judicial sobre direitos fundamentais, nesse parâmetro de liquidez e certeza, não é constitutiva desses direitos, como se referia Carnelutti³⁴ ao afirmar que “Existe jurisdicción de mera declaración constitutiva cuando la existência de la situación declarada judicialmente depende de la declaración judicial, la cual es, por lo tanto, um hecho constitutivo de la misma”.

Em sendo pública a função do juiz, é estranhável falar que ele irá, por intermédio de sentença, constituir direitos, vez que essa decisão judicial é declaradora-executiva, ou seja, ela declara apenas o cumprimento, não o direito, pois este já foi declarado no plano constituinte. Oportuna a conclusão de Rosemiro Leal:

“O anúncio de direitos fundamentais e intocáveis pela decisão constituinte torna imperativa sua existência institucional, uma vez que a *liquidez e certeza* desses direitos reclamam execução ininterrupta de *mérito* pressuposto já pré-julgado (decidido) no horizonte instituinte do legislador originário da constitucionalidade vigorante”.³⁵

Outro ponto extremamente discutido é, sem dúvida, a definição de **ganho de eficiência**, que, aliás, não tem a mesma compreensão no Estado Liberal e Social de Direito. No **Direito Econômico de Estados de Direito Democráticos**, como o Brasil, onde se vivencia uma exclusão social intolerável, o ganho de eficiência não pode ser entendido tão-somente como comportamento individual (visão atomizada), pois tem que ser medido pelo volume de implementação dos direitos à vida, à dignidade e à liberdade.

O ganho de eficiência vai significar a atuação dos agentes econômicos no âmbito da estatalidade em uma relação custo-benefício, o que deveria ser estudado pelo princípio da economicidade, que é trabalhado pelo Prof. Washington Albino.

Dessa forma, para Washington Albino,³⁶ o Direito Econômico tem por objeto regulamentar as medidas de política econômica referentes às relações e interesses individuais e coletivos, harmonizando-as pelo **princípio da economicidade**. Assim, referido autor diz que “prefere o termo *economicidade*, como significando uma linha de *maior vantagem* nas decisões da *política econômica* (...).”³⁷ Percebe-se, nessa versão, que a **economicidade** tenta afastar a questão delinqüente de lucro-benefício, preocupando-se com a implementação da qualidade de vida, e não com o perfil exitoso dos agentes econômicos.

O Direito Econômico, estudado no paradigma da Constituição brasileira de 1988, põe em prática, gradualmente, políticas econômicas que devem orientar o Direito Tributário para um melhor compromisso de implementação dos direitos constitucionalmente fundamentais. O problema está em que, no Brasil, os tributos e as receitas tributárias, por não renderem compromisso com o Direito Econômico do Estado de Direito Democrático, são responsáveis pela grande totalidade de lesões a direito, e o Congresso Nacional não se dá ao trabalho nem tem a coragem de rejeitar liminarmente proposta de lei incompatível com essa discussão teórica aqui apontada. Daí as lesões que são cometidas com frequência pela Função Legiferante e pela Administração Governativa na gestão estatal.

³⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Editorial Bosch: Barcelona, 1942, p. 55. Existe jurisdição de declaração de certeza constitutiva quando a existência da relação jurídica judicialmente declarada depende da declaração judicial, a qual, portanto, forma uma decisão constitutiva dela. (Tradução livre).

³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *O garantismo processual e direitos fundamentais líquidos e certos*. In: Direito e Legitimidade. MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Coord.). São Paulo: Landy, 2003, p. 338-339.

³⁶ SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo, 1980, p. 3.

³⁷ SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*, 1980, p. 30.

Com efeito, seria curioso se, para a efetividade do ganho de eficiência do sistema, o Ministério Público estivesse em permanente fiscalização desses ganhos e dessas receitas, a fim de informar ao povo que há crescimento e atendimento aos direitos fundamentais. Eis, portanto, a relevância dessa instituição, pois, se o Ministério Público não fiscaliza, permanentemente, o ganho de eficiência, e em não havendo a sua divulgação, é claro que essa instituição não está cumprindo o seu papel constitucional, logo está na contra-mão da constitucionalidade democrática e, certamente, isso implica a exclusão social e o aumento da miséria coletiva.

5 CONCLUSÕES

A análise do Estado, em princípio, foi feita ao arrimo de teorias com fundamentalidade no liberalismo. É perpassar a história, é ver que o Estado Liberal viveu permanente crise, por inaplicabilidade dos mecanismos de defesa a uma massa de desvalidos.

Mostra-se inquietante, ao nosso entender, o historicismo de Marx com o fim de explicar a ditadura do proletariado à medida que o tempo passa. Cresce, então, de aspecto, o conceito de **historicismo**, doutrina filosófica que tem o propósito da “explicação de acontecimentos presentes, remetendo-os às determinações do passado, além de estabelecer como inevitáveis as previsões futuras. Porque o destino histórico está definido de antemão, é possível prever acontecimentos.”³⁸ Em sendo assim, o capitalismo seria simplesmente mais uma fase nesse progresso histórico inevitável. No entanto, como a história mostrou, o erro estava muito mais nas pessoas que operavam o sistema e na liberdade que lhes era concedida.

Dessa forma, o que Marx não fez foi a crítica da crítica, ao esperar a destruição do capitalismo acreditando em uma epistemologia. Ruptura rápida para esse parto difícil, enigmático e estéril da revolução do proletariado.

Somente após longo tempo de determinismo e decisionismo, é que se passou à análise de um constitucionalismo voltado para uma regulamentação da atividade econômica até chegar à inovação importante trazida pela Constituição brasileira de 1988.

Por conseguinte, pode-se sintetizar que o Direito Econômico do Estado de Direito Democrático, na vigência constitucional brasileira, preocupa-se com a implementação dos princípios fundamentais (direito à vida e dignidade humana) e a instituição do Processo (contraditório, ampla defesa e isonomia), como direito-garantia constitucionalizada e total importância para a fiscalização das políticas econômicas.

ABSTRACT:

This work makes way to discuss the economic policies accepted by the Brazilian democratic constitution in 1988, which involves well-founded fundamental rights accorded in the constitutional level.

Key- Words: *Economic constitution. Democracy. Fundamental rights*

6 REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *História da filosofia*. Lisboa: Editorial Presença, 2000. v. 8.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Metodologia da ciência do direito*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

³⁸ NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999, p. 222.

ALPA, Guido. *A análise econômica do direito na perspectiva do jurista*. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais, 1997, p. 5-55.

BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Forense: Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del nuevo proceso civil italiano*. Trad. Jaime Guasp. Editorial Bosch: Barcelona, 1942.

FAVOREAU, Louis. *Droit Constitutionnel*. In: ROUX, André. Paris: Dalloz, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v.2.

LEAL, Rosemiro Pereria. *Direito e Legitimidade*. In: MERLE, Jean-Christophe; MOREIRA, Luiz. (Coord.) São Paulo: Landy, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, v.1.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *O manifesto comunista*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

MARX, Karl. *El capital: crítica de la economía política*. Trad. Vicente Romano García. Madrid: Akal, 1976, Tomo I.

NEIVA, Eduardo. *O racionalismo crítico de Popper*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1999.

OTERO, Paulo. *A democracia totalitária: Do Estado totalitário à sociedade totalitária. A influência do totalitarismo na democracia do século XXI*. Lisboa: Principia, 2001.

POPPER, Karl. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. Belo Horizonte: Editora Itatiaia; São Paulo: EDUSP, 1987, Tomo 2.

_____. *Autobiografia intelectual*. Trad. Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo, Cultrix; Ed. da Universidade de São Paulo, 1977.

_____. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SOUSA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo, 1980.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o Terceiro Estado?*. In: A Constituinte Burguesa. Rio de Janeiro: Liber Juris: 1988.



JURISDIÇÃO PENAL & CIVIL: INTEGRAÇÃO E CONFLITOS

Ênio Santarelli Zuliani *

RESUMO

Objetiva o presente ensaio confirmar que a ciência jurídica não perde a harmonia ao permitir a convivência da jurisdição civil e da jurisdição penal, exatamente porque ao elaborar esse modelo de dúplices atribuições para julgar um mesmo fato, por diferentes juízos, foram selecionadas diretrizes objetivas que eliminam a confusão ou o choque das sentenças contraditórias; ao final, a conclusão a que se deve chegar é de que a ordem jurídica assumiu o risco calculado de ter que pagar alguma conseqüência amarga por eventual incoerência isolada da dualidade de jurisdições, devido a convicção de que compensa desafiar a sorte pela certeza de que a atuação conjunta dos juízes criminais e civis, em termos de responsabilidade civil, representa um forte estratégia no combate da ilicitude que atormenta a paz social.

Palavras-chave: Jurisdição civil. Jurisdição penal. Independência de jurisdição. Interdependência e efeitos processuais. Conflito de jurisdição.

Sumário:

1 Unidade e independência da jurisdição civil e penal - integração da coisa julgada criminal na política de combate ao dano injusto, solidarizando-se com o princípio da efetividade do processo. 2 Sentença penal condenatória. 3 Sentença penal absolutória. 3.1 Legítima defesa real. 3.2 Legítima defesa putativa. 3.3 Legítima defesa com danos a terceiros. 3.4 Estado de necessidade. 3.5 Sentença de absolvição, por falta de provas suficientes para a condenação. 3.6 Sentença criminal versando autoria do delito. 3.7 Sentença, do Tribunal do Júri, de absolvição por negativa de autoria. 4 A influência da sentença condenatória para responsabilidade civil de terceiros, especificamente a situação do empregador, em face do art. 932, III e 933, do CC, de 2002. 5 Desencontro das jurisdições: como resolver? 6 Referências.

1 UNIDADE E INDEPENDÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL E PENAL - INTEGRAÇÃO DA COISA JULGADA CRIMINAL NA POLÍTICA DE COMBATE AO DANO INJUSTO, SOLIDARIZANDO-SE COM O PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE DO PROCESSO

Como se deve resolver a seguinte controvérsia: ação civil de reparação de danos que o pai de uma criança vítima de acidente de trânsito promove contra o motorista e a empresa que o emprega, na forma dos arts. 186, 932, III e 933, do CC. Os requeridos apresentam, na resposta, como questão prejudicial, sentença criminal de absolvição do motorista, transitada em julgado. Verificou-se que essa sentença criminal absolveu o motorista, do homicídio culposo que lhe foi imputado [art. 121, § 3º, do CP], por considerar não ter ele agido com culpa ao encetar marcha à ré no caminhão, dispensando ajudante para orientá-lo, porque a morte da criança que brincava na calçada da rua e que foi atingida pela carroceria do veículo em marcha à ré, deve ser imputada ao pai, que permitiu que uma criança brincasse na calçada.

Em sendo consultada a excelente obra de JURANDIR SEBASTIÃO, será fácil verificar

* - O autor, Desembargador do T.JSP e professor de Direito Civil na UNIT, bacharelou-se pela UNIUBE em 1975.

que essa sentença criminal não repercute, em favor do réu ou de seu patrão, no juízo cível, exatamente porque as absolvições influentes e que exoneram o sujeito do dever de indenizar, são aquelas com fundamento na legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular de direito (art. 65, do CPP); o ilustre jurista mineiro prossegue afirmando, com razão, que “impede a ação civil indenizatória a sentença criminal absolutória fundamentada, expressamente, na prova da inexistência do fato ou, se existente, na de que o réu não tenha sido o seu autor (art. 66 e inciso I do art. 386, ambos do CPP, combinados com o art. 935 do CC/2002)”¹.

Não são simples as questões envolvendo interpretação do art. 935, do CC. O Judiciário não seleciona causas para exercer o seu trabalho, embora tenha sido necessário fragmentar a jurisdição, em cível e criminal, como forma de redimensionar a produção diante do objeto jurídico a ser valorado.

Quando ocorre uma ação antijurídica prejudicial ao patrimônio material e moral de uma pessoa, ela adquire o direito subjetivo de exigir a devida reparação [artigos 186 e 927, do Código Civil]. Na hipótese de o valor do prejuízo compensatório situar-se abaixo de quarenta salários mínimos, a pretensão poderá ser deduzida perante os Juizados Especiais [artigo 3º, I, da Lei 9099/95], sendo que, para pedidos até vinte salários, a presença de Advogado é dispensada [artigo 9º] até a fase do recurso, quando a assessoria jurídica é obrigatória, seja qual for o valor [artigo 41, § 2º]. De qualquer maneira, o interessado é livre para ajuizar ação contra o infrator, para exigir que o Estado o condene a compor os danos por sentença, sendo igualmente irrestrito o acesso ao Judiciário e ao procedimento ordinário [artigo 282, do CPC] ou sumário [artigo 275, do CPC]. Para não perder o direito, deverá prestar atenção ao tipo de teoria que se aplica para a hipótese [subjetiva ou objetiva], por ser questão importante para vencer os desafios da prova dos fatos de seu interesse. Tudo isso poderá ocorrer sem prejuízo da instauração do processo-crime, em virtude do mesmo fato que fundamenta a ação civil.

O processo penal prescinde da iniciativa individual [salvo nos casos de ação penal privada] para ser aberto e movimentado em busca da sentença; não só o inquirido instaura-se de ofício [artigo 5º, II, do CPP], como a denúncia passa a ser obrigatória, quando existirem elementos para isso [artigos 24, 28 e 29, do CPP]. Esse impulso faz-se de maneira automática para resguardar os interesses da sociedade, destinatária da atuação eficiente da Justiça Penal. As pessoas esperam que os infratores dos crimes definidos pelo sistema como condutas reprováveis, recebam as sanções capituladas, exatamente para que eles possam ser reeducados pela punição correspondente. O exemplo da sentença condenatória acaba com a noção de impunidade que estimula a recidiva, pelo que não caberia aguardar oportunidade, ou a conveniência da vítima, para que todo o aparato funcional de combate à criminalidade fosse impulsionado com eficiência.

O mesmo não se dá no aspecto interesse para exigir indenização pelo ato ilícito. As vítimas do ato criminoso são donas do arbítrio da reivindicação do direito de danos. São, pois, livres para acionar o lesante em busca da indenização, ou, se preferirem, permanecerem inertes, amargando o prejuízo, como lhes faculta o art. 5º, II, da CF. Poder-se-á verificar, em caso de homicídio, para continuar usando esse caso como linguagem didática, que a viúva permaneça silenciosa, mesmo tendo sido prejudicada pela morte do marido, retardando o ajuizamento da ação civil indenizatória. Existem motivos que justificariam essa conduta omissiva e, por mais que um terceiro não os considere adequados ou justos, a viúva continuará

¹ Responsabilidade médica: civil, criminal e ética, p. 60.

soberana para decidir se processa ou não aquele que roubou a vida do marido, visando obter dele satisfação dos prejuízos decorrentes dessa perda precoce. Essa é a diferença que separa a atuação das duas jurisdições no que se refere ao modo como são provocadas. A jurisdição civil depende da vontade da vítima e, como se verá, existe um tempo certo para que essa iniciativa se faça [o prazo prescricional é de três anos e permanecerá suspenso enquanto não se definir o processo criminal – artigos 206, § 3º, V e 200, do Código Civil].

É possível, todavia, que a vítima não espere o término da ação penal para ajuizar a ação civil de indenização. As duas jurisdições, nessa hipótese, funcionam ao mesmo tempo e, como se verá, essa dúplice função de julgar com base no mesmo fato praticado poderá provocar divergências ou contradições de julgados. A jurisdição, como é unitária, não admite esse tipo de confusão, exatamente porque a sua função é a de resolver, com segurança, os litígios. Por isso que determinados efeitos da coisa julgada criminal gozam do que se chama de “autoridade absoluta”, por interesse social, como afirmaram os franceses MAZEAUD e TUNC: “un juez civil comprometería gravemente el orden público al tener por inexacta una sentencia penal definitiva”.²

A segurança jurídica somente é obtida por intermédio de resoluções persuasivas, representativas da lógica jurídica e de fácil compreensão pelo povo. As sentenças são para serem lidas pelas partes e por toda a sociedade, de forma tal que a confiabilidade é condição vital de sobrevivência do sistema jurídico, o que se alcança conquistando a credibilidade popular. As pessoas não compreendem como o réu absolvido, no crime, por legítima defesa, pode ser condenado, no cível, a reparar os danos pelo mesmo fato. Há uma incompatibilidade inadmissível, e essa falta de coerência depõe contra o serviço judiciário. As jurisdições separadas [civil e penal], cômicas dessa exigência social, agem, embora com independência, irmanadas, cúmplices do resultado a que são obrigadas: criar estabilidade jurídica. Sentenças contraditórias causam o que JORGE ALSINA chamou, com propriedade, de “escândalo jurídico”.³

Contudo, advertiu JOSSERAND, há se compreender que a absolvição criminal de um motorista que causa mortes por imprudência na direção, não impede, em certos casos, que seja demandado como responsável dos danos no Tribunal Cível.⁴

2 SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

Uma vez que a jurisdição penal “si mira alla *punizione* del privato che ha violato una legge”⁵, espera-se dela uma atuação exemplar. O rigor, no entanto, não se explica apenas porque se persegue a apuração do crime por vontade do Estado, mas, sim, para que a sentença condene apenas quando se tenha certeza absoluta da culpabilidade. O Direito Penal sempre obedeceu à máxima *in dubio pro reo* e nunca se arrependeu, apesar de imprudentes críticas que se formulam quando a imprensa arrivista, ávida por notícias, qualifica como absurdas certas absolvições, que são corretas porque faltam provas para condenação, desagradando a parcela da população que não testemunha os acontecimentos processuais. A Constituição Federal repetiu que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [artigo 5º, XXXIX], estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória” [artigo 5º, LVII, da CF], exatamente porque a

² Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, tomo II, vol. II, p. 354, § 1745.

³ Teoría general de la responsabilidad civil, p. 455, § 1638.

⁴ Derecho Civil, tomo II, vol. I, p. 293, § 410.

⁵ CHIOVENDA, Principii di Diritto Processuale Civile, p. 325, § 15.

sentença penal condenatória retira, temporariamente, um dos direitos naturais sagrados da pessoa: a liberdade de ir e vir⁶. Autoriza-se condenar o agente por meio de sentença baseada em provas lícitas, que informem de forma transparente a sua culpa, garantindo-se o direito de defesa [art. 5º, LV e LVI, da CF].

A condenação do réu pelo crime que causa danos a outrem é um selo de garantia para que o juiz do civil arbitre o *quantum* destinado a recompor o patrimônio da vítima. O direito de indenização é uma conseqüência da sentença condenatória, um efeito importante que ultrapassa, intencionalmente, os horizontes da jurisdição penal. O Estado pune o infrator por razões sociais; o réu, mesmo que quisesse cumprir voluntariamente uma reprimenda, por estar convicto de que transgrediu o tipo penal, não poderia apresentar-se à prisão para recolher-se, sem uma sentença condenatória que o recomendasse ao cárcere. O processo cria limites ao poder punitivo pelo princípio *nulla poena sine iudicio*, obrigando a instauração do processo penal para exercício do *ius puniendi*.⁷ Contudo, embora não faça referência explícita, a Justiça Criminal abre, com a sentença condenatória, uma perspectiva para que a vítima [ou seus sucessores] obtenha a reparação do dano que o crime perpetrou, convicta de que o dever de indenizar integra o rol de medidas efetivas de política contra a criminalidade.

A criminalidade é uma doença social praticamente incurável, fomentada que é pela desorganização política no que se refere aos meios preventivos e repressivos. Não existe antídoto contra o crime, quer seja doloso ou decorrente da culpa *stricto sensu*. Há, sim, mecanismos de desestímulo da formação da personalidade criminoso, sendo o principal deles o exercício da cidadania, destinando aos seres humanos uma educação ajustada aos sentimentos de fraternidade, solidariedade e respeito mútuo, sem desprezo da oferta real de oportunidades como prêmio do aprendizado. Quando essa política falha, o homem geralmente age de forma criminoso. Diante do crime perpetrado, resta, então, aplicar os corretivos legais para expiação da culpa, servindo a pena restritiva da liberdade, que a Justiça Criminal impõe, como material da construção de barreira contra a cultura da transgressão⁸. A obrigação de pagar os danos, embora não constitua medida criminal, entra nesse rol de providências para coadjuvar a ideologia da repressão adequada e justa. Espera-se que o condenado mude de conduta ao deparar com a somatória de encargos judiciais.

Quando a sentença penal condenatória passa em julgado e adquire a força da imutabilidade, o evento danoso [ato ilícito dos arts. 186 e 927, caput, do CC] já sancionado pelo Juiz Criminal torna-se, automaticamente, um evento jurídico categorizado. O fato, que poderia ser considerado ilícito pelo Juízo Civil em condições normais, é considerado um fato cuja ilicitude foi declarada em documento público, porque a condenação criminal consagra a sua antijuridicidade. Esse é um efeito da coisa julgada a que GOLDSCHIMDT tratou “como presunción de que la cosa juzgada es verdad, y que esta concepción, en sentido estricto, es adecuada solo a hechos”.⁹ Não é mais permitido discutir o cabimento da indenização; a sentença penal condenatória produziu um título executivo judicial, conforme desejam os artigos 63, do CPP e 584, II, do CPC.

A sentença penal condenatória não é pronunciada para condenar o réu a indenizar

⁶ PEDRO VERGARA anotou que “a liberdade de ir e vir garante o indivíduo contra as prisões e detenções ilegais, arbitrárias e injustas” [Da liberdade civil, p. 10].

⁷ ADA PELLEGRINI GRINOVER, As condições da ação penal, p. 107.

⁸ A expressão “cultura da transgressão” foi empregada pelo eminente BARBOSA MOREIRA, em carta de advertência contra o perigo da impunidade, oportunidade em que conclamou severidade no julgamento de atos infracionais, anotando que o juiz “gravemente errará se enunciar, à guisa de fundamentação da sentença, princípio tendente a absolver aquilo que a lei condena” [“O juiz e a cultura da transgressão”, in Temas de Direito Processual, sétima série, p. 260].

⁹ Principios generales del proceso, II, p. 188.

os danos do fato ilícito; porém, o próprio Código Penal declara certa essa obrigação [artigo 91, inciso II], o que permitiu a afirmação de que a “sentença penal acaba por ter uma eficácia declaratória equivalente à das que são pronunciadas no juízo civil. De outro lado, o dispositivo com que o Código de Processo Civil outorga a essa sentença a condição de título executivo (art. 584, II) supre o momento condenatório civil que nela não se contém formalmente”.¹⁰ Essa integração, que é peculiar do nosso direito, prova o enorme espírito de justiça no combate ao dano injusto, o que não deixa de ser um ponto positivo da sociedade; afinal, como afirmava COGLIOLO “il diritto di un popolo riflette la parte maggiore dei suoi sentimenti”.¹¹

O aproveitamento da coisa julgada criminal, pelo juízo cível é, sem dúvida, a mais perfeita das atuações conjuntas das jurisdições. Ocorre uma simbiose que abrevia resultados positivos, porque a culpa provada no juízo penal dispensa a investigação da culpa no processo civil. O réu, condenado pelo crime, já figura como devedor de quantia líquida, cumprindo, apenas, definir o valor dos danos que o delito causou no patrimônio particular das pessoas atingidas. Será preciso amoldar o *quantum* necessário, porque a sentença penal condenatória, embora elevada à condição de título executivo judicial, não declara [e nem é essa a sua função] a expressão financeira adequada para recompor o patrimônio prejudicado. Para facilitar a execução, o CPC oferece três modos técnicos para superação dos desafios que são próprios da fase de liquidação de sentença. Vejamos quais são.

No caso de uma condenação criminal conforme o art. 129, do CP, do qual resultou, para a vítima, dano de natureza odontológica [restauração de dente quebrado], basta apresentar o recibo do dentista que foi contratado para o serviço, para, com ele, definir a importância devida para satisfação [art. 604, do CPC]. Na hipótese de condenação por lesões corporais culposas [art. 129, § 6º, cc. art. 129, § III, do CP], as quais resultaram para a vítima, incapacidade parcial e permanente para o trabalho, é necessário nomear técnicos que informem ao Juiz o grau de incapacidade para o arbitramento da pensão cabível [vitalícia ou temporária], situação que se resolve pela liquidação por arbitramento prevista no art. 606, II, do CPC. Quando a sentença penal condena o agressor que, pela sua violência, impede que a vítima obtenha lucros reais que normalmente auferiria não fosse a ilicitude cometida [os lucros cessantes do art. 402, do CC], será preciso a liquidação por artigos [art. 608, do CPC], pela imprescindibilidade da prova de fato não incorporado na sentença criminal.

A sentença penal, nesse contexto, diminui consideravelmente o tempo da jurisdição civil, pela dispensa da fase de conhecimento que seria preciso percorrer, em procedimento tradicional, como premissa da sentença que reconhece o dever de indenizar; a vítima, de posse da certidão do trânsito em julgado da sentença criminal, ingressa na jurisdição civil em plena fase de execução de sentença, ganhando, por esse atalho legítimo, lugar bem mais próximo da satisfação do direito violado pelo crime. Esse expediente jurídico de aproveitamento da coisa julgada criminal é festejado por BARBOSA MOREIRA, que o considera “interessante, capaz de facilitar, em boa medida, a efetivação da responsabilidade civil emergente do delito, atendendo assim, ao menos em parte, a um dos principais argumentos invocados pelos partidários do julgamento conjunto”.¹² Esse projeto de amparo à vítima, concedendo-lhe, teoricamente, meios legais para recompor-se dos danos injustos, apresenta um ponto vulnerável, qual seja, a falta de patrimônio do réu [garantia dos credores, como disposto nos

¹⁰ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, IV, p. 233, § 1471.

¹¹ Filosofia del Diritto Privato, p. 89.

¹² Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo, in “Temas de Direito Processual – segunda série”, p. 105.

arts. 391, do CC e 591, do CPC], porque a carência patrimonial do devedor confirma a inutilidade da execução.¹³

3 SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA

A condenação do réu, pela prática de um crime definido no estatuto repressivo, depende de prova confiável da autoria do fato, da materialidade objetiva como consequência física da conduta punível. Nem sempre será possível acolher a denúncia ou queixa que se deduz, ou por insuficiência das provas que são reunidas durante a instrução probatória, ou devido ao mérito dos advogados encarregados da defesa que, replicando e exigindo produção de provas, confirma a inocência do acusado ou, então, por estabelecer um estado de dúvida sobre a presença de algum requisito da sentença condenatória. É sabido que no processo penal aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, modelo de interpretação em favor do acusado, realmente o mais freqüente motivo das sentenças absolutórias.

A sentença condenatória, como se analisou, integra a coisa julgada criminal que age como reforço da justiça cível. Embora a reparação de danos do crime reprovado não seja consequência da sentença, o seu efeito é positivo na fórmula jurídica criada para satisfazer o prejuízo da vítima. O condenado, além de cumprir a pena, paga os danos. A sentença absolutória não atua com a mesma força participativa, pois depende, para ter influência na responsabilidade civil, do teor do dispositivo que a encerra, que é sempre correlato com a sua motivação. A palavra chave que permite distinguir as sentenças absolutórias que fazem coisa julgada, com aquelas que nenhuma influência produzem para o Juízo Cível, é a “coerência”. Se da análise da sentença criminal decorrer certeza sobre o fato que estrutura o direito de danos, há vínculo da coisa julgada criminal; ao inverso, na medida em que a sentença criminal claudica quanto ao fator certeza da verdade real, o Juiz do Cível está livre para definir com autonomia se há obrigação de reparar o dano causado pelo fato não punido na esfera penal. Devemos analisar as variantes do art. 386, do Código de Processo Penal, para compreender as relações de harmonia e de divórcio das jurisdições.

3.1 LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA OU DE TERCEIRO

A mais impactante sentença penal absolutória é aquela fundada no inciso V, do art. 386, do CPC, no quesito “legítima defesa própria ou de terceiro”.¹⁴ O Juiz do Cível deverá respeitar a sentença penal que absolve o réu por ele ter agido em legítima defesa própria ou de terceiro, porque esse discurso oficial representa a vontade do Estado-juiz em legalizar a reação equilibrada contra uma injusta e repulsiva agressão. Não seria sensato admitir que alguém que se livra da pena de homicídio, por defesa necessária, possa ser condenado a compor danos para os dependentes do morto. Seria o clímax da incoerência em julgamentos

¹³ LIEBMAN comentou a insuficiência patrimonial do devedor, classificando o fenômeno como causa transformadora da execução, com expropriação de bens, em medida “infrutífera”, “denunciando situação de absoluta impotência da organização jurídica da sociedade” [Processo de execução, p. 33]. Ao réu indigente pouco importa a sentença que o obriga a reparar os danos, certeza que conduziu CARNELUTTI a afirmar que “también la pobreza tiene sus privilegios” [El dano y el delito, p. 269]. Há quem defenda, sem receptividade, que seja instituído um sistema que obrigue o lesante a executar trabalho forçado e rentável, sob vigilância do Estado, para, com isso, arrecadar fundos financeiros destinados a satisfazer, pelo menos em parte, o crédito decorrente do ressarcimento devido *ex delicto*, e também *ex contractu* [DEL VECCHIO, “Apostila sobre o ressarcimento do dano em relação à pena”, in “A Justiça”, p. 201]. Seria preciso, para ser acolhida essa tese que se incompatibiliza com fundamentos da dignidade humana, modificar o art. 5º, LXVII, da CF, proibitiva da prisão civil por dívida [salvo por dívida de alimentos e do depósito infiel]. A pobreza não é crime, afirmava JOSÉ DA SILVA COSTA em obra pioneira [A satisfação do danno causado pelo delicto, 1878, p. 65].

¹⁴ ANTUNES VARELA afirma que “a defesa considera-se legítima, porque, não podendo o Estado, apesar de todo o arsenal dos seus meios de prevenção, evitar a prática de factos ilícitos, justo é se reconheça aos particulares a faculdade de, em certos termos, se defenderem de alguns deles pelo seus próprios meios” [Das obrigações em geral, p. 431].

inconciliáveis, uma indecisão radical que não se justifica em hipótese alguma, mesmo quando a absolvição provém do Tribunal do Júri, alvo de severas críticas pela vulnerabilidade de suas decisões controvertidas.

A legítima defesa está definida no art. 25, do CP. Quando a sentença penal reconhece que o réu revidou moderadamente uma agressão injusta, praticada com perigo real para si ou para outrem, está excluindo a culpabilidade; o ato é legítimo e, como tal, não se caracteriza como ilícito, sem dúvida, a premissa maior da reparação civil [arts. 186 e 188, I, do CC]. Supondo-se que tenha ocorrido, em cidade pacata do interior, um crime de homicídio nas seguintes circunstâncias: um homem, casado e pai de dois filhos menores, recém-instalado, passou a ter uma relação extraconjugal com uma moça de tradicional família, que, apaixonada e iludida com as juras de amor, entrega ao galanteador a castidade desejada por diversos pretendentes bem intencionados. Algum tempo depois, o infiel, contente com as relações sexuais já consumadas, rompe o caso, o que faz com que a jovem, amargurada, quebre o silêncio ao relatar tudo para o seu irmão. Este, inconformado, aborda o homem na rua e passa à agressão física, nervoso com o desdém com o que o adúltero leva o assunto. Como o irmão da jovem é forte e agressivo, o outro procura refúgio em um restaurante, mas, perseguido, é alvejado com um tiro nas costas, vindo a falecer. No outro dia, para agravar o drama, a moça suicida-se ao saber sobre o desfecho. O Júri absolve o acusado do crime do art. 121, IV, do CP, nas duas sessões de julgamento que se realizam, acolhendo a tese de legítima defesa própria.

Ocorreu mesmo legítima defesa própria? Os jurados decidiram com a emoção, e não com a razão, dando ao ofensor a absolvição, devido ao trágico desenlace? Os jurados não julgaram o conterrâneo com benevolência, por ter ele defendido a honra da família? Variadas respostas são pertinentes, sem, no entanto, possuírem qualquer valor jurídico, por mais fundamentadas que sejam. Para o Direito, vale a decisão soberana dos jurados, tomada em processo regular, não sendo permitido que o Juiz de uma ação civil de reparação de danos, promovida pela viúva e filhos do morto, decida de forma contrária, condenando o responsável pela morte a compor os danos previstos no art. 948, do CC, como se ilícito ele tivesse praticado. Em tese de concurso para a livre docência, apresentada em 1930, CÂMARA LEAL sustentou que uma decisão criminal errônea jamais poderia comprometer a livre convicção do Juiz do Cível encarregado de decidir o direito de danos da vítima ou seus sucessores, afirmando que lei desse teor seria “tirânica, porque obrigaria que um erro judiciário cometido no julgamento criminal fosse iniquamente mantido no julgamento civil, transformando assim o processo, de meio que é de investigação da verdade, em meio da perpetuação do erro e de sua iniquidade”.¹⁵

Não se autoriza, cumpre enfatizar, que, no juízo civil, se presume que a excludente de legítima defesa, reconhecida no julgamento criminal, seja um fato de relativa certeza; se isso fosse permitido, seria criar presunção contra a coisa julgada criminal, com ofensa ao artigo 65, do CPP, que assegura a autoridade dessa modalidade de julgamento criminal no cível. O preclaro Desembargador JORGE DE ALMEIDA escreveu que a influência, de um juízo sobre o outro é sempre salutar quando ambos portam algo que os funde, isto é, “a verdade fática”.¹⁶ Advertiu MENDES PIMENTEL, em antigo parecer, ser “contradição chocante do Poder Público, quando examina o mesmo fato, afirmar, primeiro, que ele é justo, legítimo e legal e, em seguida, negar-lhe esse caráter de justiça, de legitimidade e de legalidade”.¹⁷

Portanto, a legítima defesa própria ou em favor de terceiro tira do fato a sua ilicitude,

¹⁵ Dos efeitos civil do julgamento criminal, p. 197.

¹⁶ Influência da jurisdição penal sobre a civil, RT 523, p. 37.

¹⁷ Excerto de parecer, in Revista Forense, 31, p 34.

excluindo a responsabilidade civil. O jurista MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA comentou, com esse mesmo critério, o art. 337, do CC português, que é similar.¹⁸ Não é diverso o tratamento jurídico espanhol, conforme relata PICAZO Y PONTE DE LEÓN, ao citar decisão do Tribunal Supremo que, ao analisar pedido de indenização de viúva e filhos menores de assaltante morto pelo guarda, negou o pleito sob o argumento de que não se produziu prova do excesso da reação defensiva ou negligência do defensor, casos especiais em que a jurisdição civil poderia conceder indenização.¹⁹ Para o direito alemão não é antijurídica a legítima defesa [§§ 227 BGB, 32 StGB]; portanto, exclui ou limita a responsabilidade, assegura DIETER MEDICUS.²⁰

Existe, em matéria penal, a hipótese da legítima defesa praticada com exagero e que produz a figura do “excesso”, que tanto poderá ser caracterizada com dolo ou culpa [art. 23, parágrafo único, do CP]. Nesse caso, o agente é penalizado, no Juízo Criminal, pelo descomedimento, conforme explica DÁMASIO E. DE JESUS: o agente, no exercício de legítima defesa regular, causa lesão de natureza grave no seu ofensor; contudo, após o domínio do agressor, que está imobilizado, o agente continua a feri-lo, causando, nessa segunda fase, lesões de natureza leve. Conclui o Prof. DAMÁSIO que o agente deve ser absolvido do crime de lesões corporais graves [por ter agido em legítima defesa] e condenado por lesão corporal leve [dolosa].²¹ A sentença criminal possui, nesse caso dupla finalidade; exclui a responsabilidade civil pelos danos dos atos que se deram em legítima defesa, servindo de título executivo para que a vítima reivindique satisfação dos danos verificados pelo excesso, pois “subsiste a ilicitude em parte da conduta”.²²

É preciso anotar que a declaração de legítima defesa nas sentenças penais assinadas por Juízes de Direito, na forma do art. 386, V, ou do 411, do CPP [absolvição sumária em processo de competência do Júri] ou por deliberação dos Jurados [art. 492, II, do CPP], são proferidas com base no debate, valoração e julgamento do requisito reação moderada e proporcional, o que implica afirmar que a coisa julgada criminal que se forma para absolver o réu, exclui, de forma categórica, a ocorrência de excesso doloso ou culposo. Significa que está vedado ao Juiz do Cível reavaliar essa variante da legítima defesa [excesso] para, contra os motivos e os fundamentos da sentença penal absolutória, que declara a legítima defesa em sua plenitude, reconhecer o abuso para condenar o agente a pagar pelos danos da suposta brutalidade que a jurisdição civil acredita ter se verificado. Seria conviver com sentenças inconciliáveis, originárias de um mesmo fato, o que contraria o ideal de segurança jurídica. Prevalece, pois, o que se decidiu na Justiça Criminal, tal como anotado em precedente do TJ-SP [Ap. 006.426-4/2, j. 02.03.1999, Des. Ênio Santarelli Zuliani, *in* RT765/186].

O julgado acima referido [RT765/186] revelou a experiência de um tranqüilo cidadão obrigado a reagir, em defesa de sua integridade e de sua esposa, devido a violência física e moral que três indivíduos lhes impuseram, sendo que um dos tiros que desferiu para obstar a invasão domiciliar, provocou, em um dos agressores, a temível paraplegia. Apesar de ser dolorosa a consequência, era de se perguntar: poderia a vítima queixar-se, com razão? Essa mesma indagação é formulada por PESSOA JORGE, para que se compreenda que a legítima defesa, para ser aceita, depende, igualmente, “na justificação do prejuízo causado pelo agressor”.²³

¹⁸ Direito das obrigações, p. 375.

¹⁹ Derecho de daños, p. 300.

²⁰ Tratado de las relaciones obligacionales, I, p. 731.

²¹ Direito Penal, 1º volume, p. 392.

²² SÍLVIO DE SALVO VENOSA, Direito Civil – Responsabilidade Civil, p. 54.

²³ Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, p. 229.

3.2 LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

Sobreviver é um desafio perigoso. O ser humano está sempre alerta e, com isso, supervaloriza o risco. Reagir, causando danos a outrem, na suposição de que seria preciso repudiar, com violência, para não ser agredido, é um erro de fato, como declarou BANDEIRA DE MELLO, exatamente pela ausência do requisito certeza de “estar sendo agredido”.²⁴ VON THUR afirma, categoricamente, que “comete un acto ilícito quien actua en un estado supuesto (putativo) de legítima defensa”.²⁵ Não diverge o preclaro CARLOS ROBERTO GONÇALVES, por ser a legítima defesa putativa uma “dirimente” que exclui, no âmbito penal, a culpabilidade [isenção de pena, na forma do art. 20, § 1º, do CP] e não a antijuridicidade.²⁶ Daí porque, com critério, o TJ-SP, não admitiu, na ação de reparação de danos, a influência da coisa julgada criminal [sentença penal que absolveu o réu da denúncia de tentativa de homicídio - 121, cc. 14, II, do CP, pelo reconhecimento da legítima defesa putativa], sendo oportuno abordar, no parágrafo seguinte, os lances desse julgado [Ap. 123.448.4/6, j. em 6.8.2002, rel. Des. Elliot Akel, in RT808/224].

Ocorreu, segundo assinalou o Des. Laerte Nordi em voto declarado [RT808/229], que o réu, assustado devido a ter sido vítima de reiterados roubos, acreditou estar sendo assaltado quando voltava para casa e, inquieto com tais ocorrências, atirou contra uma pessoa que dele se aproximava, causando-lhe seqüelas físicas irreversíveis. Não se provou, contudo, a intenção dolosa da vítima. O Juízo Criminal reconheceu ter o réu agido em legítima defesa putativa, absolvendo-o sumariamente, como recomenda o art. 411, do CPP. O julgado penal não o livrou de indenizar a vítima, em forma de pensão [pela incapacidade que resultou], até 65 anos de idade, sem prejuízo da compensação por danos morais, cuja indenização foi arbitrada em 150 salários mínimos. O Des. Gildo dos Santos, também integrante dessa ilustrada Turma Julgadora, lembrou-se do seguinte precedente da Suprema Corte [RT808/228]: “E o C. STF, quando era sua a competência recursal em grau de recurso extraordinário, para analisar divergência jurisprudencial, antes da Constituição Federal vigente, decidiu, com relação à inteligência e aplicação dos arts. 65, do CPP e 1540, do CC de 1916, que: “Na legítima defesa putativa, a ação é objetivamente ilícita, e dá causa à indenização” (1ª T., RE 43.372, Min. Ari Franco, j. 17.05.1959, RZJ11/364)”.

A legítima defesa putativa é, na realidade, uma linha tênue que separa o bem e o mal, tão difícil de se compreender como a um quadro de Manet, “com grandes luzes e grandes sombras”, na feliz expressão de JOAQUIM FALCÃO, ao comentar assunto diverso ao do presente texto²⁷. Essa zona escura que ensombra a verdade, carregada de subjetivismo, é um tormento para o intérprete, que, normalmente, decide aplicando o princípio da proporcionalidade. Assim, ainda que tenha o réu agido na pressuposição de que sofreria agressão, a vítima desse gesto estigmatizado pelo instinto da putatividade, figura no quadro de comparação dos resultados concretos, em posição predominante, exatamente por não ter procedido de forma a levantar a suspeita que inebriou a vontade do agressor. Merece, pois, a indenização. Seria diferente, portanto, se aquele ferido no caso da RT808/208, exibisse uma arma ao se aproximar do réu; no entanto, ele estava desarmado, o que justificou a procedência da ação de reparação de danos.

Recomenda-se, na análise das indenizações pleiteadas por lesões cometidas no exercício da legítima defesa putativa, equidade no arbitramento do *quantum* ser fixado para

²⁴ Lydio Machado Bandeira de Mello: Crime e exclusão de criminalidade, p. 270.

²⁵ Derecho Civil, III, tomo 2, p. 288, § 586.

²⁶ Responsabilidade civil, p. 713, § 108.

²⁷ Os Advogados, p. 89.

reparar e compensar os danos daquele que suporta os efeitos do erro de fato [art. 944, do CC], dignificando a delicada situação vivenciada pelo sujeito que é contagiado pelo surto da violência irracional dos grandes, médios e pequenos centros urbanos. É muito mais fácil escrever “sábias e prudentes restrições do que dominar os nervos sobre-excitados de quem se julga em risco de ser morto”, advertiu CUNHA GONÇALVES²⁸. Expressiva, portanto, a sustentação de GIOVANNA VISINTINI a esse respeito: “A los fines de la responsabilidad civil, se plante ala cuestión de si, en caso de legítima defensa putativa, corresponde al damnificado una indemnización eqüitativa”.²⁹

3.3 LEGÍTIMA DEFESA E DANOS A TERCEIROS

Inspirado no caráter normativo do Acórdão do TJ-SP [Ap. 112.349.4/9, j. 13.02.2001, *in RT* 789/225], relatado pelo Des. Quaglia Barbosa, que, com mérito, foi nomeado recentemente Ministro do colendo STJ, aborda-se a situação do agente que, agindo em legítima defesa própria [real], repele agressão injusta e, ao mesmo tempo, causa danos a terceiros. O caso julgado pelo atual Ministro não estimula dúvidas, devido a ser inquestionável o dever de indenizar para dois homens que se desentenderam, de forma violenta, em um restaurante, trocando tiros para desespero dos demais fregueses e crianças que circulavam pela calçada em frente. A menina atingida do lado de fora é uma vítima da insensatez dos adultos e, por conta disso, padece de seqüelas graves devido ao tiro que lhe causou lesão cerebral, o que motivou a indenização em quantia capaz de financiar todas as despesas de médicos, hospitais e fisioterapeutas, mais um valor de cem salários mínimos para compor danos morais, uma cifra que foi considerada modesta, mas que não foi majorada por falta de recurso da parte interessada. Em abono do precedente, poderá ser mencionada a posição de ANTÔNIO CHAVES, que foi categórico ao afirmar que a legítima defesa real, quando lesa terceiros, implica na obrigação de indenizar.³⁰

Não foi, na hipótese comentada, emitida sentença penal reconhecendo a legítima defesa, o que não impede que se aproveite do episódio para estudo dos efeitos de uma hipótese provável, como a de existir absolvição, por legítima defesa própria, do autor do disparo que atingiu a menina. Perderia a vítima, com o julgamento criminal, o direito a indenização? Não, é a resposta. A legítima defesa atua para excluir a antijuridicidade em relação ao ato cometido pelo agressor, que foi rechaçado de maneira razoável, mas não se estende a terceiros inocentes que estão fora da gênese do evento. O réu, ainda que absolvido, não poderá apresentar a sentença criminal para alforriar-se perante a criança baleada, devendo, junto com o outro contendor [parte final do art. 942, do CC], responder pelos danos causados. Evidente que lhe cabe, devido ao reconhecimento da legítima defesa da jurisdição criminal, exigir daquele que foi o responsável pela reação danosa ao direito de terceiro, em direito de regresso, o que pagou para indenizar a vítima, como consta do art. 934, do CC.

3.4 ESTADO DE NECESSIDADE

Os jornais denunciam a caótica situação das estradas interestaduais e das ruas das grandes cidades, devido a imensos buracos, verdadeiras crateras que tragam carros, produzindo mortes e acidentes de toda a espécie. O motorista que se vê diante de um obstáculo dessa ordem, tende a desviar a direção do buraco e, ao realizar essa manobra, vê-se impelido

²⁸ Tratado de Direito Civil, vol. XII, tomo II, p. 816.

²⁹ Tratado de la responsabilidad civil, II, p. 176.

³⁰ Tratado de Direito Civil, vol. III – Responsabilidade Civil, p. 52.

a ingressar na outra pista da estrada [contramão], quando colide com um carro que por lá transitava, provocando danos materiais e às pessoas. Seria justo isentá-lo do dever de indenizar as vítimas, embora tivesse agido em estado de necessidade?

Poderá ocorrer que o Juízo Criminal absolva o réu por considerar que, ao praticar fato tipificado, ele o fez por necessidade. Nesse caso, confirmada a hipótese do art. 24, do CP, o Juiz absolve o réu com fundamento no art. 385, V, do CPC, porque o Código Penal não considera crime o ato praticado em estado de necessidade [art. 23, I, do CP]. CÂNDIDO MOTTA FILHO escreveu que o estado de necessidade, para ser justificado, deve ser, efetivamente, rigorosamente necessário, anotando: “O agente precisa estar numa situação tal que, por ela, é obrigado a agir contra as regras jurídicas estabelecidas, pois precisa salvar-se ou salvar um bem jurídico de um perigo iminente e grave”. Sobre o dever de indenizar os danos decorrentes do ato praticado em estado de necessidade, definiu-se que, se o estado de necessidade surgiu por culpa da vítima, “esta de modo algum pode reclamar uma indenização”.³¹ O art. 929, do CC, repetindo o que era disposto no art. 1519, do CC, de 1916, somente qualifica o direito de pedir indenização no caso de estado de necessidade, não sendo o reivindicante “culpado” do perigo que se removeu com destruição de seu patrimônio. MARTINHO GARCEZ NETO abordou uma hipótese em que a vítima, por desídia na manutenção de imóvel urbano, obrigou a Municipalidade a demolir, com segurança, o prédio que se encontrava em estado de iminente desabamento, evitando que a queda natural viesse a prejudicar a coletividade; o parecer do jurista é no sentido de excluir o dever de indenizar que o dono da casa demolida pretendeu atribuir à Prefeitura, pelo agir necessário.³²

Sempre quando abordo essa questão no curso de graduação, os alunos perguntam como resolver o caso em que um naufrago sacrifica a vida de todos os tripulantes quando procura, desesperadamente, salvar-se, o exemplo clássico *tabula in naufragio, duorum non capax*: teria a viúva do finado direito à indenização prevista no art. 948, do CC? Desde que configurada a situação de necessidade do ato, de exercício regular de um direito, que é o de sobreviver, deverá ocorrer sentença que exclua a antijuridicidade, por inexigibilidade de conduta diversa. Tendo em vista que o drama dos naufragos decorreu de caso fortuito, parece mais ajustado isentar o sobrevivente da indenização, opção mais coerente diante da fatalidade inevitável; afinal, não há culpa digna de sanção na situação analisada.

Fora dessas situações extraordinárias, a sentença criminal que reconhece o estado de necessidade é absoluta apenas para isentar o agente da pena pelo fato típico cometido em necessidade. O Juízo Cível, no entanto, o obrigará a indenizar os prejuízos, em algumas situações, o que equivale que o art. 65, do CPP, para a hipótese do art. 386, V, epígrafe “estado de necessidade”, não incide com força absoluta. O eminente Desembargador RUI STOCO conclui que “segundo nosso entendimento, o dano causado em estado de necessidade não isenta o seu causador, mesmo que tenha sido absolvido na esfera criminal”.³³

O Juiz, em casos do gênero, deverá procurar desvendar, com o critério da proporcionalidade, o que seria mais justo, conforme aconselha o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO, enfatizando ser essa uma questão elementar da justiça comutativa: o que é melhor, que o titular da coisa sacrificada amargue o prejuízo, ou que se obrigue quem escapou de perigo iminente destruindo coisa alheia, ao pagamento respectivo. Para o ilustre CAVALIERI, a lei e a jurisprudência do STJ optaram pela última proposição.³⁴ Efetivamente – e com

³¹ Do estado de necessidade, pgs. 180 e 185.

³² Prática da responsabilidade civil, p. 93.

³³ Tratado de responsabilidade civil, 6ª edição, p. 180, Cap. II, nota 5.00.

³⁴ Programa de responsabilidade civil, p. 527.

absoluta razão – o STJ considerou uma empresa transportadora responsável pelas coberturas dos danos de uma passageira de ônibus que, diante de freada brusca do coletivo, quando um terceiro estilhaçou o seu vidro, sofreu uma queda [Resp. 209.062 RJ, DJU de 5.8.2002, Min. Ruy Rosado de Aguiar, *in* Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, vol. 19, p. 106, verbete n. 1982].

Esse precedente está de acordo com a interpretação que se deve conceder aos arts. 929 e 930, do CC, de 2002, permitindo que a empresa de ônibus, depois de reparar os danos da passageira, ingresse contra o terceiro que deu ensejo à frenagem brusca e lesiva, promova a ação de reembolso. Contudo, diante das circunstâncias deduzidas e no caso de se arbitrar indenização por danos morais, é de boa ordem amoldar o *quantum* com equidade [art. 944, do CPC], diante da quase inevitabilidade do gesto da direção defensiva; afinal, somente um chofer de nervos de aço continuaria dirigindo impassível diante da explosão do vidro do ônibus. A frenagem, praticamente intuitiva, deve pesar como atenuante do valor indenitário, tal como articula ESTEVILL, na Espanha, como se fosse uma “obligación resarcitoria atenuada”, devido a se tratar de “la intervención defensiva que aniquila la virtualidad del ilícito, penal o civil”.³⁵

O direito de regresso que se assegura ao agente que age em estado de necessidade, pode ser direcionado contra o beneficiário do ato necessário, como no caso de alguém ser obrigado a apoderar-se de carro alheio para socorrer um ferido com grave hemorragia sanguínea, e, no encaminhamento para o hospital, danifica o veículo. O autor do ato praticado em estado de necessidade indeniza ao dono do carro para, depois, exigir do ferido, ou dos familiares dele, caso não sobreviva, a restituição integral.

3.5 SENTENÇA CRIMINAL DE ABSOLVIÇÃO, POR FALTA DE PROVAS

A sentença que rejeita denúncia criminal por falta de provas suficientes para a condenação [art. 386, VI, do CPP], não repercute na ação de indenização que se abre por conta do mesmo fato que fundamentou a persecução penal [Resp. 513.899-SC, DJ 22.3.2004, Min. Menezes Direito, *in* Informativo ADV, da COAD, n. 17/2004, p. 266, verbete n. 109612 e Resp. 257.827 SP, DJ de 23.10.2000, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, *in* RSTJ/140/462]. Não importa que o Juízo Criminal tenha afirmado, em sua decisão, não se provado a culpa [e até mesmo não existir prova da culpa], porque, para exame da ilicitude que desencadeia o dever de indenizar [art. 186, do CC], a valoração das circunstâncias do fato, pelo Juízo Cível, apresenta divergências próprias da diferença entre culpa penal e da culpa civil.

PONTES DE MIRANDA observou uma diferença vital ao lembrar que não se admite que o Juiz do crime se sirva de presunções para julgar, o que não ocorre no cível, pelo aproveitamento de presunções, indícios concordantes, para que alguém seja obrigado a reparar os danos.³⁶ Ainda sobre essa matéria, JOÃO LUIZ ALVES observou que a responsabilidade criminal exige prova absoluta do dolo ou da culpa lata do agente, ao passo que, no civil, o sujeito responde pela culpa leve ou levíssima, de sorte que decisões diferentes da investigação do elemento subjetivo não causam conflitos entre as duas jurisdições.³⁷

Importante registrar que o mestre AGUIAR DIAS analisou dois julgados do STF sobre a matéria, um em que a absolvição do réu, no crime, se deu por falta de provas para a condenação, e um outro no qual a denúncia foi rejeitada por “absoluta ausência de culpa”.

³⁵ Derecho de daños, I, p. 539.

³⁶ Manual do Código Civil Brasileiro, XVI, terceira parte, tomo I, p. 522. § 343.

³⁷ Código Civil Annotado, p. 1073.

Para o jurista que tanto contribuiu para o aperfeiçoamento da matéria, a situação da vítima do dano continua inalterada quanto ao direito de acionar o réu para obter a reparação; contudo, advertiu-se, na segunda hipótese, aquela em que a absolvição se lavrou “por absoluta ausência de culpa”, o ônus da prova do autor [art. 333, I, do CPC] constitui um pressuposto mais severo em termos de expectativa de êxito, porque “fica na obrigação de produzir prova cabal da autoria e da relação de causalidade, essenciais ao reconhecimento do dever de indenizar, ou seja, prova cabal da culpa, negada enfaticamente no Juízo Criminal”.³⁸

Portanto, que fique definitivamente claro, a sentença que absolve o réu do crime, por falta de provas, influência alguma ostenta para efeito de reparação de danos. O art. 66, do CPP, é a prova de que, nessa hipótese, as jurisdições não se comunicam, o que, de resto, sempre contou com o apoio de prestigiosa doutrina, tanto a antiga, quanto a intermediária e a contemporânea³⁹. Afinal, não poderia ser outro o entendimento, uma vez que a sentença penal que absolve, por falta de provas sobre a culpa ou por ausência de provas suficientes para a condenação, nada decide em termos de verdade real; se nada foi decidido no crime, que a jurisdição cível cumpra sua função sem sombras projetadas pelo julgamento neutro da jurisdição co-irmã.

3.6 SENTENÇA CRIMINAL VERSANDO AUTORIA DO DELITO

O art. 935, do CC, estabelece que a responsabilidade civil é independente da criminal, “não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. O art. 66, do CPP, não versa sobre autoria, mas, sim, sobre a materialidade [existência do fato]. Portanto, quando a absolvição do réu, no Juízo Criminal, ocorrer em razão da não confirmação de autoria, o Juiz, necessariamente, deverá traduzir tal resultado citando o art. 386, IV, do CPP [“não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal”], procedendo, em processo de Júri, da mesma forma, pela impronúncia do art. 408, caput, do CPP. Nessas situações, porque a sentença criminal não decide de forma categórica sobre a autoria, mesmo que não a admita sobre aquele réu por falta de provas, o Juízo Cível poderá, de forma livre e soberana, julgar e decidir que aquele agente absolvido do processo-crime é responsável pelos danos que a vítima alega ter sofrido. Nesse particular, não divergiram EDUARDO ESPÍNOLA FILHO e JOSÉ FREDERICO MARQUES.⁴⁰

Uma peculiaridade desse setor pode gerar dúvidas: quando se provar, no processo criminal, não ser o réu autor do crime que se lhe imputa. Há, nesse caso, influência da sentença penal para a reparação de danos, na forma do art. 935, do CC? É preciso considerar, para esclarecer essa matéria, que não existe meio legal de o Juiz Criminal absolver o réu com base em negativa de autoria, porque essa fórmula não está prevista no art. 386, do CPP, que é *numerus clausus* de rigorosa observância. O que vincula a coisa julgada criminal, para o civil, é o dispositivo da sentença, de modo que jamais será possível ocorrer subordinação para o direito de agir da vítima, no cível, com esse tipo de sentença. Deve-se, nesse contexto, render homenagens ao jurista gaúcho ADROALDO FURIADO FABRÍCIO, que, de forma pioneira e com muita propriedade, abordou essa questão, para concluir que a absolvição, fundada em negativa de autoria [com base no inciso IV ou VI, do art. 386, do CPP], não obsta o ajuizamento da ação civil, até para não inibir avanços da moderna teoria da responsabilidade grupal.⁴¹

³⁸ Responsabilidade civil em debate, p. 255.

³⁹ SPENCER VAMPRE, RT 36/148; CARVALHO SANTOS, Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. XX, p. 299; ROBERTO ROSAS, Enciclopédia Saraiva do Direito, 65, p. 418 e FERNANDO NORONHA, Direito das Obrigações, p. 519.

⁴⁰ Código de Processo Penal Brasileiro, I/43 e Elementos de Direito Processual Penal, III/110.

⁴¹ Absolvição criminal por negativa de existência ou de autoria do fato, AJURIS, 55/47.

Responsabilidade grupal é uma expressão que designa a disposição de, no direito de danos, responsabilizar todos os personagens de um episódio danoso, cuja autoria exclusiva é de difícil ou impossível identificação, criando uma obrigação *in solidum* para que a vítima se satisfaça. Essa estratégia inteligente de combater o dano injusto não impede que os responsabilizados, depois, discutam entre si, na ação regressiva, a quem cabe efetivamente pagar a conta. É citada, para exemplificar, a hipótese de morte em mesa cirúrgica, por erro médico, sem que se apure se a culpa coube ao cirurgião, ao seu assistente, à enfermeira que instrumentaliza a operação, ao anestesista, etc. O correto é que todos respondam solidariamente e, depois, decidam, nas ações regressivas, sobre aquele que deve pagar sozinho, o que é mais consentâneo com a verdade deles. Permitido acrescentar a situação de uma explosão pelo acúmulo de gás em *shopping center* [como o de Osasco], em que os envolvidos [proprietário, empreiteiro, construtor, engenheiro, fornecedor de gás, etc] trocavam acusações de culpa, cada qual pretendendo exclusão, enquanto as vítimas padeciam seus infortúnios. Imagine-se um dos réus sendo absolvido, no crime, por falta de prova de sua participação; seria jurídico isentá-lo, por isso, da responsabilidade civil? Os novos sítios produtores de eventos danosos acusam a impropriedade da influência da sentença criminal de absolvição, que versa sobre autoria, na ação de indenização.

3.7 SENTENÇA, DO TRIBUNAL DO JÚRI, ABSOLVENDO POR NEGATIVA DE AUTORIA

Como já desenhado no capítulo anterior, a coisa julgada criminal, referente à autoria, mesmo estando fundada na dúvida da personificação do agente, não obsta o ajuizamento da ação civil de reparação de danos. Esse enunciado fica ainda mais ajustado quando a negativa de autoria advém de uma decisão do Tribunal do Júri, nas hipóteses de sua competência, entre as quais o crime de homicídio. O questionário que o Juiz prepara para que os sete jurados respondam na sala secreta é extremamente conciso quando se indaga a autoria, dispensando motivação, o que poderá encaminhar os juízes leigos a responderem sem a reflexão que a importância do assunto requer; não se descarta, também, erro no depósito da cédula contendo a resposta desejada.⁴² Absolvição criminal, nesses termos, não prejudica o direito subjetivo de a vítima pleitear, no Cível, reparação dos danos, competindo-lhe, no entanto, provar a legitimidade passiva *ad causam* [art. 3º, do CPC].

CARVALHO SANTOS foi o precursor da não vinculação da decisão do Júri, que nega a autoria, para o Juízo Cível, sempre sensato quando ressaltou opinião dos jurados sobre a legítima defesa.⁴³ Com razão, devido a ser o questionário da legítima defesa bem minucioso, revelando cuidadoso sistema de confirmação de votos dos jurados, reservando-se um quesito para cada pressuposto da excludente, sem ignorar a eventualidade do excesso. Quando, pois, os jurados absolvem o réu, por legítima defesa real, não há dúvida sobre a convicção deles, embora se possa questionar o fator justiça do julgamento. É correto, pois, admitir que a jurisdição está exaurida, o que impede a responsabilidade civil do agente absolvido pela legítima defesa.

No caso de os jurados negarem a autoria, o enfoque deve ser outro, pois as respostas da maioria não convencem de que aconteceu julgamento motivado, como é exigido pelo art.

⁴² O Juiz trabalha, na sala secreta, com duas cédulas que documentam as respostas dos jurados, uma com a palavra “SIM”, e a outra com o “NÃO”. Depois de ler o quesito, sobre se foi o réu Fulano de tal o autor do fato que provocou a morte da vítima, o Juiz solicita ao seu atendente que recolha as respostas, instante em que os jurados depositam, no receptáculo, as cédulas que correspondam ao convencimento, para, em seguida, depositarem a cédula inexpressiva da vontade. Somente depois de recolher todo o material, o Juiz finaliza a contagem dos votos [arts. 486 e 487, do CPP].

⁴³ Código Civil Brasileiro Interpretado, XX, p. 301.

93, IX, da Constituição Federal. Há, pois, uma falha do sistema quanto a ter ocorrido uma coisa julgada criminal influente ou de peso decisivo para comprometer as expectativas civis das vítimas. ADROALDO FABRICÍO FURTADO, que nega efeito vinculativo da decisão do Júri, nesse particular, admitiu que há “completa impossibilidade de apuração do motivo preciso da absolvição, sabido que as razões do convencimento de cada um dos Juízes de fato permanecem encerradas no foro íntimo de cada qual”.⁴⁴ Igual versão encontra-se na obra de CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, que, juntos, não só defendem a não influência da sentença criminal do Júri, como mencionaram julgado do STJ, relatado pelo Min. Menezes Direito, aplicando o enunciado [Resp. 52.280 RS].⁴⁵ Anote-se, ainda, recente julgado relatado pelo Min. Castro Filho [Resp. 485.865 RJ, j. em 25.5.2004]: “Permite-se a investigação, no âmbito cível, da existência de responsabilidade civil, quando o Tribunal do Júri absolve o réu, por negativa de autoria, uma vez que essa decisão não é fundamentada, gerando incerteza quanto à real motivação do juízo decisório criminal”. Outro, da mesma diretriz: Resp. 26.975-RS, DJU de 20.05.2002, Min. Aldir Passarinho Júnior, in Revista de Direito Privado n. 20, RI, p. 357.

4 A INFLUÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA PARA RESPONSABILIDADE CIVIL DE TERCEIROS, ESPECIFICAMENTE A SITUAÇÃO DO EMPREGADOR, EM FACE DO ART. 932, III E 933, DO CC, DE 2002

Deve-se cogitar da seguinte ocorrência: uma sociedade comercial, de excelente patrimônio, realiza suas atividades utilizando-se de transporte rodoviário, sendo que um de seus caminhões, dirigido por empregado registrado, envolve-se em acidente de trânsito, por ter o motorista, sem razão plausível, invadido a contramão de direção, atingindo veículo menor, causa de morte e ferimentos nos seus ocupantes. O Juízo Criminal condena o empregado, na forma dos arts. 121, § 3º e 129, § 6º, do CP. As vítimas podem se aproveitar dessa coisa julgada criminal para exigir do empregador, como lhes é facultado pelos arts. 932, III e 933, do CC, de 2002, as indenizações respectivas, pela execução? Respondo que sim, pelo seguinte.

O sistema jurídico atua com presteza mercê de nutrientes vitais para sua sobrevivência, despontando, entre esses, pelo seu inegável valor⁴⁶, o princípio pelo qual a coisa julgada não interfere com direito de terceiros. Portanto, se o agente não figura como parte no processo [e, portanto, não exerce o direito de se defender, na forma do art. 5º, LV, da CF], não deve suportar o peso da sentença. Ostenta o CPC um dispositivo bem específico sobre isso [art. 472], com o seguinte texto: “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. É certo, como obtempera ADA PELLEGRINI GRINOVER, não existir, no CPP, semelhante dispositivo, o que, para a ilustre Professora, não impede a interpretação sistemática para transpor, para o processo penal, a mesma e salutar regra, qual seja, a de não extensão dos efeitos da coisa julgada criminal a terceiros que não participaram da ação penal.⁴⁷

Exatamente pelo poder do brocado jurídico *res inter alios iudicate non praeiudicant* [as coisas julgadas entre outros não prejudicam a terceiros], respeitável doutrinador⁴⁸ é incisivo ao comentar a inadmissibilidade do aproveitamento da sentença condenatória para

⁴⁴ AJURIS, 55/52.

⁴⁵ Comentários ao novo Código Civil, coleção Forense, XIII, p. 252.

⁴⁶ JOÃO MONTEIRO reconheceu: “Um dos mais sábios princípios da política judiciária é sem dúvida o que se concretiza na regra *Res inter alios acta vel iudicata aliis non nocet nec prodest*” [Teoria do processo civil, II, p. 764, § 243].

⁴⁷ Eficácia e autoridade da sentença penal, p. 31.

execução civil com base no art. 584, II, do CPC: “Essa questão [a da responsabilidade do patrão pelos atos do empregado] vem sendo posta com alguma frequência em relação à sentença condenatória penal proferida em face do preposto, notadamente em casos de acidente de trânsito, havendo algumas vezes no sentido de que a eficácia executiva civil dessa sentença estender-se-ia à empresa proprietária do veículo causador. Essa posição não encontra respaldo algum no sistema processual, porque implica admitir uma execução sem título executivo constituído em face do executado”.

Ao menos uma voz merece ser citada na defesa da consequência extraordinária da sentença penal condenatória, qual seja, a de AFRANIO LYRA, que defende a inclusão do empregador na forma do art. 568, I, do CPP, regra que define a legitimidade passiva *ad causam* da execução ao “devedor, reconhecido como tal no título executivo”.⁴⁹ Não custa lembrar que na Espanha essa polêmica se solucionou com a alteração do art. 22, do Código Penal, que introduziu a responsabilidade civil subsidiária, isto é, que o responsável penal direto “sea criado, discípulo, oficial, aprendiz, empleado o dependiente de amo, maestro, persona, entidad, organismo o empresa dedicada a cualquier gênero de industria” e, como segunda condição, que “el delito o falta en que hubiesen incurrido aquéllos tuviere lugar en el desempeño de sus obligaciones o servicio”; é subsidiária por ser admitida somente na confirmação de “la insolvencia del inculpado”.⁵⁰

Analisando a polêmica com os olhos voltados ao campo restrito dos limites subjetivos da coisa julgada, não há como tirar a razão dos que defendem o veto da execução contra o empregador. Afinal, não há condenação, que, em síntese, seria a base da obrigação formadora do título executivo previsto no art. 584, II, do CPC. Ocorre que o atual estatuto civil, nesse particular e em outras hipóteses que não se explicitam porque estão fora do contexto do trabalho, introduziu a teoria da responsabilidade objetiva, que nada mais representa do que a autorização de reconhecer o dever de indenizar em razão de um “fato”, de um “serviço” ou de uma “atividade de risco”, desde que presentes o nexo de causalidade e o dano da vítima. Dispensa-se, portanto, a prova da culpa. Ora, se constar da denúncia e, conseqüentemente, da sentença penal condenatória, que o réu está sendo condenado por ter, como motorista de uma empresa comercial e no exercício do trabalho, na direção de veículo de propriedade da empregadora ou outra pessoa, por ordem dela, agido de forma imprudente, está, a meu ver, caracterizada a objetivação da responsabilidade prevista no art. 932, III e 933, do CC, de 2002. A responsabilidade objetiva é um fato jurídico, concluiu ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, como consequência de sua tese.⁵¹

Portanto, convém focar a repercussão da coisa julgada analisando não só os limites “subjetivos” como também suas medidas objetivas frente aos efeitos da *res judicata*, equiparando as consequências para fins de reparação de danos. No campo da responsabilidade civil por atos ilícitos, o vínculo obrigacional resulta da conjugação dos fatores “débito” [dívida ou *schuld*] e “responsabilidade” [sujeição ao dever prestar ou *haftung*]. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO explicou muito bem o fenômeno ao anotar que o conceito mais ajustável ao regime jurídico nacional é aquele que considera uma obrigação, devidamente empenhada, conjugando os seus dois elementos [o de dever prestar e o de

⁴⁸ CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, Instituições de Direito Processual Civil, IV, p. 140, § 1401. Com a mesma ênfase ADA PELLEGRINI GRINOVER [Eficácia e autoridade da sentença penal, p. 49] e CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO [Comentários ao novo Código Civil, Forense, vol. XIII, p. 236].

⁴⁹ Responsabilidade civil, p. 41.

⁵⁰ JAIME SANTOS BRIZ, La responsabilidad civil, pgs. 532 e 534.

⁵¹ Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil, p. 53, § 97.

responder com seu patrimônio], para concluir que, geralmente, esses dois componentes estão concentrados ou reunidos na mesma pessoa; todavia, “em certos casos, eles se desmembram, passando a coexistir em pessoas diferentes”.⁵² Afinal, “dano dá quem lhe der causa”, já pregavam as Ordenações, como informava TEIXEIRA DE FREITAS.⁵³

O motorista do caminhão, condenado pela Justiça Criminal, é devedor diante das vítimas do acidente, porque agiu com culpa, conforme reconheceu a coisa julgada criminal. Sua responsabilidade provém da voluntariedade da conduta externa [elemento subjetivo], conforme constou da sentença, que, para esse fim, deveria mesmo ser finalizada com identificação pessoal do agente. O empregador, também devedor para com as vítimas do ilícito cometido pelo empregado, é responsável em razão de um fato objetivo [ato ilícito praticado pelo empregado no exercício do trabalho], coisa que emana certa da coisa julgada. A responsabilidade do empregador não resulta, portanto, da identidade física do causador do dano, mas, sim, de um fato integrante da coisa julgada. Ora, se a sentença penal reconhece o fato, está, conseqüentemente, declarando a responsabilidade do empregador, independentemente da não participação dele no processo criminal, como garantia em favor da vítima.

Urge rever a jurisprudência que nega o direito de a vítima executar o empregador do réu condenado, para melhor aproveitamento da energia da coisa julgada criminal. Fosse permitido aconselhar, sugeriria às vítimas que optassem pelo procedimento ordinário, para fazer com que o empregador respondesse pelos danos do empregado, abrindo mão da execução que se permite, com base nos arts. 568, I e 584, II, do CPC, e 933, III e 933, do CC, de 2002. Faça essa recomendação por considerar melhor escolher o indubitoso, embora mais demorado [como é o procedimento ordinário], do que correr risco de ver a inicial de execução rejeitada por Juiz adepto da inadmissibilidade do aproveitamento da sentença penal condenatória, o que demandaria repetição de atos, consumo de tempo e trabalho, para se chegar ao mesmo lugar. Contudo, caso fosse meu o encargo de decidir sobre a admissibilidade da execução, não hesitaria em aceitá-la, ainda que desafiando a respeitável doutrina oposta, por não visualizar prejuízo para os responsáveis [empregado e empregador] com essa técnica de compor pretensões.

A execução da sentença penal condenatória segue o modelo tradicional, embora o credor [vítima] possa, para apurar o *quantum* devido, fazer uso dos três tipos previstos [memória de cálculo, por arbitramento e por artigos, conforme já exposto no item 2 deste ensaio]. A citação, que não se permitirá realizar na pessoa do advogado, como se faculta para a execução de sentença civil [art. 603, § único, do CPP], garante a plenitude do exercício do contraditório ao réu [empregado] e empregador. Assim, existindo em favor do empregador alguma causa excludente, suspensiva ou modificativa do direito deduzido pela vítima, poderá ele suscitar a matéria por intermédio dos embargos do devedor [art. 741, VI, do CPC], efetivamente um meio legítimo de oposição e que garante o cumprimento do art. 5º, LV, da CF. Onde situar o prejuízo para negar à vítima a fórmula mais célere e dinâmica para reconstruir seu patrimônio? A leitura de LALOU sugere tradução nesse sentido, quando ressalva a possibilidade de ser rediscutida a matéria, renovando-se os debates sobre a responsabilização do empregador, por culpa do preposto, ainda que não fizesse a vítima uso da competência que o art. 74, do Código Penal francês, concede ao Juízo Criminal para decidir sobre a obrigação

⁵² Das modalidades de obrigações [dissertação], p. 30.

⁵³ Regras de Direito, p. 292.

de indenizar: “son droit de se défendre serait méconnu à moins qu’on ait la prétention de soutenir que les débats pourront être rouverts et la discussion recommencée”.⁵⁴

A objetivação da responsabilidade, novidade do CC, de 2002, atende a uma justa reivindicação social, devido a sua utilidade como solução para os danos injustos decorrentes de atividades lucrativas desenvolvidas com risco. O empregador, que lucra com os negócios que são realizados pelos seus prepostos, obriga-se, pelo simples vínculo empregatício que lhe favorece, a responder aos danos das vítimas atingidas por culpa dos empregados. Ora, se a ciência processual não se moderniza, ampliando os horizontes para recepcionar essas tendências contemporâneas, cria um descompasso entre o direito que se quer aplicar e a justiça que o processo concretiza, proporcionando um abismo que, na prática, somente agrava a situação da vítima. Decorre que, estando garantido o direito de defesa ao empregador, é juridicamente defensável a idéia de se incluir o empregador no título executivo formado pela sentença criminal, diante do fenômeno objetivação da responsabilidade civil.

Em não se modificando a jurisprudência dominante, embora restritiva, a sentença condenatória permanece inaproveitável no Juízo Cível, embora o fato produtor da obrigação do empregador esteja declarado por uma autoridade pública, o que não deixa de constituir um desperdício. Incluir o empregador no dispositivo condenatório é, por enquanto, impossível, argumento que serve para afastar qualquer projeto de criar um novo modelo de sentença que penaliza a pessoa jurídica. Oxalá vingue o Anteprojeto de Código de Processo Penal, elaborado por JOSÉ FREDERICO MARQUES, que, de forma dinâmica, permite a execução da sentença contra o réu condenado e o responsável civil, tendo merecido o seguinte comentário de MONIZ DE ARAGÃO: “Esta franquia (inclusão do responsável) é acertada, pois o civilmente responsável nem sempre participa do processo criminal, o que não sucede, é óbvio, com o réu condenado”.⁵⁵ Essa parte do anteprojeto que foi publicado no DOU de 29.6.1970, foi festejada pelo preclaro JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, considerando “interessante a inovação”, porque se permite ao terceiro apontado como responsável civil pela reparação, discutir a sua responsabilidade [art. 804, II], o que permitirá, se assim o desejar, intervir no próprio processo crime, coadjuvando a defesa do acusado.⁵⁶

Por que, cabe indagar, esperar o novo CPP, para consagrar a proposta? Certamente quando se promulgar a lei nova, permitindo a inclusão do responsável civil na liquidação da sentença criminal condenatória, a doutrina vergar-se-á diante da norma legitimadora. Será que não estamos sacrificando expectativas legítimas por comodidade? É de se convir que a demora legislativa inspira a jurisprudência que precede a lei.

5 DESENCONTROS DAS JURISDIÇÕES: COMO RESOLVER?

São naturais os desencontros quando as jurisdições se exercem concomitantemente. O art. 935, do CC, ao dispor sobre a independência do juízo cível, interpreta-se conjuntamente com os outros dispositivos [os arts. 64, § único, do CPP, e 110, 174, 265, IV, “a”, e 256, § 5º, do CPC], o que autoriza concluir que somente é permitido suspender o curso da ação de reparação de danos pelo prazo de um ano, para que, nesse interregno, se lavre a sentença criminal. Não se autoriza suspendê-lo por prazo superior a um ano, sob pena de ofensa a esse conjunto de disposições reguladoras.

O único critério lógico e confiável para o Juiz do Cível encarregado de decidir se

⁵⁴ HENRI LALOU, *La responsabilité civile*, p. 505, § 1092.

⁵⁵ Da reparação do dano causado pelo crime, RT 424/14.

⁵⁶ A sentença penal como título executório civil, in *Revista de Direito Penal*, 4, p. 50.

continua ou suspende o curso da ação de reparação de danos, é o da verossimilhança da acusação criminal, porque, sem proceder a esse exame, não se poderá aferir a presença dos requisitos “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”, que são modelares para esse tipo de decisão incidental. Convencendo-se da inexistência de probabilidade de decisões conflitantes, deverá prosseguir para julgar o pedido de indenização formulado pela vítima, ainda que com risco de laborar em erro devido ao precoce diagnóstico. Ocorrendo dúvida fundada, deverá suspender por um ano a tramitação do processo civil, de preferência depois de encerrada a instrução probatória, uma maneira de retomar o andamento com celeridade, ou seja, na fase do julgamento. O Juiz não deve se esquecer do art. 125, II, do CPC, norma que o obriga a “velar pela rápida solução do litígio”.

Pode acontecer que o Juiz do Cível prossiga e julgue procedente a ação de indenização, determinando que o réu, que é processado criminalmente pelo mesmo fato, satisfaça os danos. Porém, sobrevém decisão criminal definitiva de absolvição, por legítima defesa própria. Nesse caso, é preciso distinguir a fase em que se encontra a ação civil, quando projetada a resolução criminal. Encontrando-se a sentença civil em fase de execução, cabe ao réu absolvido intervir no Juízo da execução e, exibindo a coisa julgada criminal, reclamar que a respeite, com a conseqüente extinção do processo civil. Isso é possível de se realizar em qualquer fase, na forma do art. 462, do CPC, que é claro em admitir a função benévola do fato superveniente. Portanto, até a arrematação dos bens penhorados, será permitido ao Juiz do Cível declarar a insubsistência da sentença que manda reparar os danos, quando a absolvição criminal for motivada por circunstâncias que excluam a ilicitude. Não teria sentido apoiar-se em formalidades para sustentar a coisa julgada cível, nem mesmo o direito adquirido [art. 5º, XXXVI, da CF], porque a execução não se concluiu.

Essa possibilidade coexiste com o instituto da revisão criminal, mecanismo de desconstituição da sentença penal condenatória [arts. 621 e 622, do CPP], “que pode ser requerida a qualquer tempo, embora vedada a reiteração, salvo se baseada em novas provas ou fundamentos”⁵⁷. Em sendo revista a sentença com tempo hábil para repercutir no Juízo Cível, vale o que por último se decidiu na jurisdição criminal, desde que o teor do julgado exclua o direito de danos. Poderá, inclusive, ser ajuizada ação rescisória do julgado cível, com base no art. 485, VII, do CPC, o que é admitido pelo STJ, conforme anotou THEOTONIO NEGRÃO em seu indispensável “Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor”, 34ª edição, Saraiva, 2003, notas 32ª ao art. 485, VII, p. 510.

Ocorrendo a absolvição criminal, pelo sistema tradicional ou pela revisão, depois que a execução civil se encerrou de forma produtiva, com a satisfação do direito da vítima, a situação resolve-se de outra maneira. Seria possível, para contornar esse desfecho incoerente [o de o réu absolvido, por legítima defesa própria, ter indenizado a vítima, quando não era obrigado a isso], cogitar da repetição do indébito [art. 876, do CC] e ou do enriquecimento sem causa [art. 884, do CC], como mecanismos de força para que se opere o reembolso do que se pagou?

As ações capituladas nos dispositivos citados possuem, em comum, um requisito que não se diz presente na hipótese comentada, qual seja, a falta de justa causa para a restituição. Quando a vítima foi indenizada, pelo Juízo Civil, isso aconteceu devido a existir uma sentença condenatória que desejava, como expressão do Direito, esse resultado. A vítima não agiu contra a lei ou a ordem ao obter a satisfação, pelo que não se poderá obrigá-la a restituir. Não se caracterizou recebimento indevido ou enriquecimento ilícito. Essa dura

⁵⁷ JOSÉ DE AGUIAR DIAS, Como se advoga no STF, p. 182.

conclusão, que tanto incomoda o sentimento de Justiça, deve servir para que os juízes civis não encerrem as execuções enquanto pendente o processo criminal que poderá produzir esse clima de perplexidade e de impotência jurídica, como o de que nada pode ser feito para resguardar o direito do réu absolvido.

Esse problema resolve-se apelando para o art. 574, do CPC, que introduziu um tipo de responsabilidade objetiva, no âmbito do processo civil: “O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução”. Esse dispositivo tanto se aplica às execuções provisórias, como às definitivas, esclareceu DONALDO ARMELIN⁵⁸, o que conduziu ARAKEN DE ASSIS a afirmar, com critério, que a eliminação do efeito civil da sentença penal condenatória, pela revisão que absolve o réu, faz desaparecer a obrigação de reparar o dano, conforme disposto no art. 91, I, do CP, fazendo surgir “o dever de o exequente indenizar o antigo condenado”.⁵⁹

A execução forçada é uma providência agressiva, embora admitida pelo sistema jurídico. O expropriar bens para que, mediante venda judicial, se faça dinheiro para pagar ao credor, somente se autoriza com títulos executivos expressivos da verdade obrigacional. Aquele que persevera a satisfação dos danos sem a certeza absoluta da reprovação da conduta pelo Juízo Criminal, não teme os perigos das armadilhas que a pressa sempre prepara aos afoitos e, conseqüentemente, submete-se, pelo risco assumido, aos efeitos da inversão de resultados. Jurídico, pois, que se obriga, com base no art. 574, a indenizar o réu absolvido, restituindo o valor que recebeu na execução.

Em situação inversa, ou seja, quando o Juízo Civil julgou improcedente a ação de indenização, por danos decorrentes de um delito, considerando não provada a culpa do agente e, posteriormente, sobrevém a decisão condenatória do Juízo Criminal? AURELIANO DE GUSMÃO afirmou, antes do advento do CP, do CPP e do CPC, de 1973, que, nessa hipótese, não há o que fazer em benefício da vítima: “semelhante decisão do juízo criminal [a condenatória] não reagirá, nem produzirá efeito algum quanto à decisão do juízo civil, que conserva toda a sua força: haverá, no caso, um direito adquirido contra o qual o julgamento criminal é impotente e como se não existisse”.⁶⁰ Forçoso admitir, porém, que, no atual contexto jurídico, a decisão criminal em sentido oposto ao julgado cível autoriza a ação rescisória [art. 485, VII, do CPC], o que permitirá a responsabilização civil do réu culpado. Da mesma forma que se admite o inverso [que a sentença de absolvição posterior rescinda a sentença civil condenatória, por ser documento novo], igualmente é aceitável a superposição do efeito condenatório para, desde que em tempo, garantir o direito de indenização.

Precluso o direito da rescisória, essa sentença posterior perde o seu poder de rescindibilidade da sentença civil, o que nos encaminha a endossar a lição GUSMÃO já citada, que, nesse particular, conta com o reforço de JOSÉ IGNÁCIO BOTELHO DE MESQUITA, igualmente Mestre das Arcadas, no sentido de que a sentença penal condenatória não se sobrepõe à coisa julgada cível, de sorte, que se a vítima insistisse e ajuizasse a execução, o réu condenado suscitaria, em embargos, a inexigibilidade do título [art. 741, II, do CPC].⁶¹ Vitória da coisa jurídica imutável e da segurança jurídica do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal.

⁵⁸ Responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil, in “Processo Civil”, p. 104.

⁵⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, VI, p. 86. Igual enunciado foi declarado pelo digno Desembargador gaúcho em outra obra de igual magnitude [Eficácia civil da sentença penal, p. 171].

⁶⁰ Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional, p. 97.

⁶¹ “Da autoridade civil da coisa julgada penal”, in *A coisa julgada*, p. 60.

O Direito é um grande exército que luta pela Justiça e, invariavelmente, perde batalhas. A aliança das jurisdições é uma estratégia vantajosa para a busca da paz, embora com algumas baixas. É esse o preço a pagar pela independência prevista no art. 935, do CC.

RIASSUNTO:

L'obiettivo del presente saggio è confermare che la scienza giuridica non perde l'armonia quando permette la convivenza della giurisdizione civile e della penale, esattamente perché quando si elabora questo modello di duplici attributo per giudicare lo stesso fatto, per diversi giudizi, sono state scelte delle direttrici obiettive che hanno eliminato la confusione oppure l'impatto delle sentenze contraddittorie; alla fine, la conclusione a cui si deve arrivare è quella di che l'ordine giuridica ha assunto il rischio calcolato di dover pagare qualche conseguenza amara per eventuale incoerenza isolata dalla dualità di giurisdizione, dovuto alla convinzione che conviene sfidare la fortuna per la certezza di che l'attuazione congiunta dei giudici criminalisti e civilisti, per quanto riguarda la responsabilità civile, rappresenta una forte strategia nel combattimento dell'illecito che tormenta la pace sociale.⁶²

Paroli-chiave: *giurisdizione civile e penale – indipendenza – interdipendenza – effetti processuali – conflitto di giurisdizione.*

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jorge Luiz de. *Influência da jurisdição penal sobre a civil*. RT 523. Maio de 1979.

ALSINA, Jorge Bustamante. *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. Abeledo-Perrot. 1973.

ALVES, João Luiz. *Código Civil Anotado*. Rio de Janeiro: F. Briguiet. 1917.

ARAGÃO, E. D. Moniz de. *Da reparação do dano causado pelo crime*. RT 424. Fevereiro de 1971.

ARMELIN, Donaldo. “Responsabilidade objetiva no Código de Processo Civil”, *in Processo Civil – evolução 20 anos de vigência*, obra coletiva coordenada por José Rogério Cruz e Tucci. Saraiva. 1995.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. VI. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

_____ *Eficácia civil da sentença penal*. RT. 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Conceito, identificação e conexão de causas no direito processual civil*, tese. São Paulo. 1967.

BANDEIRA DE MELLO, Lydio Machado. *Crime e exclusão da criminalidade*. Belo Horizonte: Ed. Bernardo Álvares. 1962.

BERNARD, Jean. *Esperanças e Sabedoria da Medicina* [tradução de Roberto Leal Ferreira]. São Paulo: Unesp. 1997.

BRIZ, Jaime Santos. *La responsabilidad civil*. Madrid: Montecorvo S.A. 1973.

⁶² Tradução de Cláudia Piccolo.

CÂMARA LEAL, Antônio Luiz da. *Dos efeitos civis do julgamento criminal*. São Paulo: Livraria Acadêmica – Saraiva & Cia. 1930.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoría del falso y El daño y el delito* [trad. De María Victoria Suárez]. Buenos Aires: Librería El Foro. 2004.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros. 2004.

_____. *Comentários ao novo Código Civil* [em parceria com Carlos Alberto Menezes Direito]. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil, vol. III – Responsabilidade Civil*. São Paulo: RT. 1985.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale Civile*. Nápoles: Editrice N. Jovene E.C. 1923.

COGLIOLO, Pietro. *Filosofia del Diritto Privato*. Firenze: G Barbèra, editore. 1888.

COSTA, José da Silva. *Estudo theorico e pratico sobre a satisfação do damno causado pelo delicto*. Rio de Janeiro: Typ. Perseverança. 1878.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina. 1979.

DIAS, José de Aguiar. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense. 1983.

_____. *Como se advoga no Supremo Tribunal Federal*. RJ. Ed. Rio. 1977.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil* [vol. IV]. São Paulo: Malheiros. 2004.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Rio de Janeiro: Ed. Rio. 1976.

ESTEVILL, Luis Pascual. *Derecho de daños*. Barcelona: Bosch. 1995.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. “Absolvição criminal por negativa de existência ou de autoria do fato: limites de sua influência sobre o juízo civil”. *Ajuris*, 55. 1992.

FALCÃO, Joaquim. *Os Advogados*. Recife: Massangana. 1984.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Regras de Direito*. Rio de Janeiro: Garnier. 1882.

GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Jurídica. 1970.

GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso* [III]. Buenos Aires: EJE. 1961.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. Saraiva. 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad. 1957.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da Ação Penal*. São Paulo José Bushatsky. 1977.

_____. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. RT. 1978.

GUSMÃO, Aureliano. *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Acadêmica-Saraiva. 1922.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*, vol. 1º. Saraiva. 1999.

- JORGE, Fernando Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina. 1999.
- JOSSERAND, Louis. *Derecho Cívil* [trad. De Santiago Cunchillos Y Manterola]. Buenos Aires: EJEA. 1950.
- LALOU, Henri. *La responsabilité civile*. Paris. Dalloz. 1932.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. Saraiva: 1968.
- LYRA, Afrânio. *Responsabilidade civil*. Bahia: 1977.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas. Millennium. 2000.
- MAZEUAD, Henry. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: EJE. 1977.
- MAZEAUD, Leon. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: EJE. 1977.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obrigatorias*, trad. De Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch. 1995.
- MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. *Comentários ao novo Código Civil* [em parceria com Sérgio Cavalieri Filho]. Rio de Janeiro: Forense. 2004.
- MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *A coisa julgada*. Forense. 2004.
- MIRANDA, Pontes. *Manual do Código Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro. 1927.
- MONTEIRO, João. *Teoria do processo civil*. Rio de Janeiro: Borsoi. 1956.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Das modalidades de obrigações* [dissertação]. São Paulo: 1959.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O Juiz e a cultura da transgressão”, in *Temas de Direito Processual – sétima série*. Saraiva. 2001.
- _____. “Apontamentos para um estudo sobre a reparação do dano causado pelo crime e os meios de promovê-la em Juízo”, in *Temas de Direito Processual Civil – segunda série*. Saraiva. 1980.
- _____. “A sentença penal como título executório civil”, in *Revista de Direito Penal* n. 4. Rio de Janeiro: Borsoi. Outubro/dezembro de 1971.
- MOTTA FILHO, Cândido. *Do estado de necessidade*. São Paulo: RT. 1938.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor*. Saraiva. 2003.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações [vol. 1]*. Saraiva. 2003.
- PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luiz Díez. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas. 1999.
- PIMENTEL, Mendes F. Excerto de parecer “Influência da decisão penal absolutória na instância civil da reparação de danos”. *Revista Forense* n. 31. Belo Horizonte: Imprensa Oficial. Janeiro a julho de 1919.
- ROSAS, Roberto. “Responsabilidade civil e criminal”, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 65. 1981.

SANTOS, J.M. de Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1938.

SEBASTIÃO, Jurandir. *Responsabilidade médica: civil, criminal e ética*. Belo Horizonte. 3ª Edição Del Rey. 2003.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil*. São Paulo: RT. 2004.

TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: EJEA. 1977.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina. 1973.

VAMPRÉ, Spencer. “*Commentario: dos efeitos das sentenças criminaes no juízo civil*”. RT 36. 1920.

VECCHIO, Giorgio Del. “Apostila sobre o ressarcimento do dano em relação à pena”, in *A Justiça*, tradução portuguesa. Saraiva. 1960.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil – Responsabilidade Civil*. São Paulo: Atlas. 2004.

VERGARA, Pedro. *Da liberdade civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1940.

VISINTINI, Giovanna. *Tratado de la responsabilidad civil* [trad. De Aída Kemelmajer de Carlucci]. Buenos Aires: Astrea. 1999.

VON THUR, Andreas. *Derecho Civil [teoria general]*. Tradução de Tito Ravà. Buenos Aires. Depalma: 1948.



EFETIVIDADE DA TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE: A BUSCA DO “PONTO DE EQUILÍBRIO” EM DIREITO PENAL AMBIENTAL¹

Lélio Braga Calhau*

RESUMO

Pretende-se, neste artigo, mostrar a possibilidade (e dever funcional) que o Ministério Público e a Magistratura têm para dar efetividade às leis ambientais, em atuação que conciliem, o quanto necessário, os princípios do Direito Penal e do Direito Ambiental, afastando eventuais conflitos legais formais ou aparentes, para que a tutela ambiental não seja postergada, dando cumprimento ao mandamento Constitucional e atendendo os anseios da humanidade como um todo, para assegurar sadia qualidade de vida às gerações presentes e futuras.

Palavras-chaves: Efetividade. conflito. Direito Penal Ambiental. Razoabilidade. Interpretação da norma penal ambiental.

SUMÁRIO:

1 Notas introdutórias. 2 Direito Penal ambiental: um modelo cheio de contradições. 3 A efetividade na tutela penal ambiental: a busca pelo ponto de equilíbrio. 4 Crime ambiental e Juizado Especial Criminal. 5 Conclusões. 6 Referências.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O meio ambiente, bem jurídico tutelado constitucionalmente², enfrenta hoje uma importante discussão sobre a efetividade³ da sua proteção jurídica, seja ela: civil, administrativa ou penal.

Segundo Ulrich Beck, a natureza já não pode ser pensada *sem* a sociedade e a sociedade já não pode ser pensada *sem* a natureza. As teorias sociais do século XIX (e também sua modificação no século XX) pensaram a natureza essencialmente como algo dado, destinado a se submeter, para tanto, como algo contraposto, estranho, como *não-social*.⁴

O dano e o impacto ambiental se desenvolvem de forma paulatina, destruindo os

* - O autor é Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Penal pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (RJ). Conselheiro do ICP Instituto de Ciências Penais do Estado de Minas Gerais. Professor de Direito Penal da UNIVALE - Universidade Vale do Rio Doce.

¹ Tese apresentada e aprovada por unanimidade no II Congresso Nacional do Ministério Público e da Magistratura para o Meio Ambiente, realizado em Araxá (MG), de 1º a 3 de setembro de 2004, pela ABRAMPA - Associação Brasileira do Ministério Público de Meio Ambiente.

² Artigo 225 da Constituição Federal de 1988- Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³ Segundo o Dicionário Eletrônico Aurélio o significado de efetividade provém de [De efetivo + -(i) dade.]. Substantivo feminino. 1. Qualidade de efetivo; 2. Atividade real; resultado verdadeiro; 3. Realidade, existência.

⁴ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona, Paidós, 1998, p. 89.

ecossistemas, as relações estabelecidas entre as espécies, a biodiversidade e todo o equilíbrio natural da biota. Por outro lado, a extensão desses danos consegue alcançar o complexo de relações humanas e os conhecimentos ancestrais, e até mesmo as práticas cotidianas. Assim, em razão dos impactos ambientais causados de maneira antrópica, surgem as vítimas, desde o cidadão atingido pelo acidente, passando-se pela localidade, regionalidade a até mesmo pelo país como um todo, no caso de um acidente de grandes proporções.⁵

O direito ambiental surge como resposta à necessidade, cada vez mais sentida, de pôr um freio à devastação do ambiente em escala planetária, embalada por duas ideologias – a do progresso, derivada do racionalismo iluminista, e a do *desenvolvimento econômico*, concebida no chamado Primeiro Mundo –, ambas arrimadas na concepção mecanicista da ciência, a qual, mercê dos êxitos tecnológicos que propiciou, mudou rapidamente a compreensão e a mesma face do mundo.⁶ Nesse contexto, cobra especial relevância a eleição dos mecanismos institucionais a pôr em marcha e que possibilitem a adoção de um modelo sustentável de desenvolvimento.⁷

Em entrevista recente, Antonio Herman Benjamim, um dos precursores do Direito Ambiental no Brasil, ao ser indagado sobre a efetividade das leis ambientais no Brasil, assim respondeu: “Essa efetividade ainda é vaga. A lei é boa, mas sua aplicação é ruim. Precisamos criar mecanismos que propiciem uma boa aplicação da lei e o fortalecimento das instituições que têm responsabilidade”.⁸

O problema é agravado pela ainda existente falta de identidade do Direito Penal Ambiental e da inexistência de uma jurisprudência consolidada sob a égide da Lei 9605/98, sendo que a maioria dos delitos ambientais tramita pelos juizados especiais criminais e suas respectivas turmas recursais.

Nesse contexto, verificamos, ainda, a lamentável *falta de compromisso ambiental* por parte de alguns aplicadores do direito (juízes, promotores, advogados, policiais etc) que tratam das questões ambientais com a visão privatística do século XIX, gerando decisões inócuas que refletem uma legislação penal ambiental já confusa.

Tal fato, não é novidade no universo jurídico brasileiro, pois temos como exemplo próximo a Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), que ao ser sancionado encheu a população de esperança que o histórico de violência no trânsito brasileiro seria amenizado. Os caminhos traçados pelo Poder Judiciário⁹ (e em específico pelo Supremo Tribunal Federal) esvaziaram a aplicação das poucas normas penais incriminadoras de trânsito e acabaram quase que totalmente com a efetividade penal daquela lei.¹⁰

⁵ CARRERA, Francisco. *Vitimologia e meio ambiente – o planeta Terra em xeque – as infrações ambientais, o dano e o abuso de poder in Vitimologia no terceiro milênio*. Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 78.

⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Do direito ambiental – reflexões sobre seu sentido e aplicação*. Revista de Direito Ambiental, 19, ano 5, São Paulo, RT, julho-setembro de 2000, p. 54-55.

⁷ SABSAY, Daniel Alberto. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. Revista de Direito Ambiental, 22, São Paulo, RT, abril-junho de 2001, p. 38.

⁸ BENJAMIN, Antonio Herman. *Temos uma das mais completas leis ambientais do mundo. Mas a aplicação não é plena*. Jornal da ABRAMPA. Belo Horizonte, ano 1, julho de 2004, p. 5.

⁹ Nesse sentido, temos o coerente registro de Antonio Herman Benjamim: “O Judiciário brasileiro, de maneira geral, tem sido sensível às questões ambientais. Claro que é um processo longo de conscientização dos juízes e tribunais. O conflito ambiental, muitas vezes, põe em xeque paradigmas jurídicos consolidados no país há centenas de anos. Não devemos, portanto, esperar que os juízes se desfaçam de amarras e preceitos ultrapassados sem o auxílio de cursos de atualização e especialização nos temas ambientais. Todos nós, especialistas em Direito Ambiental, temos, assim, uma certa parcela de responsabilidade quando a lei é mal aplicada ou mal compreendida pelo juiz, pouco familiarizado com ela.” BENJAMIN, op. cit., p. 5.

¹⁰ Em que pesem os entendimentos adotados (alguns não são seguidos nem pelas cortes constitucionais de países de primeiro mundo), o país ficou claramente no prejuízo. Nunca se feriu ou matou tanto no trânsito como agora. Ora embriagados, ora envolvidos em *rachas*, o desprezo pela vida humana quase sempre termina com o pagamento de cestas-básicas na Justiça Criminal. A proporcionalidade (tão apreçoada pelos minimalistas) passa longe quando tratamos de trânsito e meio ambiente no Brasil.

A dificuldade de se encontrar e desenvolver um *ponto de equilíbrio*, verdadeiro divisor dos interesses que existem entre a proteção dos direitos individuais e o da coletividade, talvez, seja um dos maiores causadores dessa falta de efetividade na aplicação da tutela penal ambiental no Brasil.

2 DIREITO PENAL AMBIENTAL: UM MODELO CHEIO DE CONTRADIÇÕES

A conhecida incapacidade do Direito Administrativo e do Direito Civil de lidarem satisfatoriamente com o problema da degradação ambiental acabou provocando o incremento da tutela penal ambiental nas últimas décadas em vários países.

Muito embora deva ficar com o Direito Administrativo a maior parcela de responsabilidade do meio ambiente, verdade é que bem jurídico de tamanha envergadura não pode, muitas vezes, prescindir da proteção do Direito Penal. Deve este, é óbvio, ser utilizado minimamente, observado o princípio da intervenção mínima, mas não se poderá jamais prescindir do uso da lei penal, quando se sentir não bastar a sanção administrativa para a evitação de resultados extremamente danosos para a natureza.¹¹

A imposição de sanções administrativas e civis quando houvesse violação da legislação ambiental vinham se revelando, de certa forma, eficientes para os casos em concreto, mas insuficientes para desacelerar o processo de degradação ambiental. Condutas comprovadamente lesivas ao ambiente nem sempre encontravam adequação típica, e quando isso ocorria, na maioria das vezes caracterizava simples contravenção, em especial quando o objeto jurídico era a flora.¹² A experiência brasileira mostra uma omissão enorme da Administração Pública na imposição de sanções administrativas diante das agressões ambientais.¹³ São comuns os casos de prefeitos nas cidades pequenas que se omitem de aplicar o Código Florestal na zona urbana, ora negligenciando a fiscalização, ora incentivando as pessoas a esgotarem os recursos ambientais em troca de apoio político.

No tocante específico do *Direito Penal Ambiental*, o que se constata é que o mesmo vive de forma permanente um constante atrito entre princípios do Direito Penal e do Direito Ambiental. A criminalização¹⁴ das infrações ambientais cresceu na década de 70 e 80. Isso ocorreu em diversos países, fruto de pressões dos movimentos sociais. Segundo Elena Larrauri a partir de então o que se observa com desânimo é a facilidade com que os movimentos progressistas recorrem ao direito penal. Grupos de direitos humanos, anti-raciais, ecologistas, de mulheres, trabalhadores, reclamavam a introdução de novos tipos penais: movimentos feministas chegam a exigir a introdução de novos delitos e maiores penas para os crimes contra as mulheres; os ecologistas reivindicam a criação de novos tipos penais e a aplicação dos existentes para proteger o meio ambiente etc.¹⁵

Ensina Eladio Lecey que o Direito Ambiental Penal¹⁶ incrimina não apenas o colocar em risco a vida, a saúde dos indivíduos e a perpetuação da espécie humana, mas o atentar contra a própria natureza, bem que, por si mesmo, deve ser preservado e objeto de tutela, pelo

¹¹ PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais – 2ª ed.* São Paulo, RT, 1999, p. 215.

¹² BUGALHO, Nelson Roberto. *Crime de poluição, do artigo 54 da Lei 9.605/98.* Revista de Direito Ambiental, 11, ano 3, São Paulo, RT, julho-setembro de 1998, p. 15.

¹³ MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 10ª ed, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 651.

¹⁴ Alguns desses princípios em tese manifestam interesses antagonônicos. Podemos citar o exemplo do princípio ambiental da precaução e seu antagonismo com o princípio penal da insignificância.

¹⁵ LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica.* Ciudad de Mexico, Siglo Veintiuno editores, 1992, p. 217.

¹⁶ O autor prefere a expressão Direito Penal Ambiental à de Direito Penal Ambiental, demonstrando, mais uma vez, um viés ambientalista em seu raciocínio jurídico.

que representa às gerações presentes e futuras.¹⁷ A partir desta preocupante realidade e do reconhecimento de que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito fundamental do homem e essencial para sua sadia qualidade de vida, o legislador lança mão da *ultima ratio*, convocando o Direito Penal para buscar dar efetividade à sua proteção.¹⁸

Essas incoerências e falhas não são características específicas da tutela penal ambiental no Brasil. O que se vê é a mesma coisa em outras legislações. É esse o comentário sobre a tutela penal ambiental na França de M. J. Littmann-Martin: “Multiplicidade de incriminações e incoerências freqüentes das sanções são traços distintivos desse direito repressivo heterogêneo. Ao que se acresce, ainda, um particularismo desfavorável aos delinqüentes ecológicos e um papel específico reconhecido às associações de proteção da natureza”.¹⁹

Algumas características do Direito Penal Ambiental os distanciam claramente do modelo do Direito Penal Clássico. São elas: existência de um número elevado de normas penais incriminadoras com elementos normativos do tipo, utilização costumeira dos crimes de perigo (abstrato²⁰ ou concreto), etc. Todavia, o simples fato das características comuns do Direito Penal Ambiental se afastarem do modelo clássico, não o caracteriza por si como inconstitucional, desnecessário ou abusivo. A proximidade com as ciências biológicas e a necessidade permanente de socorro a conceitos científicos e técnicos não torna por si só o Direito Penal Ambiental um *modelo desviado* do Direito Penal comum.

A tendência da moderna ciência penal é voltada para conceber o crime ecológico como crime de perigo.²¹ Obtém-se dessa forma a confortadora perspectiva de avançar a fronteira protetora de bens e valores, mercedores de especial tutela. De um ponto de vista político-criminal, portanto, o recurso aos crimes de perigo permite realizar conjuntamente finalidades de repressão e prevenção, sendo certo que o progresso da vida moderna está aumentando em demasia as oportunidades de perigo comum, não estando a sociedade em condições de refrear certas atividades perigosas, tidas como essenciais do desenvolvimento que se processa. Em tal contexto, torna-se evidente que uma técnica normativa assentada na incriminação do perigo é mais adequada a enfrentar as ameaças múltiplas trazidas de muitas partes e por meios estranhos ao sistema ecológico.²²

3 A EFETIVIDADE NA TUTELA PENAL AMBIENTAL: A BUSCA PELO PONTO DE EQUILÍBRIO

A falta de efetividade da tutela penal ambiental possui diversas causas. A insuficiente técnica legislativa, descaso ou falta de compromisso ambiental de alguns aplicadores do direito, pouca clareza e certeza sobre limites de um grande número de conceitos indeterminados²³ são apenas alguns dos pontos que podemos citar inicialmente.

¹⁷ LECEY, Eladio. *Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os Juizados Especiais Criminais*. Revista de Direito Ambiental, 15, ano 4, São Paulo, RT, julho-setembro de 1999, p. 11.

¹⁸ SÍCOLI, José Carlos Meloni. *A tutela penal do meio ambiente*. Revista de Direito Penal Ambiental 9, ano 3, São Paulo, RT, janeiro-março de 1998, p. 131.

¹⁹ LITTMANN-MARTIN, M.J. *A proteção penal do ambiente no direito francês*. Tradução de Luiz Régis Prado. Revista de Direito Ambiental, 5, ano 2, São Paulo, RT, janeiro-março de 1997, p.43.

²⁰ Em recente seminário no Brasil, em Porto Alegre, no mês de abril de 2003, o penalista alemão Gunther Jakobs defendeu a plena constitucionalidade dos delitos de perigo abstrato.

²¹ MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal Ambiental – comentários à lei 9605/98*. Campinas, Millennium, 2002, p. 1.

²² MILARÉ; COSTA JÚNIOR, p.1.

²³ Ex: o conceito de floresta.

Márcia Elayne Berbich de Moraes, crítica a in(eficiência) do Direito Penal moderno para a tutela do meio ambiente, analisando aspectos da Lei 9605/98, conclui que: a) a seleção processual penal dos crimes ambientais reflete o caráter simbólico da Lei 9605/98, uma vez que não demonstra estar responsabilizando os verdadeiros poluidores e apenas estar atingindo determinados segmentos da população; b) esse tipo de seleção desvirtua o Direito Penal para uma função educativa ou coercitiva, transformando-o num instrumento funcionalista; c) existe uma “capa protetora” ou “fator de invisibilidade” que é negociado com as empresas potencialmente poluidoras junto ao Estado, no sentido de permissão para poluir, uma vez que a atual situação de nosso ecossistema demonstra sério desequilíbrio, deixando ainda mais evidente a “irresponsabilidade organizada” do Estado; d) a situação agrava-se com a dificuldade frente ao envolvimento científico que a solução do problema acarreta, uma vez que é necessário um verdadeiro “domínio do saber” para se conseguir o estabelecimento de novos critérios de licenciamento ambiental.²⁴

O respeito absoluto aos direitos fundamentais do cidadão não pode servir de escudo para a prática de crimes. A postura radical de alguns minimalistas que, mesmo frente a fenômenos como o crime organizado, lavagem de capitais, corrupção no poder público etc, ainda tentam impedir a criação de leis para o controle dessas manifestações mais específicas da criminalidade, reflete uma posição extremamente conservadora, inclusive, recebendo suas idéias pouco apoio junto ao Poder Legislativo. Alguns penalistas querem que o controle da criminalidade seja realizado como em 1789, o que se revela totalmente ineficaz e impróprio para a sociedade atual.

A existência de um modelo efetivo de *Direito Penal Ambiental* não revela um rompimento com o Direito Penal clássico, mas, apenas, uma adequação da tutela penal em uma área que anteriormente não atuava. Negar a necessidade da utilização das normas penais no controle da criminalidade ambiental é uma postura inócua, reacionária e que só interessa aos infratores contumazes²⁵ (em muitos casos aliados ao poder econômico e político).

Entretanto, tal utilização não pode descambar para o abuso. Mesmo sendo utilizado na proteção penal ambiental, não pode o Direito Penal Ambiental deixar sua característica de *ultima ratio*. Daí a importância de se encontrar um *ponto de equilíbrio* na aplicação do Direito Penal Ambiental.²⁶

Boa parte dos crimes ambientais, assim como aqueles do *colarinho branco*, não chega às instâncias judiciais, pela constante e interdependente negociação entre o Estado e empresas. O argumento habitualmente utilizado, neste caso, é o de que as empresas proporcionam o desenvolvimento sustentável, uma vez que dão empregos; assim, a esfera ambiental deve interagir com o crescimento sócio-econômico sem abrir mão dos benefícios aos cidadãos locais. Isso é refletido nos licenciamentos ambientais.²⁷

Desse modo, quando da ação da polícia na vigilância ou, até mesmo, investigação do crime ambiental, já existe o licenciamento concedido para poluir dentro de critérios técnicos e científicos muito pouco questionados pela mídia ou população em geral. Tal como a negociação que a Polícia faz com determinados tipos de crime e criminosos como o exemplo

²⁴ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei 9605/98)*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 187.

²⁵ Avalia-se que o tráfico de animais é a terceira maior movimentação ilícita do mundo, perdendo apenas para o tráfico de drogas e de armas.

²⁶ Nesse sentido a lição de Rogério Greco: “Não se educa a sociedade através do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade. Quantos mais infrações penais, menores são as possibilidades de serem efetivamente punidas as condutas infratoras, tornando-o ainda mais seletivo e maior a cifra negra. GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Dissertação de Mestrado, UFMG, julho de 2004, p. 16.

²⁷ MORAES, op. cit, p. 187.

do jogo do bicho, os aparelhos de licenciamento ambiental fazem a negociação entre estado e empresas potencialmente poluidoras, mas sempre geradoras de empregos, votos e propulsores da economia em geral.²⁸

4 CRIME AMBIENTAL E JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Um número elevado de crimes ambientais tramita pelos Juizados e Turmas Recursais Criminais. Em sendo enquadrados nas Leis Federais 9.099/95 e 10.259/01, são considerados crimes de pequeno potencial ofensivo, e acabam gerando Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs), e em geral, não se iniciam com inquéritos policiais.

Situação que poderá ser enfrentada com certa freqüência nas infrações ambientais será a de *atos complexos*, cuja apuração demandará investigações minuciosas e que irão requerer maior tempo. Deverá ser aplicado, então, o artigo 77, parágrafo 2º, da Lei dos Juizados Especiais Criminais. Citado dispositivo dispõe que se a complexidade ou circunstâncias do caso não permitirem a formulação das peças existentes ao Juízo Comum, na forma do parágrafo único do artigo 66 da Lei 9099/95. No juízo comum, adotar-se-ão os procedimentos do Código de Processo Penal.²⁹ Isso acaba gerando maior trâmite no procedimento de apuração, pois a *perícia* é fundamental para a avaliação da medida a ser tomada quando da ocorrência do crime ambiental. Não havendo acordo, o feito tramita primeiro pelo juizado especial criminal, é dada baixa no sistema de controle do Poder Judiciário e o mesmo passa a tramitar na justiça criminal ordinária.

O procedimento, em muitos casos, demanda perícia e deveria ser remetido diretamente para a Justiça Comum, para que a mesma fosse produzida e posteriormente apresentada à Justiça, pois, é prejudicial ao acusado ser intimado para a audiência preliminar sem a confirmação (quando necessária) de que houve crime ambiental.

No mesmo sentido, como o Promotor de Justiça pode aplicar as peculiaridades dos artigos 27³⁰ e 28³¹ da Lei 9605/98 sem a realização prévia da perícia apontando o valor do dano ou a medida ambiental a ser adotada? Com relação direta ou não a esse fenômeno, o que se vê é uma enxurrada de arquivamentos neste momento processual, com os famosos *pareceres e sentenças chapinhas*, perfeitamente formais no plano jurídico, mas, desconectados com a realidade ambiental. Diversos promotores e juízes alegam insignificância, política criminal, perdão judicial etc, tudo no intuito de se livrar do processo (digo: problema ambiental), que, para muitos, não seria o caso de se transformarem em processo, pois, entendem, que deveria ser resolvido na seara administrativa. Alguns advogados atuam nos juizados especiais criminais, em sentido contrário ao dos seus princípios. Dificultam sempre que podem o

²⁸ MORAES, op. cit., p. 187-188.

²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal – aspectos práticos da Lei 9099/95*, 3ª ed, São Paulo, Atlas, 1999, p. 130.

³⁰ Artigo 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

³¹ Artigo 28. As disposições do art. 89 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações: I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o § 5º do artigo referido no *caput*, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do § 1º do mesmo artigo; II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no *caput*, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição; III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do § 1º do artigo mencionado no *caput*; IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III; V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

andamento processual do juizado especial criminal, não fazem acordos nunca e incentivam quase sempre seus clientes a não aceitarem a transação penal e suspensão condicional do processo, mesmo quando sabem claramente que o mesmo é culpado, com o intuito de cobrar mais caro, tentando provocar um recurso de apelação posterior, para cobrarem mais honorários ao final.

5 CONCLUSÕES

5.1 O Direito Penal Ambiental é mecanismo de suma importância para a proteção do meio ambiente no Brasil, devendo sua aplicação e interpretação ser integrada à proteção civil e administrativa.

5.2 A criminalização das infrações ambientais mais graves é necessária, mas deve respeitar o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal, devendo ser evitada quando puder ser solucionada na esfera administrativa ou cível.

5.3 O aplicador do direito deve pautar pela efetividade na aplicação das normas penais incriminadoras ambientais, evitando entendimentos que retirem a eficácia das normas do Direito Penal Ambiental. Nesse sentido, o princípio da razoabilidade deve ser aplicado sempre, mas levando também em consideração a necessidade de se preservar o meio ambiente para as gerações futuras.

5.4. Deve, então, o aplicador do direito sempre procurar o *ponto de equilíbrio* na interpretação das normas penais incriminadoras ambientais, evitando interpretações que esvaziem o conteúdo das mesmas.

ABSTRACT

The intention of this article is to show the possibility (and the institutional obligation) that the General Attorney's Office and Judiciary have to give effectivity to the environmental laws, in actions which combine as much as necessary the principles of the Criminal Law and the Environmental Law, banning eventual legal disagreements either formal ou apparent, so that the environmental tutelage won't be delayed, fulfilling the constitutional law and meeting the humanity longings as a whole, to ensure a healthy quality of life to the present and future generations.

Keywords: Effectiveness. Disagreement. Criminal Law. Environmental Criminal Law. Reasanability

6 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Do direito ambiental – reflexões sobre seu sentido e aplicação*. Revista de Direito Ambiental, 19, ano 5, São Paulo, RT, julho-setembro de 2000.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riego – hacia una nueva modernidad*. Tradución de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y Maria Rosa Borrás. Barcelona, Paidós, 1998.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Temos uma das mais completas leis ambientais do mundo. Mas a aplicação não é plena*. Jornal da ABRAMPA. Belo Horizonte, ano 1, julho de 2004.

BUGALHO, Nelson Roberto. *Crime de poluição, do artigo 54 da Lei 9.605/98*. Revista de Direito Ambiental, 11, ano 3, São Paulo, RT, julho-setembro de 1998.

CARRERA, Francisco. *Vítimologia e meio ambiente – o planeta Terra em xeque – as infrações ambientais, o dano e o abuso de poder in Vítimologia no terceiro milênio*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL DA REPÚBLICA BRASILEIRA.

GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal*. Dissertação de Mestrado, UFMG, julho de 2004.

LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. Ciudad de Mexico, Siglo Veintiuno editores, 1992.

LECEY, Eladio. *Novos direitos e juizados especiais. A proteção do meio ambiente e os Juizados Especiais Criminais*. Revista de Direito Ambiental, 15, ano 4, São Paulo, RT, julho-setembro de 1999.

LITTMANN-MARTIN, M.J. *A proteção penal do ambiente no direito francês*. Tradução de Luiz Régis Prado. Revista de Direito Ambiental, 5, ano 2, São Paulo, RT, janeiro-março de 1997.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*, 10^a ed, São Paulo, Malheiros, 2002.

MILARÉ, Édís; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Direito Penal Ambiental – comentários à Lei 9605/98*. Campinas, Millennium, 2002.

MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (in)eficiência do Direito Penal Moderno para a Tutela do meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei 9605/98)*. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio; VAGGIONE, Luiz Fernando. *Juizado Especial Criminal – aspectos práticos da Lei 9099/95*, 3^a ed, São Paulo, Atlas, 1999.

PIERANGELI, José Henrique. *Escritos jurídicos penais – 2^a ed*, São Paulo, RT, 1999.

SABSAY, Daniel Alberto. *La problemática ambiental y del desarrollo sostenible en el marco de la democracia participativa*. Revista de Direito Ambiental, 22, São Paulo, RT, abril-junho de 2001.

SÍCOLI, José Carlos Meloni. *A tutela penal do meio ambiente*. Revista de Direito Penal Ambiental, 9, ano 3, São Paulo, RT, janeiro-março de 1998.



O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO E COMPARADO

Hidemberg Alves da Frota*

RESUMO

Este trabalho esquadrinha o princípio da supremacia do interesse público aos olhos da doutrina e do Direito Positivo Comparado, a fim de atestar sua condição de postulado insculpido no Direito Prescritivo e espreado por todo o ordenamento jurídico.

Palavras-chaves: Supremacia do interesse público. Interesse público primário. Interesse da sociedade. Soberania popular. Direito Comparado.

SUMÁRIO:

Introdução. 1 As espécies de interesse público e a acepção de interesse público adotada. 2 Supremacia do interesse público e interesse geral da sociedade. 3 Supremacia do interesse público e soberania popular. 4 Fundamento do princípio da supremacia do interesse público no Direito Comparado; 4.1 Direito Positivo Interno brasileiro; 4.1.1 Constituição Federal de 1988; 4.1.2 Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; Pacto de San José da Costa Rica); 4.1.3 Lei de Introdução ao Código Civil; 4.1.4 Lei do Processo Administrativo Federal; 4.2 Direito Constitucional Positivo estrangeiro; 4.2.1 Constituição estadunidense, de 1787; 4.2.2 Constituição indiana, de 1950; 4.2.3 Constituição portuguesa, de 1976; 4.2.4 Constituição chilena, de 1980; 4.2.5 Constituição venezuelana, de 1999; 4.2.6 Constituição européia, de 2004; 4.2.7 Constituição italiana, de 1948; 4.2.8 Constituição sul-africana, de 1996; 4.2.9 Constituição alemã, de 1949; 4.2.10 Constituição mexicana, de 1917; 4.2.11 Constituição polonesa, de 1997; 4.2.12 Constituição espanhola, de 1978; 4.2.13 Constituição grega, de 1975; 4.2.14 O Instrumento de Governo, de 1974, no texto reformado em 2000 (Ato Constitucional sueco); 4.2.15 Constituição suíça, de 1999. 5 Conclusão. 6 Referências.

INTRODUÇÃO

À luz do Direito Positivo Comparado, comprova-se, no presente texto, que repousa no interesse geral da sociedade e na soberania popular a essência do princípio da supremacia do interesse público. Este estudo se desenvolve em três etapas. Primeiro, enumeram-se as quatro espécies de interesse público reconhecidas pela Ciência do Direito e se indica o sentido de interesse público acolhido nesta digressão. Depois, examina-se a corrente doutrinária a vislumbrar no princípio da supremacia do interesse público desdobramento do interesse geral da coletividade e da soberania do povo. Por último, corrobora-se o apontado posicionamento dogmático com base na análise tanto de Diplomas Legislativos colhidos do Direito federal pátrio, quanto de quinze Constituições estrangeiras.

* - O autor é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA – Manaus-AM. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais-IBCCrim. Advogado.

1 AS ESPÉCIES DE INTERESSE PÚBLICO E A ACEPTÃO DE INTERESSE PÚBLICO ADOTADA

O *interesse público* é gênero no qual se acomodam quatro espécies: interesses *coletivo, difuso, secundário e primário*. Em linhas breves, expõem-se doravante as quatro modalidades de interesse público.

O *interesse coletivo*¹ alude a interesse peculiar de pessoas “determinadas ou determináveis”², reunidas em “grupo, categoria ou classe”³, concernente à “relação ou vínculo jurídico em comum”⁴ a proporcionar a união e a solidariedade entre seus integrantes, tornando “indivisíveis em seu exercício”⁵ os interesses de que são titulares. Exemplos:

[...] partidos políticos, sindicatos, associações profissionais, consumidores de certos produtos (v.g., reajuste de aposentadoria ou do sistema financeiro de habitação, progressividade da contribuição previdenciária dos funcionários públicos, cobrança abusiva de mensalidade escolar, planos de saúde discriminatórios, irregularidades de consórcios ou de fornecimento de cartões de crédito).⁶ (grifos do autor)

Dentro do gênero dos interesses transindividuais aparecem, em primeiro lugar, os chamados interesses coletivos que, estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria delas, ou seja, são os interesses que são comuns a uma coletividade de pessoas e somente a ela.

Para a caracterização destes pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um *vínculo jurídico* que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.

O que se percebe desde logo é que, embora coletivos, tais interesses têm uma titularidade perfeitamente visível, pois identificada com os membros de um determinado grupo, unidos por um laço jurídico. Neste espectro podemos, então, situar, exemplificativamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, entre outros, como grupos de indivíduos nos quais expressam-se tais interesses.

[...]

O campo do Direito do Trabalho expressa de forma muito clara esta concepção quando das questões de natureza coletiva que envolvem, por exemplo, os integrantes de uma determinada categoria profissional agrupados em torno do sindicato da mesma, ou dos funcionários de uma empresa que temos, e. g., uma realidade sindical tendo por base a empresa, e não a categoria profissional. Em ambas as situações, todavia, os interesses relevando à coletividade terão por limite seja a categoria profissional, seja a inserção funcional das pessoas. Dessa forma, a coletividade de interessados estaria perfeitamente delimitada em ambos os casos pela ligação jurídica de base que une os indivíduos do grupo e limita-lhes a extensão subjetiva. Da mesma forma, temos interesses coletivos quando estivermos perante

¹ Segundo a definição do art. 81, parágrafo único, inc. II, do CDC, interesse coletivo é transindividual, de natureza indivisível, de que é titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Cf. BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2004.

² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 224.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5.

⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Princípios constitucionais reguladores da administração pública. São Paulo: Atlas, 2000, p. 40.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 9.

⁶ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 40.

um grupo de consorciados, uma coletividade reunida em um condomínio, um grupamento familiar, etc.⁷ (grifos do autor)

O *interesse público difuso*⁸ atine a interesse de “número indeterminado de pessoas, sem vínculo jurídico de agregação entre elas”⁹, atinente a “dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis”¹⁰ e relacionado a fatores indivisíveis¹¹, conjunturais¹² ou muito genéricos¹³, abrangendo múltiplos segmentos jurídicos:

[...] ambiental (v.g., poluição atmosférica, sonora, de resíduos sólidos, de mananciais e de recursos hídricos); urbanístico (v.g., ocupação desordenada ou desconforme do solo, loteamentos clandestinos, especulação imobiliária); de probidade administrativa (v.g., desmandos no trato do patrimônio público ou na prestação de serviços públicos essenciais); de educação (v.g., não-acessibilidade de todos ao ensino fundamental gratuito, diversidade de condições para admissão a outros níveis de ensino); de saúde (v.g., desigualdade de acesso às ações e serviços de saúde), do consumidor (v.g. publicidade enganosa).¹⁴ (grifos do autor)

Difusos são interesses ou direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”. Compreendem grupos menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático muito preciso. São como um *conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos*.

Há interesses difusos: *a)* tão abrangentes que coincidem com o interesse público (como o meio ambiente); *b)* menos abrangentes que o interesse público; *c)* em conflito com o interesse da coletividade do Estado, enquanto pessoa jurídica; *d)* atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si.¹⁵ (grifos do autor)

A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em *atos genéricos, acidentais e mutáveis*, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições socioeconômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc., como refere o jurista italiano Mauro Cappelletti. Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluido, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidades e interesses amplos setores da sociedade de massas, característica dos tempos atuais.¹⁶ (grifos do autor)

O *interesse público secundário* concerne apenas ao *interesse do Estado em relação a si próprio* e só se legitima¹⁷ quando coincide com o *interesse do povo previsto na ordem jurídica*. Reportando-se a *interesse exclusivo do Estado*, desvinculado dos anseios do povo, o conteúdo do *interesse público secundário* não corresponde a *interesse social*, por isso

⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 128-129.

⁸ Conforme definição do art. 81, parágrafo único, inc. I, do CDC, interesse difuso é transindividual, de natureza indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Cf. BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 set. 2004.

⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 39.

¹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em sua unidade — II. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 89-90. Apud PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Discricionariedade administrativa na constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 225.

¹¹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 39.

¹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 225.

¹³ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 39. Nesse sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 225.

¹⁴ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 39.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 4-5.

¹⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. Op. cit., p. 137-138.

¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 9.

não se trata, em verdade, de *interesse público*, mas tão-somente de *interesse estatal*¹⁸.

[...] independentemente do fato de ser, por definição, encarregado dos interesses públicos, o Estado pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa. Estes últimos *não são interesses públicos*, mas interesses individuais do Estado, similares, pois (sob prisma extrajurídico), aos interesses de qualquer outro sujeito. Similares, mas não iguais. Isto porque a generalidade de tais sujeitos pode defender estes interesses individuais, ao passo que o Estado, concebido que é para a realização de interesses públicos (situação, pois, inteiramente diversa da dos particulares), só poderá defender seus próprios interesses privados quando, sobre não se chocarem com os interesses públicos propriamente ditos, coincidam com a realização deles. Tal situação ocorrerá sempre que a norma donde defluem os qualifique como *instrumentos* ao interesse público e na medida em que o sejam, caso em que sua defesa será, *ipso facto*, simultaneamente a defesa de interesses públicos, por concorrerem indissociavelmente para a satisfação deles.¹⁹ (grifos do autor)

O interesse que só diz respeito à Administração Pública ou que de modo geral não condiz com o interesse de toda a coletividade é chamado por Renato Alessi (*Instituciones*, cit..., p. 184) de *interesse secundário*. O interesse secundário, salvo se coincidente com o interesse primário, não pode ser perseguido pela Administração Pública, conforme têm entendido os mais renomados administrativistas.²⁰ (grifos do autor)

[...] os próprios interesses públicos [...] se distinguiram em subcategorias de importância prática, como a diferenciação entre *interesses públicos primários*, que dizem respeito à sociedade, e os *interesses públicos secundários*, que se referem ao próprio Estado, enquanto pessoa moral a quem se imputam direitos e deveres, valendo observar que os interesses públicos *secundários* só são considerados legítimos quando sejam instrumentais para o atingimento dos *primários*.²¹

O *interesse público primário* transparece a formulação jurídica do “interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo)”²², sendo este, por sua vez, lobrigado como voz da *soberania popular*. Cuida-se, portanto, da acepção pura (e de maior rigor científico) da locução *interesse público*. Trata-se do interesse público propriamente dito²³, ou seja, o “interesse do todo social, da comunidade considerada por inteiro”²⁴, inserto — frise-se — no ordenamento jurídico. O princípio da supremacia do interesse público, a seguir discutido, ecoa a proeminência do interesse público primário. Por conseguinte, quaisquer posteriores menções neste trabalho a *interesse público* concernem unicamente ao *interesse público primário*.

A submissão da ação política ao Direito trouxe, como imediata conseqüência, a unificação dos interesses sociais politicamente definidos e dos interesses sociais juridicamente definidos de nossa sociedade, surgindo o conceito de *interesse público* com as características que hoje conhecemos: *interesses coletivos gerais que a sociedade comete ao Estado para que ele os satisfaça, através de ação política juridicamente embasada ou através de ação jurídica politicamente fundada*.²⁵ (grifos do autor)

¹⁸ Ibid., p. 64.

¹⁹ Ibid., p. 63-64.

²⁰ GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 15.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo..., p. 9.

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 3.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 64.

²⁴ GASPARINI, Diogenes. Op. cit., p. 14.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da constitucionalidade. 4. ed. Rio de Janeiro: 2002, p. 13.

2 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE GERAL DA SOCIEDADE

Longe de representar “cheque em branco dado à Administração Pública, para que o preencha como lhe aprouver”²⁶, o *interesse público* corresponde ao *interesse geral da sociedade*²⁷ demarcado pelo ordenamento jurídico²⁸. Dizendo de outra forma, o “interesse público expressa, sob a óptica jurídica, o bem comum, o bem-estar geral de uma coletividade”²⁹.

Interesse público não é expressão *oca*, utilizando-nos da nomenclatura de Olivecrona. A expressão “interesse público” não abriga todo e qualquer conteúdo. É um continente delimitado, primeiramente pelo Texto Constitucional e, depois, pelas opções legislativas. *Interesse público* só pode ser, tão-somente, aquele qualificado como tal pelo ordenamento jurídico.³⁰ (grifos da autora)

Fundamental perceber que, no Estado de Direito, poder algum é uma inerência do Estado. Os poderes estatais só se justificam para a realização de interesses públicos; são, por isso, meramente instrumentais. Mas só é “interesse público” o assim qualificado pela ordem jurídica, não aquilo que o eventual ocupante do poder entenda como tal.³¹

[...] a lei capta e identifica um determinado interesse geral, *define-o* como um *interesse público* e, com isso, prioriza seu atendimento sobre os demais interesses.³² (grifos do autor)

Marca distintiva do Direito Público³³, “fundamento, limite e instrumento do poder”³⁴, “medida e finalidade da função administrativa”³⁵, o interesse público funciona, a partir do advento do Estado Social de Direito (gestado a partir do final do século XIX³⁶ e materializado a partir dos anos 30 e 40 do século XX³⁷), como mola propulsora para o aparato organizativo estatal “cobrir necessidades, visando ao bem-estar de seus cidadãos”³⁸ e todo o ordenamento jurídico louvar os anseios da sociedade, mesmo seus compartimentos próprios do Direito

²⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de direito administrativo.2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 42.

²⁷ O que é *interesse*? Com fincas nas lições de Moreira Neto, elucidada Costa Júnior: “[...] os interesses são projeções das necessidades, e certos interesses, por serem de tal forma relevantes para a sociedade, são caracterizados pelo ordenamento jurídico como interesses públicos.” Cf. COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. A indisponibilidade do interesse público e a arbitragem nas concessões de serviço público. Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, ano 1, n° 09, set. 2002, p. 1.011. O que é *interesse social*? Responde Mancuso: “Interesse social, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por ‘bem comum’; o anseio de proteção à *res publica*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevantes.” Cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos, conceito e legitimação para agir. 3. ed. São Paulo: RT, 1994, p. 25. Apud ALMEIDA, Renato Franco de. O *Parquet* na defesa dos direitos individuais homogêneos. Revista CEJ, Brasília, DF, n° 18, jul.-set. 2002, p. 91.

²⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. cit., p. 42. Nesse sentido: SUNDFELD, Carlos Ari. Fundamentos de direito público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 156.

²⁹ PAZZAGLINI FILHO, Marino. Op. cit., p. 37.

³⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. cit., p. 42.

³¹ SUNDFELD, Carlos Ari. Op. cit., p. 156.

³² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo..., p. 88.

³³ “O que caracteriza uma relação de Direito Público é o fato de atender, de maneira imediata e prevalente, a um interesse de caráter geral. É o predomínio e a imediatidade do interesse que nos permite caracterizar a ‘publicidade’ da relação.” Cf. REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 343. Nesse sentido: PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit., p. 209; MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 1992, p. 175; TELLES, Antonio A. Queiroz. Introdução ao direito administrativo. São Paulo: RT, 1995, p. 43-44.

³⁴ MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 175.

³⁵ *Ibid.*, p. 175-176.

³⁶ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit., p. 213.

³⁷ PREECE, Warren E. (Ed.). The New Encyclopaedia Britannica: Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 10, p. 607. Nesse sentido: *Id.* The New Encyclopaedia Britannica: Macropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 15, p. 1.138-1.140; MORAIS, José Luis Bolzan de. Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 93 et. seq.

³⁸ SÁ, Afrânio de. Princípio da legalidade no Estado Liberal e Social. 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977, p. 166.

Privado, os quais adquirem, por meio da sua crescente publicização, o compromisso de exercer efetiva função social e não somente reverenciar as metas acalentadas pelo particular em relação a si mesmo.

“[...] Esse princípio, que consubstancia o mandamento da supremacia do interesse público informa todo o direito administrativo, norteando a ação dos agentes na edição dos atos administrativos e dos órgãos legiferantes, nos processos nomogenéticos, mas de maneira alguma é princípio setorial típico, específico do direito administrativo, visto ser comum a todo o direito público, em seus desdobramentos, já que se encontra na base de toda processualística, bem como na raiz penal e do constitucional.”³⁹

De nítido esteio pretoriano⁴⁰, o *princípio da supremacia do interesse público* clama pelo predomínio das aspirações coletivas sobre as individuais (incluindo-se, sobre as de agentes políticos no exercício de mandato outorgado pelo voto popular e de pessoas físicas e jurídicas fiscalizadas pelo Poder Público). Nesse diapasão, cinge os imperativos jurídicos (nomeadamente os *princípios constitucionais fundamentais*, na senda dos arts. 1º a 4º, da CF/88)⁴¹ ao anseio comum por existência digna⁴² assentada na plena *harmonia social* e no máximo *bem-estar coletivo*⁴³, estribados na distribuição de renda equânime e na inclusão do povo na tomada de decisões estatais e formulação das políticas públicas⁴⁴.

Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como o *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender o interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público.

Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais.⁴⁵ (grifos do autor)

3 SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E SOBERANIA POPULAR

Vislumbra-se na “*vontade geral popular*”⁴⁶, em última análise, a *definitória dos interesses públicos*, que deve ser atendida pela ação do Estado, especialmente, em sua ação administrativa⁴⁷.

Quando predomina o interesse público, prevalece a soberania popular. A busca do agente público pelo bem-estar geral da sociedade exalta a ânsia do povo pelo aprimoramento do ambiente em que vive, de seus pares, de si próprio e das instituições estatais. Fazer valer o interesse público significa priorizar a vontade do povo. Quando o agente público deixa de

³⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. Princípios informativos do direito administrativo. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (separata), São Paulo, jan.-dez. 1968, p. 268. Apud TELLES, Antonio A. Queiroz. Op. cit., p. 43-44.

⁴⁰ Nesse sentido, no STF os acórdãos em sede da ADIN nº 1003 MC/DF, SS nº 2182/DF, HC 82354 MC/PR, ADIN nº 82.354, RESP nº 478958/PR. No STJ, EDROMS nº 13010/PR e RESP 422868/MG. No T-JRS, Agr. de Ins. nº 70005237219.

⁴¹ DUARTE, Marise Costa de Souza. Interesse público e tutela administrativa ambiental. Fórum de Direito Urbano e Ambiental, Belo Horizonte, ano 1, nº 6, nov.-dez. 2002, p. 553.

⁴² PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. Op. cit., p. 218.

⁴³ V. BARRIENTOS, Juan A. Estado y sociedad civil: interés público e interés privado. Estado, gobierno, gestión pública: Revista Chilena de Administración Pública, Santiago, año 1, nº 2, ago. 2002, p. 16.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 20.

⁴⁶ Grifos nossos.

⁴⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo..., p. 81.

visar ao interesse público, afronta a ordem jurídica, despoja-se do dever de servir à sociedade. Incorre em ilegalidade mancomunada com ilegitimidade. Além de fraudar o Direito — máxime o Direito Legislativo —, trai o povo.

Enaltecendo o interesse geral da sociedade emoldado pelo Direito — mormente pelo Direito Legislativo —, o agente público louva o axioma do *princípio da soberania popular*: todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos diretamente, nos termos da Constituição da República (dicção baseada no art. 1º, parágrafo único, da CF/88). Nesse aforismo se arrima o *princípio democrático*, difundindo na ordenação jurídica a parêmia de que o Governo em sentido amplíssimo (visto como conjunto de órgãos e entidades estatais⁴⁸) “é do povo, pelo povo e para o povo”⁴⁹, e o *princípio da legitimidade*, induzindo o Estado a respaldar seus atos no querer popular (“as aspirações sociais e o interesse social é que legitimam o direito”⁵⁰).

Governo *do povo* significa que este é fonte e titular do poder (*todo poder emana do povo*), de conformidade com o princípio da soberania popular que é, pelo visto, o princípio fundamental de todo regime democrático. Governo *pelo povo* quer dizer governo que se fundamenta na vontade popular; que se apóia no *consentimento popular*; governo democrático é o que se baseia na adesão livre e voluntária do povo à autoridade, como base da legitimidade do exercício do poder; que se efetiva pela técnica da *representação política* (*o poder é exercido em nome do povo*). Governo *para o povo* há de ser aquele que procure liberar o homem de toda imposição autoritária e garantir o máxime de segurança e bem-estar.⁵¹ (grifos do autor)

A *legitimidade* deriva-se diretamente do *princípio democrático*, informando a relação entre a *vontade geral do povo* e as suas *expressões políticas, administrativas e judiciárias*. Ela é captada a partir dos debates políticos pelos instrumentos de participação política dispostos pela ordem jurídica, e, daí, impregnando toda a estrutura do Estado democrático, passa a ser *necessariamente informativa*, em maior ou menor grau, de toda ação, conforme o grau de *discrecionabilidade* de decisão aberto pela Constituição e pelas leis do País, aos legisladores, administradores ou juízes.⁵² (grifos do autor)

Historicamente, a legitimidade precedeu a legalidade e, por vezes, a legitimidade foi ilegal e a legalidade foi ilegítima, numa evolução secular; ora paralela, ora divergente e ora convergente, conforme as épocas e as sociedades, até que se fez sentir uma novíssima necessidade social: a de *conciliá-las*, pela submissão de todos os processos políticos ao Direito. Com a consciência desse fundamental interesse foi possível estruturar-se uma organização política submetida *simultaneamente* à lei — o Estado de Direito — e ao interesse

⁴⁸ Nesta etapa, empregamos o sentido de governo como “o poder público organizado em todas as suas manifestações”. Cf. PEREIRA, Lafayette R. Princípios de direito internacional. Rio de Janeiro: Jacintho, 1902-1903, v. 1, p. 50. Apud BOSON, Gerson de Brito Mello. Direito internacional público: o estado em direito das gentes. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 228. Ou, ainda, o “[c]onjunto de agentes que regem uma nação, abrangendo os três Poderes: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário”. Cf. DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2, p. 672. Lustrando esta acepção elástica de governo, argumenta-se: “(...) governar... não é somente ‘executar’ ou aplicar as leis; governar é dar impulso à vida pública, tomar a iniciativa, preparar as leis, nomear, revogar, punir, atuar. Atuar sobretudo.” Cf. MIRKÉNE-GUETZÉVITCH, Boris. Les constitutions européennes. Paris: Press Universitaires de France, 1951, p. 19-20. Apud BONAVIDES, Paulo. Ciência política. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 199.

⁴⁹ MENEZES, Aderson de. Teoria geral do estado. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 267.

⁵⁰ GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 88. Antes, em página anterior, Grau ensinar: “[...] a norma jurídica é *legítima* — dotada de *legitimidade* — quando existir correspondência entre o comando nela consubstanciado e o sentido admitido e consentido pelo todo social, a partir da realidade coletada como justificadora do preceito normatizado.” Cf. Id. A constituinte e a constituição que teremos. São Paulo: RT, 1985, p. 53. Apud id. O direito posto e o direito pressuposto..., p. 86.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 135.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo..., p. 80-81.

social prevalecente — o Estado Democrático de Direito — fundidos no conceito constitucionalizado do Estado *Democrático de Direito*.⁵³ (grifos do autor)

Indissociável do princípio da soberania popular e princípio da supremacia do interesse público. Impossível o agente público transgredir a finalidade da norma jurídica nela insculpida à luz do interesse público, no espírito e sob o pálio do Estado Democrático de Direito, sem conspurcar o contrato social, desmerecer a confiança depositada pelo povo no Poder Público e em seu empenho de concretizar o interesse social positivado.

Conforme se comprovará adiante, o princípio da supremacia do interesse público se radica expressamente na Lei do Processo Administrativo da União, não tendo ainda o legislador constituinte federal capitulado tal ditame de forma tão explícita quanto o fez o legislador infraconstitucional daquele ente federativo. Contudo, o estudo do Direito Prescritivo federal e das Constituições estrangeiras atesta: o princípio da supremacia do interesse público — no Brasil e no exterior — planifica as diversas ramificações da ordem jurídica, a começar pela ordenação constitucional.

Cuida-se de princípio universal nos ordenamentos jurídicos ocidentais — acima de tudo, naqueles filiados ao sistema romano-germânico —, informando os mais diversos afazeres de cunho público e privado, estatal e não-estatal, servindo de *alma mater* do Direito Público, a propiciar, desde o advento do Estado Social de Direito, a contínua publicização do Direito Privado.

4 FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO NO DIREITO COMPARADO

4.1 DIREITO POSITIVO INTERNO BRASILEIRO

4.1.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Fincada na prossecução do interesse geral da sociedade e da soberania popular, a centelha do princípio da supremacia do interesse público lampeja na atual Carta Política pátria⁵⁴.

A Constituição brasileira ergue o princípio da soberania popular ao patamar de um dos *princípios fundamentais* da nossa República (art. 1º, inc. I e parágrafo único), de onde derivam os *direitos políticos* (art. 14, *caput*, incs. I a III, et. seq.)⁵⁵. Elege a *harmonia social* um dos *valores supremos* da sociedade brasileira (preâmbulo). Vislumbra *na promoção do bem de todos* um dos objetivos fundamentais da República (art. 3º, inc. IV).

Prescreve a *desapropriação por necessidade ou utilidade pública*, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvadas as exceções constitucionais (art. 5º, inc. XXIV). Prevê a *desapropriação por interesse social para fins de Reforma Agrária* (art. 184, *caput*, 1ª parte). Torna passível de desapropriação *o imóvel considerado de interesse social* (art. 184, § 2º). Estabelece a *conveniência do interesse público* como um dos critérios de *revisão de concessões e doações de terras públicas* com área superior a três mil hectares, realizadas no período de 1º de janeiro de 1962 a 31 de dezembro de 1987 (art. 51, § 2º, do ADCT).

Associa a *proteção da propriedade industrial ao interesse social* (art. 5º, inc.

⁵³ Id. Legitimidade e discricionariedade..., p. 13.

⁵⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2004.

⁵⁵ “Nesse sentido, podemos, hoje, dizer que os *direitos políticos* consistem na *disciplina dos meios necessários ao exercício da soberania popular* [...]” Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 344.

XXIX), em face do qual permite o *acesso à informação pública* (art. 5º, inc. XXXIII), *restringe a publicidade* dos atos processuais (art. 5º, inc. LX), *limita o acesso a julgamentos* do Poder Judiciário às partes e a seus advogados (art. 93, inc. IX) e estatui o dever-poder de o Presidente da República vetar total ou parcialmente *projetos de lei contrários ao interesse público* (art. 66, § 1º).

Atrela a *cooperação entre entes políticos ao desenvolvimento equilibrado e ao bem-estar nacional* (art. 23, parágrafo único, *in fine*). Obriga o *sistema financeiro nacional* a servir aos *interesses da coletividade* (art. 192). Impele a *ordem social* a objetivar o *bem-estar social* (art. 193, 2ª parte). Preconiza incentivar-se o *mercado interno* a visar ao *bem-estar da população* (art. 219, 2ª parte).

Por motivo de *interesse público*, excetua a remoção, disponibilidade e aposentadoria do magistrado (art. 93, inc. VIII, c/c art. 95, inc. II), bem assim a movibilidade de membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inc. I, alínea “b”), instituição à qual impinge a defesa dos *interesses sociais* (art. 127, *caput*, parte final).

4.1.2 DECRETO Nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992 (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS DE 1969 — PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTARICA)

Na ordem jurídica brasileira, coube ao Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, promulgar a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969* — mais conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*⁵⁶ —, a qual não considera *trabalhos obrigatórios* ou *forçados* o serviço prestado em casos de perigo ou de calamidade a periclitarem contra a *existência* ou *bem-estar comunitário* (art. 6º, § 3º, alínea “c”). Faculta à lei *subordinar o direito à propriedade privada* ao *interesse social* (art. 21, § 1º, 2ª parte). Excepciona a *privação de bens* mediante pagamento de indenização justa, *por motivo de utilidade pública ou de interesse social* (art. 21, § 2º, 2ª parte). Em face do *interesse público*, anui com a restrição do *direito de circulação* e de *residência* em *zonas determinadas* (art. 22, § 4º). Condiciona eventuais restrições ao gozo e ao exercício dos direitos e liberdades capitulados nesse tratado multilateral às balizas insculpidas em leis promulgadas por *motivo de interesse geral* (art. 30).

4.1.3 LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL

A segunda e ainda vigente *Lei de Introdução ao Código Civil* pátria (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942)⁵⁷ — “lei geral de aplicação das Normas Jurídicas”⁵⁸, a “orientar o lidador do Direito no emprego das normas jurídicas”⁵⁹ — insufla o magistrado a julgar de acordo com a *finalidade social* da norma legal e *as exigências do bem comum* (art. 5º).

4.1.4 LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FEDERAL

A Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999)⁶⁰

⁵⁶ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.

⁵⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657.htm>. Acesso em: 13 ago. 2004.

⁵⁸ MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 25. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 390.

⁵⁹ DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 3.

⁶⁰ BRASIL. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 mai. 2004.

positiva o *princípio do interesse público* como norma informadora do *regime jurídico-administrativo da União*.

4.2 DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO ESTRANGEIRO

4.2.1 CONSTITUIÇÃO ESTADUNIDENSE, DE 1787

A Carta Política dos Estados Unidos⁶¹ enfileira a *promoção do bem-estar* entre as razões a justificarem tanto a elaboração de seu texto (preâmbulo), quanto a atribuição ao Congresso norte-americano do seu leque de poderes constitucionais (art. I, sec. 8^a, cláusula 1^a, 1^a parte).

4.2.2 CONSTITUIÇÃO INDIANA, DE 1950

A Lei Maior da Índia⁶² impede a autoridade decretadora da prisão cautelar de revelar *dados pessoais do preso provisório*, se isso importa em ofensa ao *interesse público* (art. 22, n^o 6). Remete ao Estado o mister de *promover o bem-estar popular* por meio da *justiça social, econômica e política*, princípio informador das instituições nacionais indianas (art. 38.1). À vista do *interesse público*, faculta ao Parlamento daquele país temperar o exercício da liberdade econômica (art. 302).

4.2.3 CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA DE 1976

A Carta Constitucional lusitana⁶³ erige o princípio da *soberania popular* ao status de um dos *princípios fundamentais* da República (art. 1^o, 1^a parte) e uma das *bases* do Estado de Direito Democrático (art. 2^o, 1^a parte). Liga a *soberania popular* à *legalidade*, sujeitando o exercício daquela ao cumprimento das disposições constitucionais pertinentes (art. 3^o.1). Inscreve como uma das tarefas fundamentais do Estado português a *promoção do bem-estar e da qualidade de vida do povo*. Insta a *iniciativa econômica* a ter em perspectiva o *interesse geral* (art. 9^o, alíneas “c” e “d”). Enlaça o exercício da *iniciativa econômica privada* ao *interesse geral* (art. 61.1, parte final). Decreta a *promoção do bem-estar social e econômico e da qualidade de vida* um dos *objetivos prioritários* do Estado português no campo socioeconômico (art. 81, alínea “a”, 1^a parte), assim como a repressão de *práticas empresariais* lesivas ao *interesse geral*, a exemplo dos monopólios (art. 81, alínea “f”). Lista como *órgãos de soberania* o Presidente da República, a Assembléia da República, o Governo e os Tribunais (art. 110.1). Ata a Administração Pública à *realização do interesse público* (art. 266.1).

4.2.4 CONSTITUIÇÃO CHILENA DE 1980

A Carta Política chilena de 1980⁶⁴ infunde no Estado a finalidade de promover o bem comum, propiciando àquela sociedade a maior realização espiritual e material possível (art. 1^o.3).

⁶¹ ESTADOS UNIDOS. The United States Constitution. Disponível em: <<http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

⁶² ÍNDIA. Constitution of India — with all the Amendments. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em: 18 set. 2004.

⁶³ PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CRP2004.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

⁶⁴ CHILE. Constitución Política de la Republica de Chile. Disponível em: <http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constitucion_politica.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.

4.2.5 CONSTITUIÇÃO VENEZUELANA DE 1999

A Constituição bolivariana da Venezuela⁶⁵ enumera entre os fins do Estado o *exercício democrático da soberania popular* e a *promoção da prosperidade e bem-estar do povo* (art. 3º, *caput*). Radica no povo a *soberania popular*, exercida de forma direta, nos moldes entalhados no Texto Constitucional, e indireta, via sufrágio (art. 5º, *caput*), pelos órgãos públicos, emanações da *soberania popular* e ela submetidos (art. 5º.1). Dentro das balizas do *interesse social*, situa a progressiva diminuição da jornada de trabalho (art. 90, *caput*, 3ª parte). Submete a propriedade às contribuições, restrições e obrigações que estabeleça a lei com fins de *utilidade pública* ou *interesse social*, mediante sentença transitada em julgado e adimplemento de justa indenização (art. 115, 2ª parte).

Encarrega o *princípio do bem-estar da humanidade* de compor o plexo de normas a orientar a presença, na cena internacional, do Estado venezuelano (art. 152, 1ª parte), cuja atuação, nesse plano, intenciona, entre outros objetivos, *viabilizar o exercício da soberania e dos interesses públicos* daquela nação (art. 152, 3ª parte) e içar a *firme defesa da democracia* (art. 152, 3ª parte). Concebe o regime latifundiário como antagonônico ao *interesse social* (art. 307, *caput*, 1ª parte).

4.2.6 CONSTITUIÇÃO EUROPÉIA, DE 2004

O Tratado Constitucional europeu⁶⁶ arrola entre os objetivos da União Européia o de *promover o bem-estar dos seus povos* (art. I-3º.1).

4.2.7 CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1948

A Constituição peninsular⁶⁷ vê no povo o *títular da soberania* (art. 1º, 2ª parte). Reconhece a liberdade de emigração, salvo as restrições estabelecidas pela lei com fulcro no *interesse geral* (art. 35.3). Veda o *desenvolvimento da iniciativa econômica* incongruente com a *utilidade social* (art. 41.1). Possibilita à propriedade privada ser desapropriada por *motivos de interesse social*, mediante indenização e nos casos previstos em lei (art. 42.3). Para fins de *utilidade geral*, consente a transferência ou reserva a *entidades públicas ou a grupos de trabalhadores ou usuários de empresas* determinadas empresas ou categorias de empresa de *proeminente interesse geral*, relacionadas a *serviços públicos essenciais* ou que *tenham fontes de energia ou situações de monopólio* (art. 43).

4.2.8 CONSTITUIÇÃO SUL-AFRICANA DE 1996

O Estatuto Maior da África do Sul⁶⁸ *cinge a desapropriação ao interesse geral* (seç. 25.2, alínea “a”).

4.2.9 CONSTITUIÇÃO ALEMÃ DE 1949

Na Lei Fundamental de Bonn⁶⁹ resplandece o *uso da propriedade para o bem*

⁶⁵ VENEZUELA. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/059.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

⁶⁶ UNIÃO EUROPÉIA. Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int/igecpdf/pt/04/cg00/cg00087.pt04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2004.

⁶⁷ ITÁLIA. Constituição italiana. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br/downloads/Constituicao%20Italiana.doc>>. Acesso em: 12 jun. 2004.

⁶⁸ ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za/constitution/1996/96cons1.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2004.

⁶⁹ ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <http://www.alemanha.org.br/embaixadabrasilia/spr_2/willkommen/infos/grundgesetz/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.

comum (art. 14.2), única *finalidade constitucional* das desapropriações em território alemão (art. 14.3).

4.2.10 CONSTITUIÇÃO MEXICANA DE 1917

A Carta Maior do México⁷⁰ engancha a educação, entre outros, ao *interesse geral da sociedade* (nº 3, alínea “c”, c/c nº 2, inc. II, do art. 3º). Ressalta o direito de todas as pessoas *ao meio-ambiente adequado a seu desenvolvimento e bem-estar* (art. 4º.4). Pontua o dever de o Estado regular e fomentar as atividades econômicas *entrelaçadas ao interesse geral* (art. 25.2) e de *sujeitar ao interesse público as entidades atuantes no setor econômico* (art. 25.6). Associa *as aspirações e demandas sociais ao planejamento nacional de desenvolvimento* (art. 26.2, 2ª parte). Condiciona as expropriações *à utilidade pública e à indenização* (art. 27.2). Confere ao Estado nacional o poder de *ajustar a propriedade privada à moldura do interesse público* e regular, *embenefício social*, o aproveitamento dos elementos naturais suscetíveis de apropriação (art. 27.3). *Moldeia ao interesse público a apropriação pelo particular de águas subterrâneas e o aproveitamento de águas espargidas por mais de dois prédios* (art. 27.5).

A ordem constitucional mexicana liga ao *interesse público* a autorização para Estados estrangeiros *adquirirem bens imóveis a serviço direto de suas embaixadas* (art. 27.9.I.1). Faculta ao Poder Executivo da União *declarar nulos* os contratos e concessões feitos pelo Governo mexicano desde 1876, se contundiram o *interesse público* (art. 27.9.I.1, inc. XVIII). Estabelece a regulamentação, à luz do *interesse público*, do planejamento e organização da produção agropecuária, sua industrialização e comercialização (art. 27.9.I.1, inc. XX). Não considera monopolística a venda direta ao mercado estrangeiro de produtos confeccionados por associações de trabalhadores e cooperativas, se tal prática se identificar com os interesses de tais organizações ou com o interesse geral (art. 28.8). Anui com concessões de prestação de serviços públicos ou exploração, uso e aproveitamento de bens da Federação, se gozarem de respaldo não só da lei, como também do *interesse público* (art. 28.10, 1ª parte), fixando-se em lei a utilização social de tais bens e os mecanismos para se inibirem fenômenos de concentração contrários ao interesse público (art. 28.10, parte final).

Demais disso, robustece a soberania popular, considerando-a essencial e originalmente situada no povo, de quem dimana o Poder Público, a serviço do povo, ao qual cabe, a qualquer tempo, exercer o direito inalienável de alterar a forma de seu governo (art. 39). Vê no advento da República representativa, democrática, federal, composta por Estados livres e soberanos, unidos sob a égide da Federação, desdobramento da vontade popular (art. 40, 1ª parte). Descreve o exercício da soberania popular via Poderes da União e dos Estados, respeitadas as balizas constitucionais e o pacto federativo (art. 41.1).

Por último, aventa julgamentos pelos órgãos da Suprema Corte de Justiça conduzidos de modo sigiloso, se assim o exigir a moral e o interesse público (art. 94.4, parte final).

4.2.11 CONSTITUIÇÃO POLONESA DE 1997

A hodierna Carta Constitucional polaca⁷¹ faz *três relevantes menções ao bem-comum*. Caracteriza a Terceira República da Polônia como *bem comum de seus cidadãos* (art. 1), os quais têm o *dever de promovê-lo* (art. 82). Ademais, enxerga no bem comum *um dos princípios*

⁷⁰ MÉXICO. Constitución Política. Disponível em: <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2004.

⁷¹ POLÔNIA. The Constitution of the Republic of Poland. Disponível em: <<http://www.senat.gov.pl/kSeng/dok/konstytu/konstytu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2004.

definidores das relações do Estado polonês com as organizações religiosas (art. 25.3, parte final).

4.2.12 CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA DE 1978

A Lei Maior da Espanha⁷² exprime o compromisso daquele país com a *promoção do bem comum de seus nacionais* (preâmbulo). Adstringe quaisquer privações de bens e direitos à *justificada causa de utilidade pública ou interesse social*, acompanhada de prévia indenização (art. 33.3). Determina a *promoção da ciência e da pesquisa técnico-científica, em benefício do interesse geral* (art. 44.2). Almeja a *regulação da utilização do solo de acordo como interesse geral*, para se evitar especulação (art. 47, 2ª parte). Permite a instalação de Comissões Parlamentares de Inquérito no Parlamento espanhol (CPIs mistas ou circunscritas a uma das duas Casas Legislativas), a *investigarem qualquer assunto de interesse público* (art. 76.1, 1ª parte). Comete ao Ministério Público a *defesa do interesse público e a fiscalização do respeito pelos Tribunais ao interesse social* (art. 124.1). Subordina a riqueza nacional ao interesse geral (art. 128.1). Prevê *intervenção estatal em empresas, quando o interesse geral a determinar* (art. 128.2). Autoriza as Cortes Gerais, mediante lei orgânica e *em prol do interesse nacional*, a ampliarem a autonomia de territórios e províncias (art. 144, alíneas “a” a “c”). Faculta ao Estado (nacional) estabelecer princípios a harmonizarem as disposições normativas das Comunidades Autônomas, *quando assim o exigir o interesse geral* (art. 150.3, 1ª parte), em virtude do qual faculta ao Governo central compelir as Comunidades Autônomas a cumprirem seu dever constitucional e legal (art. 155.1, parte final).

4.2.13 CONSTITUIÇÃO GREGA DE 1975

A Carta Magna helênica⁷³ prevê *cooperativas compulsórias voltadas ao bem comum ou ao interesse público* (art. 12.6, 1ª parte). Veda o *exercício do direito de propriedade contrário ao interesse público* (art. 17.1, parte final). Permite alistamento compulsório, em caso de guerra, defesa civil, emergência social (relacionada a catástrofes naturais e saúde pública) e serviço público local (art. 22.3). Estatui a *função social dos programas de rádio e televisão* (art. 15.2, 2ª parte).

4.2.14 O INSTRUMENTO DE GOVERNO DE 1974, NO TEXTO REFORMADO EM 2000 (ATO CONSTITUCIONAL SUECO)

O Ato Constitucional da Suécia⁷⁴ intitulado *O Instrumento de Governo*⁷⁵ vislumbra no premente interesse público a *única hipótese para a desapropriação e a restrição à liberdade profissional* (Capítulo 2, arts. 18, *caput*, parte final, e 20, *caput*, 1ª parte, respectivamente).

4.2.15 CONSTITUIÇÃO SUÍÇA DE 1999

Entre os propósitos da Confederação da Suíça, figura, na sua Carta Constitucional⁷⁶,

⁷² ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em:

<http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.

⁷³ GRÉCIA. The Constitution of Greece. Disponível em:

<<http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.

⁷⁴ O Direito Constitucional Positivo sueco se compõe de vários Atos Constitucionais.

⁷⁵ SUÉCIA. The Instrument of Government. Disponível em:

<<http://www.riksdagen.se/english/work/fundamental/government.asp>>. Acesso em: 11 out. 2004.

⁷⁶ SUÍÇA. Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em:

<<http://www.admin.ch/ch/itl/rs/1/c101ENG.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2004.

o de *promover o bem comum* (art. 2.2). Ademais, a ordem constitucional suíça vincula a *atividade estatal ao interesse público* (art. 5.2, 1ª parte). Obriga todas as pessoas a *contribuírem com os objetivos do Estado e da sociedade* (art. 6, 2ª parte). Preceitua *limitações aos direitos fundamentais, apenas se respaldadas no interesse público ou se servirem à proteção dos direitos fundamentais de outrem* (art. 36.2). Exorta encorajar-se a *responsabilidade social de crianças e jovens* (art. 41.1, alínea “g”, 1ª parte). Impele à Confederação e aos Cantões *realizarem suas finalidades sociais dentro do âmbito de seus respectivos poderes constitucionais e com os meios a eles disponíveis* (art. 41.3). Prescreve a *função social das florestas* (art. 77.1, parte final). Preconiza a *intangibilidade do patrimônio natural e cultural*, se assim o exigir o interesse público (art. 78.2, parte final). Possibilita aos governos dos Cantões *autorizarem jogos de azar em cassinos em prol do turismo e limitarem tal atividade, em nome do interesse público* (art. 106.2, alínea “b”, 1ª parte).

5 CONCLUSÃO

1. - A supremacia do interesse público constitui o princípio geral do Direito Interno brasileiro e estrangeiro que submete as esferas pública e privada (estatal e não-estatal) ao interesse geral da sociedade e à soberania popular;
2. - Possui eclética presença na ordem jurídica, em relação à qual se destacam estas características fundamentais:
 - 2.1 - Prioridade à harmonia e justiça social em detrimento dos interesses meramente individuais ou estatais;
 - 2.2 - Temperamentos aos direitos fundamentais, interferência na regulação da propriedade e do patrimônio público e privado e infiltração nas normas disciplinadoras de quaisquer múnus públicos e das atividades laborais, profissionais e empresariais;
 - 2.3 - Incentivo à atuação das instâncias de controle estatal e popular do Poder Público e dos demais atores sociais, concebendo balizas a impedi-las de esgarçarem o tecido social, desnaturarem a essência da vida privada e degradarem os alicerces do aparelho estatal.

ABSTRACT

This paper analyses the principle of public interest supremacy in the light of the legal doctrine and the Comparative Positive Law, in order to prove that it has legal dogmatic ground and overall presence in the legal order.

Key-words: *Principle of public interest supremacy. Primary public interest. General interest of society. Popular sovereignty. Comparative Law.*

6 REFERÊNCIAS

- ÁFRICA DO SUL. Constitution of the Republic of South Africa. Disponível em: <<http://www.gov.za/constitution/1996/96cons1.htm>>. Acesso em: 16 mai. 2004.
- ALEMANHA. Lei fundamental para a República Federal da Alemanha, de 23 de maio de 1949. Brasília, DF: Embaixada da República Federal da Alemanha, mai. 1999. Disponível em: <http://www.alemanha.org.br/embaixadabrasilia/spr_2/willkommen/infos/grundgesetz/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- ALMEIDA, Renato Franco de. O *Parquet*na defesa dos direitos individuais homogêneos. Revista CEJ, Brasília, DF, n° 18, p. 87-93, jul.-set. 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONSON, Gerson de Britto Mello. *Direito internacional público: o estado em direito das gentes*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BRASIL. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 15 set. 2004.
- _____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mai. 2004.
- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 13 ago. 2004.
- _____. Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 19 mai. 2004.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CHILE. Constitución Política de la Republica de Chile. Disponível em: <http://www.bcn.cl/pags/legislacion/leyes/constitucion_politica.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- COSTA JÚNIOR, Eduardo Carone. A indisponibilidade do interesse público e a arbitragem nas concessões de serviço público. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, ano 1, nº 09, p. 1.009-1.013, set. 2002.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza; ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 2.
- DUARTE, Marise Costa de Souza. Interesse público e tutela administrativa ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, Belo Horizonte, ano 1, nº 6, p. 552-555, nov.-dez. 2002.
- ESTADOS UNIDOS. The United States Constitution. Disponível em: <<http://www.house.gov/Constitution/Constitution.html>>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- GRÉCIA. The Constitution of Greece. Disponível em: <<http://www.cecl.gr/RigasNetwork/databank/Constitutions/Greece.html>>. Acesso em: 16 set. 2004.
- ESPANHA. La Constitución Española. Disponível em: <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_1.htm>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- ÍNDIA. Constitution of India — with all the Amendments. Disponível em: <<http://indiacode.nic.in/coiweb/welcome.html>>. Acesso em: 18 set. 2004.
- ITÁLIA. Constituição italiana. Disponível em: <<http://www.notadez.com.br/downloads/Constituicao%20Italiana.doc>>. Acesso em: 12 jun. 2004.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: RT, 1992.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

- MÉXICO.** Constitución Política. Disponível em: <<http://www.cddhcu.gob.mx/leyinfo/pdf/1.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2004.
- MONTORO, André Franco.** Introdução à ciência do direito. 25. ed. São Paulo: RT, 2000.
- MORAES, Alexandre de.** Direito constitucional administrativo. São Paulo: Atlas, 2002.
- MORAIS, José Luis Bolzan de.** Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo.** Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da constitucionalidade. 4. ed. Rio de Janeiro: 2002.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS.** Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <<http://www.ilanud.org.br/doc16.htm>>. Acesso em: 13 jun. 2004.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino.** Princípios constitucionais reguladores da administração pública. São Paulo: Atlas, 2000.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella di.** Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- POLÔNIA.** The Constitution of the Republic of Poland. Disponível em: <<http://www.senat.gov.pl/k5eng/dok/konstytu/konstytu.htm>>. Acesso em: 18 set. 2004.
- PORTUGAL.** Constituição da República Portuguesa — texto integral após a VI Revisão Constitucional (2004). Disponível em: <<http://www.portolegal.com/CRP2004.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2004.
- PREECE, Warren E. (Ed.).** The New Encyclopaedia Britannica: Micropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 10.
- _____. _____. Macropaedia. Chicago: 15th ed., 1980, v. 15.
- REALE, Miguel.** Lições preliminares de direito. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SÁ, Afrânio de.** Princípio da legalidade no Estado Liberal e Social. 1977. 192 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) — Centro de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1977.
- SILVA, José Afonso da.** Curso de direito constitucional positivo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SUÉCIA.** The Instrument of Government. Disponível em: <<http://www.riksdagen.se/english/work/fundamental/government.asp>>. Acesso em: 11 out. 2004.
- SUIÇA.** Federal Constitution of the Swiss Confederation of April 18, 1999 (as amended until October 15, 2002). Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/it/rs/1/c101ENG.pdf>>. Acesso em: 11 out. 2004.
- SUNDFELD, Carlos Ari.** Fundamentos de direito público. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TELLES, Antonio A. Queiroz.** Introdução ao direito administrativo. São Paulo: RT, 1995.
- UNIÃO EUROPÉIA.** Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. Disponível em: <<http://ue.eu.int/igcpdf/pt/04/cg00/cg00087.pt04.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2004.
- V. BARRIENTOS, Juan A.** Estado y sociedad civil: interés público e interés privado. Estado, gobierno, gestión pública: Revista Chilena de Administración Pública, Santiago, año 1, n° 2, p. 11-20, ago. 2002.
- VENEZUELA.** La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Disponível em: <<http://www.gobiernoenlinea.ve/docMgr/sharedfiles/059.pdf>>. Acesso em: 12 jun. 2004.



A “FALTA DE AMOR” COMO FUNDAMENTO PARA SEPARAÇÃO LITIGIOSA

Santo Aparecido Gutier *

RESUMO

Destina-se, este trabalho, a defender a idéia de que a separação judicial unilateral pode ser movimentada com sustento no fundamento *falta de amor* entre os cônjuges, em interpretação ampliativa/compreensiva dos arts. 1.572 e 1.573, do CC de 2002, sem afetar o direito próprio das partes, especialmente de natureza alimentar.

Palavras-chave: Separação. Divórcio. Fundamentos. Falta de amor. Alimentos.

Sumário:

1 - Introdução. 2 - A natureza jurídica do casamento e seu término. 3 - A *culpa*, como fundamento da separação litigiosa, no atual ordenamento jurídico. 4 - A separação litigiosa fundada no desamor e a desnecessidade da prova de culpa. 5 - Conclusão. 6 - Referências.

1 - INTRODUÇÃO

Este artigo retrata uma breve reflexão sobre a “falta de amor” como agente autorizador da separação unilateral. É um trabalho despretenso, fruto da observação da conduta cotidiana marido/mulher, na dinâmica do contrato multifacetado que é o casamento.

Há milênios são conhecidos e permitidos os casamentos monogâmicos e poligâmicos, e, do mesmo tempo se tem notícias de como a união matrimonial se dissolvia e se dissolve, eis que o divórcio era permitido já entre os romanos.

No Brasil, a dissolução do matrimônio chegou pelas portas do então desquite; depois, da separação, na forma como posta na Lei 6.515/77. Posteriormente - graças ao trabalho incessante do Senador Nelson Carneiro - dita lei foi modificada para contemplar a extinção do casamento, pelo divórcio.

Que fique claro: separação e divórcio são institutos distintos, que derivam de uma mesma premissa, que é o casamento. Enquanto a separação liberta o cônjuge dos deveres conjugais, o divórcio tem o condão de extinguir o vínculo matrimonial.

No ordenamento, para alcançar o estágio legislativo atual, tais institutos foram ou estão regulamentados pelas Leis 968/49, 6.515/77, 7.841/89, 8.408/92 e pelo atual Código Civil, de 2002.

O legislador, ao invés de abolir a separação e admitir, diretamente, o divórcio, como fator extintivo do casamento, preferiu adotar um “estágio probatório” - que é a separação. Tanto assim que a obtenção do divórcio exige prévia separação judicial, ou separação de fato, pelo prazo mínimo legal. Tal estágio revela-se inútil, na feliz observação de Maria Berenice Dias (*Da Separação e do Divórcio*, em artigo publicado na *Revista Direito de Família e o Novo Código Civil*, Editora Del Rey, ed. 2002, pág.70).

Para desenvolvimento do tema “falta de amor” como causa autorizadora do pedido de separação por um dos cônjuges, serão considerados: a) A natureza jurídica do casamento

¹ - O autor é professor de Direito Civil na UNIUBE, pós-graduado em Direito Processual Civil, e advogado. E-mail: santo.adv@terra.com.br

e seu término; b) A presença da culpa como agente motivador da separação litigiosa da forma como posto no ordenamento; c) A desnecessidade da aferição da culpa, quando o pedido de separação litigiosa for fundado em "falta de amor". d) Conclusão.

2 ANATUREZA JURÍDICA DO CASAMENTO E SEU TÉRMINO

Não se desconhece que ao *casamento* sempre se deu o tratamento de Instituição, e, durante muito tempo, as Cartas da República e os civilistas de nomeada vêm atribuindo tal qualidade ao instituto.

Creemos que a natureza jurídica pode ser direcionada para a posição que melhor retrata o casamento: um contrato societário múltiplo, com obrigações recíprocas de vários enfoques, com igualdade entre os cônjuges, podendo ser conceituado como uma sociedade de afeto, respeito, companheirismo, dedicação, troca de idéias, fins comuns e patrimônio voltados para os cônjuges e sua prole, perpetuando a geração, completando o conceito de *família* ou *entidade familiar*. (CF/88, artigo 226, caput).

Afastada a hipótese de casamento por interesse material, o amor ou, no mínimo, o afeto, são elementos indispensáveis à realização das bodas - fatores subjetivos que, segundo os poetas, "nascem no coração que é terra onde ninguém manda".

A par do amor e da afeição, o casamento vai exigir o diálogo; o carinho; o respeito; a renúncia de pequenas coisas; a convivência diária sob mesmo teto; o gerenciamento da economia familiar; a passagem, quase necessária, pela rotina e tantas preocupações atinentes à família, derivada exatamente desse contrato de sociedade pessoal, sem esquecimento dos direitos patrimoniais inerentes ao casamento, regidos na forma do regime eleito e das obrigações alimentares daí advindas - motivos de disputas quase eternas, quando o casamento se rompe sem consenso.

Não se perca de vista que, com o passar do tempo, a expressiva inclusão intelectual e social da mulher no mercado de trabalho, a conscientização de direitos e deveres de cada um e a evolução (ou banalização) dos costumes temperaram a rigidez religiosa da expressão "até que a morte os separe", porque, antes da morte, além das causas elencadas no artigo 5º da Lei do Divórcio e nos artigos 1.572 e 1.573 do Código Civil de 2.002, a "falta de amor" (ou desamor) – como tese que defendemos – pode ser motivo suficiente à concessão de separação judicial unilateral.

É que nenhuma união vem com a chancela garantidora do amor eterno. E, fenecendo o amor na constância do casamento, não se pode impedir que um dos cônjuges peça a dissolução da sociedade conjugal. É possível até, que, com o passar do tempo, esse amor se acomode; se ajuste; se acalme. Mas não se pode esquecer que as pessoas amam, apaixonam-se, deixam de amar, desencantam-se com parceiros com quem viveram décadas; ou, simplesmente, desinteressam-se deles. Quando isso ocorre, o casamento faliu e é hora de apurar os haveres de poucas sobras afetivas; de curar as feridas; de seguir em frente.

Embora devesse o casamento ser "eterno", a separação, a ruptura está presente em tantos matrimônios, como consequência natural dos tempos, do desgaste entre os cônjuges, da ausência de afinidade, da falta de amor e tantos outros fatores, pois "encontrar-se, conhecer-se, amar-se e separar-se é a triste história de muitos corações humanos" no dizer de Coleridge, citado por Paulo Rónai, no *Dicionário Universal de Citações*, Editora Nova Fronteira, p. 889.

Maria Tereza Maldonado (*Casamento, Término e Reconstrução*, Saraiva, 7ª. Edição, 2000) observa, com propriedade, que as pessoas ficam casadas por tantos motivos e que, nem sempre, escolhe-se o parceiro desejado. Nem sempre o parceiro é quem a gente queria

que fosse, e são muitos os fatores conscientes e inconscientes que determinam a escolha do parceiro, a decisão de casar-se, e a manutenção do casamento: amor, complementação, carências e, até, necessidades neuróticas.

Assim, se não for para sempre ou com a dissolução somente pela morte, o casamento poderá ser desfeito por iniciativa de ambas as partes ou unilateralmente, pela separação ou pelo divórcio e, ao nosso ver, o cônjuge insatisfeito poderá ter êxito no pedido arguindo como fundamento a “falta de amor”; o desamor.

Quantas vezes o casamento é apenas o “retrato social”; aquilo que os cônjuges mostram à sociedade, muito diferente daquilo que vivem e contemplam entre quatro paredes.

Oportuno, como porta de entrada para a observação sobre a culpa, a lembrança de Henry de Page (Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995, p. 238:

“Quantas mulheres não têm o coração martirizado pela indiferença ou alheamento de seus maridos ! Quantos homens não sofrem pela descuidada frivolidade de suas mulheres! Quantas desuniões não foram provocadas por esse desconhecimento inicial do dever de assistência ! O casamento não é somente a união dos sexos ou a ocasião de obter uma situação pecuniária invejável; uma vida confortável e fácil. É mais do que isso e os tribunais deveriam, eventualmente, ter a coragem de afirmá-lo”

3 A CULPA COMO FUNDAMENTO DA SEPARAÇÃO LITIGIOSA, NO ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO

A Lei 6.515/77 prevê, como motivação para a separação unilateral, a conduta desonrosa ou qualquer outra grave violação dos deveres do casamento, que tragam a insuportabilidade da vida em comum (art. 5º). O seu parágrafo primeiro alarga mais esse conceito, permitindo a separação proposta por um dos cônjuges com suporte na ruptura da vida em comum.

O atual Código Civil, no art. 1.572, prescreve a mesma possibilidade supra, alargando, entretanto, os motivos pela admissão de “doença grave mental”, adquirida após o casamento. E no artigo 1.573 enumera, como motivos caracterizadores da separação: adultério; tentativa de morte; sevícia ou injúria grave; o abandono voluntário do lar por um ano; condenação por crime infamante e conduta desonrosa. Confere, ainda, por força de seu parágrafo único, ao magistrado, a subjetividade de considerar outros fatores que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum, deixando claro que o rol acima é exemplificativo.

Ora, a todas as luzes, da leitura do dito parágrafo não se pode extrair outra interpretação que não a de que o magistrado considerará outros motivos daquela relevância *culposa* para o matrimônio, não se contemplando aí a figura da “falta de amor” que, ao nosso ver, é razão superior à conduta *desonrosa*, à *doença mental* grave e ao *abandono* voluntário do lar, porque é a base do relacionamento conjugal.

Tem-se que o Código em comento acabou adotando, em seus doze artigos que tratam do término da sociedade conjugal, três hipóteses de separação, em cláusulas genéricas: A) *separação sanção* prevista no *caput* do art. 1.572; B) *separação ruptura*, constante do § 1º C) *separação remédio*, prevista no § 2º, como bem observado por Jones Figueiredo Alves (*Algumas Questões Controvertidas no Novo Direito de Família, volume 1, Editora Método, Edição 2003, p.316*).

Vê-se que o Código atual perdeu grande oportunidade de abolir a *culpa* na separação, do mesmo modo que, ao nosso ver, andou mal em estabelecer a *doença mental* grave como

causa autorizativa da terminação do matrimônio. E a razão é simples:

I - Pela Lei 6.515/77, a culpa de um dos cônjuges pela separação traria como conseqüências: a) A perda do nome do marido, no caso de culpa feminina; B) Perda do direito aos alimentos. C) Eventual perda da guarda dos filhos.

II - Cotejando a lei supra com o Código Civil de 2002, vê-se, então, que a prova da *culpa* de um dos cônjuges, como fim do casamento, não trará nenhuma conseqüência na órbita patrimonial do casal, cuja partilha será regida pelo regime eleito.

III - A perda do nome do marido acabou tornando-se irrelevante, eis que, no ato da celebração do casamento, a mulher pode optar pela manutenção do nome de solteira, e ambos poderão acrescentar ao seu o sobrenome do outro - novidade prescrita no artigo 1.565, § 1º, do mesmo Código.

A eventual relevância da apuração da *culpa* estaria na guarda dos filhos que, pela tradição da família brasileira, é conferida à mãe, não sendo raro o caso de o pai assumir o papel doméstico e desempenhar bem tal mister; fazendo surgir, na doutrina, a melhor compreensão para uma nova realidade que é a *guarda compartilhada*, cuja conveniência passa por criteriosa análise pelo magistrado da causa, já que a relevância no caso reside no interesse dos filhos e não dos pais.

Demais disso, nenhum juiz haverá de subtrair da boa mãe a guarda dos filhos apenas porque ela deixou de amar o marido e não pretende a seqüência da sociedade nascida do casamento.

O pensionamento ao cônjuge, quer seja autor ou réu da ação intentada com fundamento no *desamor*; vai reger-se pelas normas do CC.2002, que aponta em seu artigo 1.694: parentes, cônjuges e companheiros podem pedir, uns aos outros, os alimentos de que necessitem para viver em modo compatível com sua condição social, proporcionais à necessidade e à possibilidade.

Assim, extrai-se que, para o legislador, salvante os casos de ruptura da vida em comum, e da separação consensual, um cônjuge só poderá pleitear a separação judicial contra o outro alegando *conduta culposa* deste, e tal culpa derivaria do enquadramento do sujeito passivo a uma daquelas causas elencadas no art. 1.573 e seu parágrafo único.

Enquanto a redação do parágrafo único possa, enganosamente, acenar que a *falta de amor* estaria albergada na consideração de fatos *outros* que tornem a vida em comum impossível, melhor lembrar que, de acordo com a idéia do legislador, a partir dos incisos do dito artigo, *outros* motivos são igualmente relevantes àqueles que autorizariam o ajuizamento da ação por um ou por outro, fora dos casos graves ali apontados.

Não fora assim, não haveria necessidade de enumerar quais seriam as causas, bastando que o legislador suprimisse os incisos e mantivesse a redação do parágrafo no *caput*, porque claro está que o adultério, a tentativa de morte, a sevícia, o abandono do lar durante um ano, a condenação por crime infamante, e a injúria, naturalmente, causarão a insuportabilidade da vida em comum.

Doutro ângulo, como a redação do dito parágrafo é essencialmente subjetiva, nada importa que o magistrado estenda o alcance do dito dispositivo para permitir a separação por *falta de amor*.

Salvo esse dispositivo, de interpretação subjetiva, pelo ordenamento de regência o cônjuge que deixar de ter amor ou afeto pelo outro, tecnicamente, estará proibido de invocar tal causa como fundamento de pedir, em razão do conservadorismo legislativo, o que se revela descabido diante dos tempos modernos em que vivemos.

4 A SEPARAÇÃO LITIGIOSA FUNDADA NO DESAMOR E A DESNECESSIDADE DE PROVA DE CULPA.

Se, como ato jurídico, o casamento, enquanto sociedade de pessoas, se aperfeiçoa pela *capacidade, vontade e forma* (art. 105 do Cód. Civil ora vigente), só se consolida com a convivência saudável; com a cumplicidade natural dos relacionamentos; com o bem querer; e com o desejo e o prazer de estar perto um do outro; de se sentir, cada qual, respeitado; de participar do dia-a-dia de cada um; de encaminhar os filhos para a vida.

Tomando o casamento como ato jurídico, e se ele comporta anulação, também há de comportar a rescisão do contrato em nome da felicidade individual de cada cônjuge. Mormente se tomarmos em conta que afeto, respeito, carinho, renúncia e dedicação são causas motivadoras da continuidade da relação. Para o contrato (como ato jurídico), exige-se vontade. Para o casamento (como instituição), exige-se o amor.

Diante da natureza multifacetária do casamento, não se pode impor a ele (e nem o legislador assim o quis), a condição de irrevogável e irretroatável - visão somente patrocinada no religioso.

Aquele modelo de família tradicional, que nos foi passado por nossos avós, e por eles aos nossos pais e chegaram ao nosso conhecimento, não existe mais. A grandiosa evolução do direito de família, as tormentosas causas postas em discussão, diariamente, têm se tornado um desafio aos estudiosos do tema.

Nos dias atuais, ninguém é obrigado a viver com quem não gosta, não quer ou não suporta, já que todos têm o direito à felicidade, e essa conscientização, aliada à grandiosa inserção da mulher no mercado de trabalho e a sua realização profissional, tirou dela a condição de submissa. Também, deram ao homem a consciência de que deve repartir com a mulher a direção dessa sociedade, como está previsto no art. 1567 do Código Civil de 2002.

A evolução dos costumes, a informação e os tempos modernos trouxeram a consciência de que não há a obrigação da manutenção do casamento, apenas em nome das aparências e do retrato social, quando ocorrer a falta de amor ou a ausência de afeto - ingredientes básicos da receita da manutenção do convívio entre marido e mulher.

O advento do feminismo fez com que homens e mulheres passassem a ver sua relação com outros olhos. Elas, encantadas com a liberdade e o direito recém-conquistados. Eles, assustados com a perda do poder familiar e com a ascensão social e profissional delas.

Por isso, nossa proposta é a colocação *da falta de amor* como causa autorizativa da terminação da sociedade conjugal. Fundamenta-se em argumento muito simples: o cônjuge que deixar de amar, de gostar do outro, não tem o menor incentivo de levar adiante um casamento falido, a menos que lhe interesse em nome dos filhos, ou da família, ou para não divisão dos bens. Aí o matrimônio segue sem o tempero do amor e do afeto. Um retrato social, nada mais. Uma caricatura de uma sociedade de aparências.

Se um cônjuge deixar de amar ou de gostar do outro, faltarão o objeto central do contrato nupcial de obrigações múltiplas. Se acabar o amor entre os nubentes, aquele que deixou de amar o outro - e as circunstâncias para tanto são infinitas - poderá pedir a separação, unilateralmente, apontando como *causa de pedir* ocorrência do *desamor*.

Quando o desinteresse de um cônjuge estiver presente; quando faltar o respeito, a atenção, o carinho do dia-a-dia; quando o amor acabar e quando o diálogo for embora, a permanência da relação será falsa, ensejando sua ruptura, pois sua continuidade não pode ser imposta. E ambos os cônjuges têm direito à felicidade.

Não deve o ordenamento jurídico impor àquele que não sente mais amor e afeto pelo

seu cônjuge a obrigação de seguir com o casamento. Nem praticar conduta *culposa* para justificar a separação. Não será preciso imputar conduta desonrosa ou violar outros deveres do casamento, para ter fundamento para a separação judicial unilateral.

As causas impostas como ensejadoras da separação, ao teor dos arts. 1.572 e 1.573 do CC/2002, exigem conduta positiva de um dos cônjuges (adultério, tentativa de morte, sevícia ou injúria grave, conduta desonrosa, abandono do lar), ou da ocorrência de algum fato relevante, no curso do casamento, como a condenação por crime infamante ou o acometimento de doença mental grave.

O desamor não é conduta positiva nem negativa. É um fato que decorre do próprio convívio entre as partes; da diferença das expectativas; do desencanto; da mudança de comportamento de um em relação ao outro; da soma de pequenas divergências que se agigantam, sem calendário certo. É, sobretudo, a perda do encanto.

Adequadas ao tema são as palavras do Dês. Breno Moreira Mussi, do TJRS, no artigo intitulado *Destraindo aquele que se ama* (Nova Realidade do Direito de Família, coordenador de Sérgio Couto, tomo 1, COAD: SC Editora Jurídica, 1998, p. 24):

“ODESAMOR RITUALAUSENTE ?

A dinâmica da vida pode reservar a frustração do empreendimento. Muitas vezes, a realização pretendida passa a ser angústia, infelicidade, sofrimento. O amor involui, em face das mais variadas circunstâncias. Destrói os sonhos.

O amor transforma-se em desamor, sem apego a qualquer regra. Raramente de apenas um golpe. O mais comum é o somatório de pequenos detalhes, isoladamente incapazes de representar algo.

Em outros tempos, era comum a manutenção de casamentos e uniões falidas, íntegras na fachada, nas vazias de conteúdo. Mantinha-se o inexistente... Ainda hoje acontece.

A lei ajuda tal procedimento, ao insistir no princípio da culpa, ...”

5 CONCLUSÃO

Do exposto, respeitadas opiniões em contrário, afirmamos que a ocorrência do *desamor*- tão comum hoje em dia - é motivo mais que suficiente para autorizar a propositura da separação litigiosa, não havendo necessidade de o cônjuge réu ter praticado quaisquer das condutas elencadas no art. 5º. da Lei 6.515/77, assim como dos artigos 1.572, 1.573 e parágrafo único do Código Civil de 2002.

É motivo justificante porque, tomando-se o casamento como uma sociedade contratual, de obrigações múltiplas e recíprocas, a manutenção do matrimônio deve dar-se em função do amor e do afeto, que são elementos indispensáveis à justificação de sua continuidade.

Não se pode, entretanto, fechar os olhos para a realidade de tantos matrimônios que seguem aos “trancos e barrancos”; entre “tapas e beijos”. Outros, acomodados por várias questões. Ressalta-se que o verdadeiro casamento só sobrevive com amor, afeto, respeito recíproco, companheirismo, cumplicidade, renúncia, participação e diálogo.

O legislador deve estar atento às mudanças sociais e à velocidade como vêm sendo introduzidas e absorvidas pela sociedade moderna, e implementá-las a tempo e modo. E não, assistir a tudo, impassivelmente. Enquanto isso, a Jurisprudência, ao solucionar os casos de

fato, vai sanando as falhas legislativas e modernizando as leis.

Como sugestão legislativa, de nossa parte, pode o legislador modificar o Código Civil, relativamente aos artigos 1.572 e 1.573, para inserção da “falta de amor” como causa autorizativa da separação unilateral, dando-se-lhe o mesmo tratamento da separação e/ou divórcio remédio. Ou, então, abolir, expressamente, a *culpa*, para os casos de rompimento e dissolução da sociedade conjugal.

Gize-se que nenhum prejuízo terá o cônjuge réu da ação de separação pelo desamor, cujos direitos derivados do casamento estarão preservados. Conclui-se, sem nenhuma outra pretensão senão a abordagem rasa de um tema atual, que o processo de falência de uma relação é lento, com vários ingredientes que se somam no dia-a-dia da convivência, e que arrastam os cônjuges para a vontade de romper o casamento e ter o direito de ser feliz.

ABSTRACT

The article has the objective to defend the idea that the judicial separation by one side of the couple can be done with the reason lack of love according to the interpretation of the articles 1.572 and 1573 of the Civil Law Brazilian Code of 2002, without affecting the right of one of the parts to have financial support to food.

Key words: Separation. Divorce. Lack of Love.

6 REREFÊNCIAS

ALVES, Jones Figueiredo. Algumas Questões Controvertidas no Novo Direito de Família. Volume 1, Editora Método. Edição 2003.

DIAS, Maria Berenice. Da Separação e do Divórcio, artigo publicado na Revista Direito de Família e o Novo Código Civil. Editora Del Rey: BH. Edição 2002.

MALDONADO, Maria Tereza. Casamento, Término e Reconstrução. Saraiva:SP. 7ª. Edição, 2000.

MUSSI, Breno Moreira. Nova Realidade do Direito de Família. Artigo “Destruindo aquele que se ama”. Coordenação de Sérgio Couto, COAD. Rio de Janeiro: SC Editora Jurídica, 1998.

PAGE, Henry de. Repertório de Jurisprudência e Doutrina sobre Direito de Família, vol. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.995



CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS – ANÁLISE DOS ARTS. 1.793 E SEQUINTE DO CC/2002

Samuel Luiz Araújo *

RESUMO

A cessão de direitos hereditários, contemplada nos arts. 1.793 e ss. do Código Civil, tem gerado controvérsias. Este trabalho ataca os problemas encontrados, assentando o entendimento de que: a herança é transmitida una e indivisível; o princípio da *saisine* está consagrado na legislação pátria; o negócio jurídico requer forma pública; a cessão de direitos hereditários é interpretada restritivamente; há direito de preferência não só com relação a estranhos, mas também em relação aos próprios co-herdeiros; e a cessão de direitos, sendo a herança una e indivisível até últimação da partilha, não admite individualização de qualquer bem componente do acervo hereditário.

Palavras-chave: Cessão de direitos. Direitos hereditários. Indivisibilidade. Bem imóvel. *Saisine*. Preferência.

Sumário:

1 Introdução. 2 Da indivisibilidade da herança. 3 Artigos 1.793 e seguintes do Código Civil. 4 Conclusões. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa a abordar a cessão de direitos hereditários no Código Civil (Lei 10.406, de 10/janeiro/2002), especificamente os artigos 1.793 a 1.795.

O tema, na prática, tem gerado controvérsias que, a nosso ver, merecem uma abordagem.

Temos de rever noções de alguns institutos básicos do Direito Civil, o que será feito no correr do texto. Contudo, a fim de não o alongar, trataremos de maneira sucinta sem que percamos de vista o nosso objetivo de aclarar as verdades da cessão de direitos hereditários, expressamente contemplada no Código Civil de 2002.

A propósito, esclarecemos ao leitor que os artigos citados são do Código em vigor e quando se tratar de norma revogada, haverá clara menção ao Código Civil de 1916. Assim sendo, evitamos a adoção das expressões Novo Código Civil, NCC, novo Código Civil e outras designativas do Código vigente, que de novo nada mais tem, eis que vigente e bem estabelecido.

2 DA INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA

Abre-se a sucessão *causa mortis* com o falecimento do autor da herança. Esta, pelo

* Titular do 2º Tabelionato de Notas da Comarca de Sacramento/MG Mestrando em Direito Privado (Direito das Relações Econômico-Empresariais) pela UNIFRAN. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil pela UNIFRAN. Professor de Direito Civil – Parte Geral, da UNIUBE.

princípio da *saísine*¹, defere-se imediatamente aos herdeiros do *de cuius*, independente de terem ou não ciência da morte do autor da herança (art. 1.784, Código Civil).

O direito à sucessão aberta é considerado bem imóvel por dicção legal (art. 80, II, Código Civil). Mesmo que o acervo se constitua exclusivamente de bens móveis, ou de direitos pessoais, ou de ambos, enquanto não individuados com a partilha, considerar-se-ão imóveis.

Da mesma forma, por disposição legal, defere-se a herança como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros (art. 1.791, *caput*, Código Civil). E o direito dos co-herdeiros será indivisível, até que se ultime a partilha (art. 1.791, par. único, Código Civil). A doutrina já indicava a indivisibilidade no Código Civil de 1916, exposta no seu art. 1.580, *in verbis*:

“Sendo chamadas simultaneamente, a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha.”

A respeito do Código Civil de 1916, WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, leciona que

“A indivisibilidade, a que se refere o legislador, diz respeito ao domínio e posse dos bens hereditários, abrangendo todas as fases da vida do direito sucessório, todos os seus acidentes e transformações, desde a abertura da sucessão até que, pela partilha, se concretizem os quinhões.”²

SÍLVIO RODRIGUES coaduna desse pensamento, dispondo que na legislação de 1916

“A herança é uma universalidade *iuris*, e a lei, contemplando a hipótese de existirem dois ou mais herdeiros, declara que o direito dos mesmos, quanto à posse e ao domínio daquela, é indivisível até se ultimar a partilha.”³

Este autor continua, afirmando o seguinte:

“De fato, o patrimônio e a herança são coisas universais (CC, art. 57), e como tais, se pertencerem a mais de uma pessoa, cada um dos condôminos daquela universalidade é titular de uma parte ideal do todo e jamais de qualquer dos bens individualizados que compõem o acervo.”⁴

ORLANDO GOMES, tratando da indivisibilidade da herança, acordando em uns pontos, discordando em outros, leciona que, tendo em vista o Código Civil de 1916,

“O estado de *indivisão* existente até a partilha não consubstancia a herança num todo unitário, valendo, para os créditos e débitos, o princípio de que se dividem *ipso jure* entre os co-herdeiros pela respectiva quota.”⁵

Atualmente, por expressa disposição legal (art. 1.791, *caput*, Código Civil), a herança é transmitida como um **todo unitário**, não importando o número de herdeiros. E será indivisível, regendo-se pelas normas atinentes ao condomínio (art. 1.791, par. único, Código Civil).

¹ Significa que a posse dos bens hereditários é transmitida automaticamente aos herdeiros do *de cuius*, independente de qualquer formalidade. De **origem francesa** segundo RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 22. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14; GOMES, Orlando. **Sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 17; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 14; e de **origem alemã** segundo VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2003. p. 28.

² MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 33.

³ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 22. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 26.

⁴ Idem, *ibidem*.

⁵ GOMES, Orlando. **Sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 19-20.

SÍLVIO RODRIGUES, tratando do Código Civil de 1916, já dispunha que se aplicavam à hipótese as regras do condomínio⁶.

A indivisibilidade hereditária não é tema novo. No Direito Romano encontrávamos a disposição, segundo descreve PAUL JÖRS:

“Se observa por lo dicho que la herencia, de primera intención, pasaba a los coherederos como una universalidad indivisa. En tal estado podía persistir y los herederos beneficiarse de ella y explotarla en común ...; pero también podían exigir su división, que se llevaba a efecto por la *actio familiae herciscundae*”⁷.

3 ARTIGOS 1.793 E SEQUINTE DO CÓDIGO CIVIL

Etimologicamente, cessão provém do latim *cessio, ónis*, que significa a ação de ceder, cessão, transferência.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY conceituam a cessão de direitos hereditários como sendo

“o negócio jurídico *inter vivos* celebrado, depois de aberta a sucessão (CC 1784), entre o herdeiro (cedente) e outro co-herdeiro ou terceiro (cessionário), pelo qual o cedente transfere ao cessionário, a título oneroso ou gratuito, parcial ou integralmente, a parte que lhe cabe na herança.”⁸

Pelo art. 1.793, *caput*, Código Civil, o legislador confirma o entendimento de que o direito à sucessão aberta pode ser cedido. Observe que se trata de direito à sucessão aberta e não direito à sucessão futura – *hereditas non addita non transmittitur*⁹ –, eis que qualquer contrato que envolva herança de pessoa viva é vedado e, portanto, nulo – *hereditas viventis non datur*¹⁰ (arts. 426 e 166, VII, Código Civil).

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, comentando o art. 1.793 do Código Civil, afirmam que

“Desde a morte do autor da herança, seus herdeiros já são proprietários e possuidores, independentemente de qualquer outra providência. Assim, podem dispor desses direitos hereditários, cedendo-os a outros herdeiros ou mesmo a terceiros, observadas as limitações impostas na sucessão (*v.g.*, cláusula de inalienabilidade), bem como as condições da norma sob comentário e do direito de preferência do CC 1794.”¹¹

Da mesma forma, sob pena de nulidade (art. 166, IV, Código Civil), pela letra do art. 1.793, *caput*, Código Civil, requer a cessão escritura pública, o que já era recomendado pelos doutrinadores, em comentário ao Código Civil de 1916¹².

Saliente-se que se faz indispensável a outorga conjugal, sob pena de anulação do negócio jurídico, exceto se o regime do casamento for o da separação absoluta (art. 1.647, I, Código Civil).

⁶ RODRIGUES, Sílvio. *op. cit.*, p. 26.

⁷ JÖRS, Paul. *Derecho privado romano*. Tradução de L. Prieto Castro. Edición refundida por Wolfgang Kunkel. Buenos Aires: Editorial Labor, 1937. p. 481.

⁸ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado: e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 787.

⁹ “Não se transfere a herança não adida”.

¹⁰ “Não há herança de pessoa viva”.

¹¹ *Idem*, *ibidem*, p. 787-788.

¹² MONTEIRO, Washinton de Barros. *op. cit.*, p. 33. Porém, somente se o valor dos bens ou direitos fossem superiores ao estabelecido pela lei (art. 134, II, Código Civil de 1916).

As dificuldades práticas têm se apresentado nas hipóteses dos §§ 2º e 3º do art. 1.793, Código Civil.

Diz o § 2º do art. 1.793, Código Civil:

“É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.”

Sobre o tormentoso tema dos planos de existência, validade e eficácia do fato/negócio jurídico, importante é a lição de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *in verbis*:

“Fato jurídico é o nome que se dá a todo fato do mundo real sobre o qual incide norma jurídica. Quando acontece, no mundo real, aquilo que estava previsto na norma, esta cai sobre o fato, qualificando-o como jurídico; tem ele, então, *existência jurídica*. A incidência da norma determina, como diz Pontes de Miranda, sua entrada no mundo jurídico. O fato jurídico entra no mundo jurídico para que aí produza efeitos jurídicos. Tem ele, portanto, *eficácia jurídica*. Por isso mesmo, a maioria dos autores define o fato jurídico como o fato que produz efeitos no campo do direito”¹³.

CAIOMÁRIO DA SILVA PEREIRA leciona que

“a validade do negócio jurídico é uma decorrência da emissão volitiva e de sua submissão às determinações legais.”¹⁴

Este autor completa, afirmando:

“Inversamente, se o agente se não conformou com elas, falta à declaração a condição *a priori*, para que atinja o resultado querido. Inválida, *lato sensu*, quando é contrariada a norma, isto é, quando foram deixados sem observância os requisitos indispensáveis à sua produção de efeitos, seja por ter o agente afrontado a lei, seja por não reunir as condições legais de uma emissão útil de vontade.”¹⁵

E explica a ineficácia *stricto sensu* como sendo:

“a recusa de efeitos quando, observados embora os requisitos legais, intercorre obstáculo extrínseco, que impede se complete o ciclo de perfeição do ato. Pode ser originária ou superveniente, conforme o fato impeditivo de produção de efeitos, seja simultâneo à constituição do ato ou ocorra posteriormente, operando contudo retroativamente”¹⁶.

Tratando da ineficácia dos atos negociais, PAULO NADER esclarece que “negócio jurídico ineficaz é o que existe, mas não produz efeitos jurídicos”¹⁷.

SÍLVIO DE SALVO VENOSA explica que

“A ineficácia, no sentido geral, é declaração legal de que os negócios jurídicos não se amoldam aos efeitos que ordinariamente produziriam. Sem dúvida, a ineficácia, por qualquer de suas formas, tem sentido de pena, punição pelo fato de os agentes terem transgredido os requisitos legais. Essa pena ora tem o interesse público a respaldá-la, como nos atos ou negócios inexistentes e nulos, ora o simples interesse privado, em que a lei vê o defeito de menor gravidade, como nos atos ou negócios anuláveis.”¹⁸

Para este autor,

“O vocábulo *ineficácia* é empregado para todos os casos em que o negócio jurídico

¹³ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 23.

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil. 15. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 403.

¹⁵ Idem, *ibidem*.

¹⁶ Idem, *ibidem*, p. 404.

¹⁷ NADER, Paulo. **Curso de direito civil**: parte geral. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 529.

¹⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 3. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003. p. 570.

se torna passível de não produzir os efeitos regulares. Quando o negócio jurídico é declarado judicialmente defeituoso, torna-se *inválido*. Nesse sentido, há que se tomar o termo *invalidade*.¹⁹

A par de todos os posicionamentos, filiamo-nos ao pensamento de ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, acima exposto, em que, para sintetizarmos, utilizamo-nos de um exemplo seu:

“Se tomarmos, a título de exemplo, um testamento, temos que, enquanto determinada pessoa apenas cogita de quais as disposições que gostaria de fazer para terem eficácia depois de sua morte, o testamento não existe; enquanto somente manifesta essa vontade, sem a declarar, conversando com amigos, parentes ou advogados, ou, mesmo, escrevendo em rascunho, na presença de muitas testemunhas, o que pretendo que venha a ser sua última vontade, o testamento não existe. No momento, porém, em que a declaração se faz, isto é, no momento em que a manifestação, dotada de forma e conteúdo, se caracteriza como *declaração de vontade* (isto é, encerra em si não só uma forma e um conteúdo, como em qualquer manifestação, mas também as circunstâncias negociais, que fazem com que aquele ato seja visto socialmente como destinado a produzir efeitos jurídicos), o testamento entra no plano da existência; ele existe. Isso, porém, não significa que ele seja *válido*. Para que o negócio tenha essa qualidade, a lei exige requisitos: por exemplo, que o testador esteja no pleno gozo de suas faculdades mentais, que as disposições feitas sejam lícitas, que a forma utilizada seja a prescrita. Por fim, ainda que estejam preenchidos os requisitos e o testamento, portanto, seja válido, ele ainda não é *eficaz*. Será preciso, para a aquisição de sua eficácia (eficácia própria), que o testador mantenha sua declaração, sem revogação, até morrer; somente a morte dará eficácia ao testamento, projetando, então, o negócio jurídico, até aí limitado aos dois primeiros planos, no terceiro e último ciclo de sua realização.”²⁰

Já vimos que a herança é um todo unitário, indivisível, situação que perdura até a partilha do acervo hereditário. Para clarear o pensamento, imaginemos uma herança composta de dois imóveis rurais, três imóveis urbanos, quatro automóveis e semoventes, tendo cinco herdeiros. Até que se ultime a partilha, cada herdeiro terá fração ideal correspondente a 1/5 (um quinto) do acervo hereditário e não 1/5 (um quinto) do imóvel rural X, ou do imóvel urbano Y, ou do automóvel tal etc. Ou seja, terá fração ideal sobre o todo e não sobre um bem individualizado.

Por essa razão, não se mostra correto individualizar o bem para o fim de cedê-lo. E se o fizer, esse negócio, por força do § 2º do art. 1.793, Código Civil, será ineficaz, isto é, não produzirá efeitos com relação ao Juízo da Sucessão e aos herdeiros, ficando o cessionário na dependência da vontade destes para que o negócio tenha eficácia jurídica.

Coaduna do nosso pensamento MARIA HELENA DINIZ, para quem a cessão

“Só pode incidir no todo ou em parte sobre quinhão ideal do co-herdeiro, visto que herança, enquanto não ocorrer a partilha, é uma universalidade de direito e não um conjunto de bens individualmente determinados.”²¹

De igual sorte, temos o § 3º do mesmo artigo, *in verbis*:

“Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.”

¹⁹ Idem. *Direito civil*: parte geral. op. cit., p. 570.

²⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *op. cit.* p. 24-25.

²¹ DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1332.

A indivisibilidade do acervo hereditário, como vimos, perdura até a partilha, regendo-se, nesse ínterim, pelas normas atinentes ao condomínio (par. único do artigo 1.791, Código Civil).

Pretendendo o herdeiro ceder sua cota hereditária a terceiro, sobre um bem considerado individualmente, deverá requerer ao Juízo da Sucessão autorização para tal negócio, materializada através de Alvará, a ser requerida pelo inventariante, por força do art. 992, I, Código de Processo Civil²², ouvidos todos os interessados.

Contudo, se não individualizar bens, poderá dispor do seu quinhão livremente, obedecendo-se a preferência dos demais co-herdeiros. Exemplificando, suponhamos um herdeiro que detenha 20% do acervo hereditário. Poderá ele ceder 10%, ou 15% do seu quinhão na herança sem que o negócio seja ineficaz, pois o que a lei veda é a individualização do bem.

Remontando ao primeiro exemplo, o que a lei veda é a cessão de 20% sobre o imóvel rural X, ou 20% sobre o imóvel urbano Y; ou 15% do imóvel rural X, ou 15% (ou 10%) do imóvel urbano Y, ou seja, cessão de bem considerado singularmente, isoladamente.

Redizendo, poderá o co-herdeiro dispor livremente de parte do seu quinhão **na herança**, sem que haja vício no negócio, ou seja, poderá dispor de 5%, 10%, 40%, 70%, ou 1/2, ou 1/4, ou 1/8, mas sempre de sua parte ideal na herança, sem especificar bens, pois, como visto, não se permite a individualização dentro da universalidade jurídica²³.

O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota no acervo hereditário a pessoa estranha, sem que os demais co-herdeiros exerçam o direito de preferência. É o que diz o art. 1.794, Código Civil, *in verbis*:

“O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.”

O direito à sucessão aberta é bem imóvel (art. 80, II, Código Civil) e indivisível por determinação legal (arts. 88, 1.791, par. único, e 91, todos do Código Civil). Por essa razão, o direito do co-herdeiro na aquisição da quota hereditária deve prevalecer ao de terceiro.

Assim sendo, o co-herdeiro deverá dar aos demais co-herdeiros a oportunidade de exercerem o direito de preferência na aquisição do bem (ou quota hereditária), através de notificação, sob pena de anulabilidade. É o que prescreve o art. 1.795, *caput*, Código Civil:

“O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositado o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão.”

A notificação do co-herdeiro interessado na cessão deverá conter o preço do negócio, prazo e forma de pagamento, assinando aos demais co-herdeiros um prazo para o exercício do direito de preferência. Inexistindo prazo estipulado, o direito de preferência caducará em sessenta dias, contado da data do recebimento da notificação (art. 516, Código Civil).

Contudo, nada obsta que o co-herdeiro interessado na aquisição do bem ou quota cedida, ciente do negócio a ser realizado, notifique o co-herdeiro cedente do seu interesse no negócio, por aplicação do art. 514, Código Civil.

NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY afirmam que os co-herdeiros têm preferência na aquisição somente se se tratar de negócio jurídico oneroso²⁴.

²² Do mesmo pensamento coaduna DINIZ, Maria Helena. *op. cit.*, p. 1332-1333.

²³ Idem, *ibidem.*, p. 1333.

²⁴ Idem, *ibidem.*, p. 789.

Do mesmo pensamento coaduna MARIA HELENA DINIZ, para quem

“Cessão onerosa de quota de herança não pode ser feita a estranho sem que o cedente a tenha oferecido aos co-herdeiros para que exerçam o direito de preferência, tanto por tanto.”²⁵

Lavrada a escritura pública sem a aquiescência dos demais co-herdeiros, o prejudicado, depositando o preço do negócio, poderá haver para si a quota cedida a estranho. Ter-se-á, porém, o prazo de cento e oitenta dias, contado da lavratura do ato notarial, para pedir a anulação do negócio jurídico, sob pena de decadência. Vencido o prazo, convalescerá o negócio sem se cogitar de invalidade.

Em se tratando de co-herdeiro incapaz, deverá haver requerimento para que o mesmo se manifeste sobre a preferência, através de procedimento próprio, dirigido ao Juízo da Sucessão, ouvidos o curador e o Ministério Público, cuja manifestação, notadamente sobre a aquiescência, será dada por si e seu assistente, ou simplesmente pelo seu representante, conforme seja a incapacidade relativa ou absoluta.

Se mais de um co-herdeiro se interessar pela aquisição do bem ou quota hereditária, o objeto da cessão ser-lhes-á distribuído na exata proporção do quinhão de cada interessado, segundo o parágrafo único do art. 1.795, Código Civil, *in verbis*:

“Sendo vários os co-herdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias.”

Segundo MARIA HELENA DINIZ não há direito de preferência entre co-herdeiros, ou melhor,

“Não haverá direito de preferência, se o co-herdeiro ceder seu quinhão a outro co-herdeiro.”²⁶

O mesmo, segundo a autora, se a cessão for gratuita²⁷.

Pela dicção do par. único do art. 1.791, Código Civil, já mencionado, o direito dos co-herdeiros, até a partilha, é regido pelas normas relativas ao condomínio. Dessa forma, entendemos que **entre os co-herdeiros há direito de preferência**, devendo ser aplicado o art. 1.118, III, do Código de Processo Civil, quando houver desigualdade de quinhões, visto que há direito de preferência entre condôminos em bem indivisível, conforme preceituam os arts. 504, *caput* e 1.322, *caput*, todos do Código Civil. Exemplificando: suponhamos um acervo hereditário com cinco herdeiros (A, B, C, D e E). Se o co-herdeiro cedente A quiser alienar sua quota de 20% do acervo hereditário ao co-herdeiro B, poderá fazê-lo sem se preocupar com os demais. Mas, uma vez realizada essa cessão, o co-herdeiro B passará a ter uma quota hereditária correspondente a 40% do acervo hereditário, devendo, em caso de novas cessões de direitos hereditários, ser-lhe oferecida a quota em primeiro lugar, para que exerça a preferência, visto possuir quinhão maior.

É também o caso do cônjuge meeiro. Se algum dos co-herdeiros quiser ceder sua quota hereditária a estranho, deverá obter a aquiescência do cônjuge meeiro e dos demais co-herdeiros. E se quiser alienar sua quota a um outro co-herdeiro, deverá primeiramente oferecê-la ao cônjuge meeiro, para que exerça a preferência. Não a querendo, ou vencido o prazo assinado, poderá o co-herdeiro ceder livremente sua quota ao outro.

²⁵ Idem, *ibidem*, p. 1333.

²⁶ Idem, *ibidem*, p. 1333.

²⁷ Idem, *ibidem*, p. 1333.

Outra questão que surge diz respeito à possibilidade de cessão, por co-herdeiro, ao próprio espólio. Entendemos que não há óbice a esse negócio, até mesmo por que é interessante às partes e ao Direito diminuir o número de condôminos, a fim de atenuar os conflitos existentes em uma comunhão.

O que se rejeita é o ato simulado, em que sob a aparência de uma renúncia de herança, o co-herdeiro cedente aliena sua quota hereditária aos demais co-herdeiros cessionários, operando-se, na realidade, uma transmissão onerosa, sem o pagamento do imposto devido (ITBI). Ou o conluio celebrado na renúncia, em que o co-herdeiro, na realidade, doa sua quota hereditária, ajustando com os demais co-herdeiros que a mesma fique para o co-herdeiro X, lesando o fisco estadual (ITCD). Em ambos os casos, esse negócio é nulo, de conformidade com os respectivos artigos 166, VI e 167, § 1º, I, do Código Civil.

Por fim, a análise do § 1º do art. 1.793, Código Civil, não traz qualquer problema. A sua redação é a seguinte:

“Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.”

A cessão de direitos hereditários interpreta-se **restritivamente**. Por isso, os direitos conferidos ao herdeiro, em consequência de substituição ou direito de acrescer, presumem-se não abrangidos por esse negócio jurídico.

Contudo, as partes (cedente e cessionário), prevendo essa hipótese, podem estabelecer regra oposta, afastando a presunção legal²⁸.

4 CONCLUSÕES

A par desses comentários, extraímos as conclusões seguintes:

- 1) Cessão de direitos hereditários é aceita, desde que se observe a forma prescrita pela Lei (escritura pública);
- 2) os direitos à sucessão aberta são considerados bem imóvel por dicção legal;
- 3) a cessão de direitos hereditários é um negócio jurídico que só admite interpretação restritiva. Por essa razão, os direitos conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer presumem-se não abrangidos pela cessão anterior;
- 4) individualização de bem componente de acervo hereditário requer autorização judicial, a ser promovida pelo inventariante;
- 5) O co-herdeiro interessado na cessão de sua quota hereditária a estranho deverá oferecê-la primeiramente aos demais co-herdeiros, a fim de que exerçam a preferência;
- 6) há direito de preferência entre os co-herdeiros. Dessa forma, aquele possuidor de quinhão maior - e aqui se inclui o meeiro - tem preferência na aquisição da quota sobre os demais;
- 7) sendo vários os co-herdeiros interessados na aquisição da quota hereditária, entre eles se distribuirá o quinhão cedido;
- 8) em se tratando de co-herdeiro casado, indispensável se faz a outorga uxória, ou marital, exclusive se casado sob o regime da separação absoluta;
- 9) co-herdeiro incapaz depende de procedimento próprio para manifestação sobre a preferência na aquisição;

²⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito das sucessões*. 15. ed. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 71.

10) a ineficácia que faz menção a lei é aquela que obsta a produção de efeitos jurídicos, ou seja, o cessionário dependerá da aquiescência dos co-herdeiros para que o negócio surta efeitos.

RIASUNTO

La cessione dei diritti ereditari, contenuta nei articoli 1.793 e ss. del Codice Civile, ha gerato controversie. Questo saggio soluziona i problemi trovati, asettando l'intendimento di che: l'ereditá é trasmessa una ed indivisibile; il principio della saisine é consacrato nella legislazione patria; il negozio giurídico richiede forma pubblica; la cessione dei diritti ereditari é intesa di forma ristretta; ha diritto de preferenza non solo in relazione a estranei, ma anche ai propri coeredi; e la cessione di diritti, essendo l'ereditá una ed indivisibile fino l'ultimazione della divisione, non ammette individualizzazione di qualsiasi bene composto di acervo ereditario.

Parole-chiavi: Cessione di diritti. Diritti ereditari. Indivisibile. Bene immobile. Saisine. Preferenza.

5 REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GOMES, Orlando. **Sucessões.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- JÖRS, Paul. **Derecho privado romano.** Tradução de L. Prieto Castro. Edición refundida por Wolfgang Kunkel. Buenos Aires: Editorial Labor, 1937.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil:** direito das sucessões. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil:** parte geral. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado:** e legislação extravagante. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil:** direito das sucessões. 15. ed. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Instituições de direito civil:** introdução ao direito civil. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil:** direito das sucessões. 22. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** direito das sucessões. 3. ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Direito civil:** parte geral. 3. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico:** existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

- GOMES, Orlando. **Obrigações**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. **Sucessões**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- _____. **Sucessões**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GONZAGA, Maria Cristina de Brito. **Frases de latim forense**. Leme: LED, 1994.
- JÖRS, Paul. **Derecho privado romano**. Tradução de L. Prieto Castro. Edición refundida por Wolfgang Kunkel. Buenos Aires: Editorial Labor, 1937.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de direito civil: direito das coisas**. 2. ed. v. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de direito civil: parte geral**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- NADER, Paulo. **Curso de direito civil: parte geral**. 2. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado: e legislação extravagante**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito das sucessões**. 15. ed. v. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____. **Instituições de direito civil: introdução ao direito civil**. 15. ed. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RÁO, Vicente. **Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- RAU; MM. AUBRY. **Cours de droit civil français**. 5. ed. t. I. Paris: Marchal et Billard, 1897.
- RODRIGUES, Dirceu A. Victor. **Dicionário de brocardos jurídicos**. 5. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1965.
- RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: direito das sucessões**. 22. ed. v. 7. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **Direito civil: parte geral**. 25. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1995.
- SIDOU, J. M. Othon. (Org.) **Dicionário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: direitos reais**. 2. ed. v. 5. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. **Direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. v. 7. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Direito civil: parte geral**. 3. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2003.



O MINISTÉRIO PÚBLICO E A DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Marcelo de Oliveira Milagres *

RESUMO:

O artigo objetiva provocar a seguinte reflexão: situar o Ministério Público Estadual como indispensável Instituição com o poder-dever de contribuir com a promoção da concorrência, interesse essencialmente difuso, que necessariamente não se confunde com interesse coletivo ou meramente individual homogêneo das relações de consumo ou, ainda, que não se restringe ao aspecto criminal.

Palavras-chave: Ministério Público. Concorrência. Interesse difuso. Análise Econômica do Direito.

Sumário:

1 – Introdução. 2 – Relação Direito e Economia e Direito Econômico. 3 – A realidade jurídica e a promoção da concorrência. 4 – O Ministério Público e a promoção da concorrência. 5 – Conclusões. 6 – Referências.

1 INTRODUÇÃO

Uma questão que vem despertando debate é a participação do Ministério Público na promoção da ordem jurídico-econômica, particularmente, sob a perspectiva do direito da concorrência.

Não se trata de tema exclusivo do Ministério Público da União, particularmente do Ministério Público Federal, como pode parecer a análise restrita do art. 12 da Lei n. 8.884/94, que prevê a participação daquele ramo do *parquet* brasileiro no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, ente administrativo que aprecia e julga os efeitos das práticas negociais dos agentes econômicos no mercado.

O próprio e citado diploma legal, em seu art. 1º, parágrafo único, determina a titularidade difusa dos bens jurídicos que almeja tutelar. E, demais disso, o seu art. 88 acresceu à Lei de Ação Civil Pública, Lei n. 7347/85, a expressa possibilidade de tutela da ordem econômica (art. 1º, inciso V), a ser efetivada, inclusive, pelo Ministério Público (art. 5º). Não há que se falar em interesse exclusivo ou imediato da União Federal ou demais entes federais.

E, ainda, é a própria Constituição da República de 1988, em seu art. 170, que, como princípio da ordem econômico-jurídica, determina a promoção da livre concorrência, a repressão ao abuso do “*poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.*”

Com efeito, a promoção do valor da livre concorrência não se cinge à ação do ente administrativo judicante CADE, da Secretaria de Defesa Econômica - SDE - e da Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, na clássica composição do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC.

Trata-se de proteção de interesse difuso a reclamar a atuação **complementar e**

* Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito Milton Campos. Membro do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Ex-Assessor da Procuradoria da República em Minas Gerais, ex- Procurador do Banco Central do Brasil.

harmônica dos agentes econômicos, entes de regulação, da autoridade antitruste, e, particularmente, do **Ministério Público brasileiro**, a teor do art. 127, *caput*, da Constituição da República, reproduzido pelo art. 1º da Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.

Essa atuação deve se verificar na prevenção e repressão, com todos os instrumentos e mecanismos de ação possíveis, de condutas que violem a ordem econômico-jurídica, consubstanciadas, grosso modo, em tipos administrativos previstos nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 e respectivos tipos penais dos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90.

São relevantes atribuições, somente, recentemente percebidas pelo Ministério Público brasileiro, notadamente os Ministérios Públicos dos Estados, em razão dos conhecidos e reprovados efeitos dos cartéis de postos de gasolina, que são típicos e clássicos cartéis de preço, restrições horizontais de mercado.

Nesse contexto, propõe-se a presente reflexão: situar o Ministério Público como indispensável Instituição com o poder-dever de contribuir com a promoção da concorrência, **interesse essencialmente difuso**, que necessariamente não se confunde com interesse coletivo ou meramente individual homogêneo das relações de consumo ou, ainda, que não se restringe ao aspecto criminal.

Trata-se de aprimorar e aperfeiçoar a ação dos *Centros de Apoio Operacional da Ordem Econômica*, que, sob essa denominação ampla, pode compreender todas as relações econômicas de produção, consumo, distribuição e intermediação (financeira) de bens e serviços, com repercussões, inclusive, de natureza fiscal e criminal.

O que, em síntese, busca-se destacar é: primeiro, a necessidade de interação e maior sensibilidade dos vários Órgãos de apoio e execução do Ministério Público, com atribuições de promoção da ordem econômica; segundo, que muitas condutas de mercado devem ser analisadas, também, sob a perspectiva macroeconômica de promoção da **política econômica da concorrência**.

Nesse diapasão, impõe-se a análise, ainda que perfunctória: da relação Direito e Economia e da realidade do Direito Econômico, seguida da compreensão do atual modelo jurídico-econômico brasileiro; da aparente superposição de competências entre os agentes e entes públicos; da importância do estudo e promoção institucional da teoria econômica, como mecanismo a auxiliar as diversas e possíveis ações do Ministério Público, que não devem ser isoladas ou compartimentadas, mas orientadas sob a diretriz única de implementação da defesa pública da livre concorrência.

2 RELAÇÃO DIREITO E ECONOMIA E DIREITO ECONÔMICO

É certo que a Economia e o Direito, enquanto ciências sociais, têm a **relação humana** como objeto comum de estudo¹.

A Economia, na síntese de GALVES², estuda a atividade econômica do homem com vistas à **realização de suas necessidades**, em última análise, à sua própria sobrevivência.

¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p.377, citando René Savatier, leciona que “No direito moderno, uma visão de conjunto das atividades e da vida social permite a aproximação, na atualidade, do jurídico e do econômico. Esta visão teve-a Savatier não isolado, mas juntamente com outros juristas, ao assinalar que as ‘ciências jurídicas e as ciências econômicas mantêm estreita relação com os comportamentos humanos.’” Embora apontar o Direito como ciência do comportamento, como adverte VILLELA, “não é, em rigor, suficientemente extenso para alcançar os limites mais remotos da sua identidade epistemológica. Nem sempre, com efeito, a ordem jurídica reclama ações humanas, vale dizer, condutas ou comportamentos, para que se ponha em movimento.” Nesse diapasão, a idéia de fato jurídico em sentido estrito. Cf. VILLELA, João Batista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 255.

² GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 26.

O Direito estuda as formas de regulação das diversas manifestações dessa conduta humana. E é a norma, na concepção metodológica e formal de KELSEN³, o meio pelo qual essa regulação se exterioriza. O Direito, segundo ele, “*é uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regula o comportamento humano.*”⁴

Nessa perspectiva, é fácil antever que muitas das normas poderão ter por conteúdo a atividade econômica, enquanto manifestação do próprio comportamento do homem.

Essa aproximação, aos iniciados no estudo do Direito Econômico, evidentemente, não justifica ou delimita o seu conteúdo, apenas aproxima as duas ciências ao fundamento da atividade econômica.

A propósito dessa aproximação, relevante é a advertência de ESTRELLA FARIA⁵, segundo a qual:

“Foi Karl Marx, no seu estudo preparatório ao clássico *O Capital*, intitulado *Para a crítica da Economia Política* quem, pela primeira vez, vinculou, de maneira mais estreita, o universo das relações jurídicas aos conceitos e ao modo de raciocínio próprio da ciência econômica, insistindo na absoluta dependência do ordenamento jurídico, (...) ao modo de produção capitalista”.

Trata-se, como se infere, de uma aproximação apenas pelo conteúdo econômico, muito distante da concepção atual e democrática do Direito Econômico e suas manifestações normativas.

Nessa visão, o Direito seria condicionado pelo fenômeno econômico. É o denominado “*materialismo histórico*” defendido por Marx, em que o Direito, como toda a realidade social, seria apenas uma superestrutura, de natureza ideológica, condicionada pela infra-estrutura econômica.⁶ Trata-se da primazia do elemento material em relação a todo sistema ético-jurídico-estatal denominado ideologia.

Buscando contrapor-se a esse materialismo histórico, sobreleva a reflexão do neokantiano Rudolf Stammler⁷, segundo a qual, se o *conteúdo* dos atos humanos é econômico, a sua *forma* é necessariamente jurídica. Fora da regulação jurídica, nenhum elemento social é possível se estabelecer. Só admite o fenômeno econômico como conteúdo.

Com efeito, não é possível compreender a realidade humana partindo unilateralmente da Economia, que é um setor da multiforme atividade do ser humano. Trata-se, segundo Stammler, de inversão da concepção marxista a propósito da relação Economia e Direito.

De toda sorte, se não defendemos a mera homologação dos postulados econômicos pelo Direito, não prescindimos, outrossim, da advertência de LORENZETTI⁸ sobre a intenção de muitos autores “*de ignorar as leis de outras ciências, como se o Direito pudesse funcionar de uma forma autônoma. Esta é uma vã pretensão: escapa ao nosso poder ordenar que as ondas do mar se detenham; também não podemos derrogar as leis científicas.*”

Não se pode falar, em tempos de crescente complexidade da sociedade contemporânea, em exclusividade ou pureza da abordagem dogmática. Em verdade, essa relação não é de causalidade absoluta, os fenômenos jurídicos (“dever-ser”) e econômicos

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4.

⁴ KELSEN, *Op. cit.*, p. 5.

⁵ ESTRELLA FARIA, Guiomar T. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994, p. 19.

⁶ Cf. HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1981, p. 218-251.

⁷ Cf. STAMMLER, Rudolf. *Economia e direito*. Madri: Editorial Reus, 1929.

⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.410. Confira-se, outrossim, sobre a mútua relação entre Direito e Economia, a clássica obra de MOREIRA, Vital. *Economia e constituição*. 29ª ed. Coimbra: Coimbra, 1979.

("ser"), como manifestações sociais, sofrem recíprocas influências.

Com efeito, a condução do fenômeno econômico pelo Estado ou a necessidade de intervenção estatal no domínio econômico não define Direito Econômico.

Em verdade, o Direito Econômico tem por objeto a regulação da realidade econômica em termos de política econômica.

Mas essa política econômica não se realiza de forma autocrática, ou, noutro dizer, a condução do mercado só se faz sob o pálio de uma **ordem jurídica**. Nesse sentido, percuente a relação temática desenvolvida pelo Professor Rosemiro Pereira Leal: ***Direito – Estado – Mercado***. E, segundo já afirmado pelo próprio Professor⁹, o Direito Econômico se liberta da figura do Estado e dos sistemas, regimes ou modelos de governo adotados.

Daí a perspectiva segundo a qual o "*Direito Econômico vem a ser justamente esse conjunto normativo que rege as medidas de política econômica encetadas pelo Estado.*"¹⁰

Ou, segundo Jacquemin e Guy Schrans¹¹, o Direito Econômico não é o direito do Estado ou da Economia, **mas é um direito em que o Estado e Economia são aspectos da realidade jurídica**. Realidade que se afigura peculiar no trato do fenômeno econômico, anunciando característica própria do Direito Econômico.

3 A REALIDADE JURÍDICA E A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA

Interpretando os artigos 170, 173 e 174 da Constituição da República de 1988, pode-se asseverar que a ordem jurídico-econômica nacional se consubstancia em uma economia de mercado, socialmente controlada, competindo ao Estado a função primordial de agente normativo e regulador; e, aos agentes econômicos privados, a função empresarial.

Na dicção principiológica do sempre lembrado art. 170, vislumbra-se a realidade normativa de um modelo capitalista, em que ao Estado, desvinculando-se da ação direta no e sobre o domínio econômico (Estado empresário), atribui-se vocação de tutela e promoção dos valores constitucionais da soberania nacional, da propriedade privada em sua perspectiva funcional, da livre concorrência, da defesa do consumidor, da defesa do meio ambiente, da redução das desigualdades regionais e sociais, da busca do pleno emprego e do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

Ao Estado, então, atribui-se a primazia da ação mediata, da ação indireta na promoção da ordem econômica, mediante as funções de *fiscalização, incentivo e planejamento*, a teor do art. 174, *caput*, da Constituição da República.

Nesse sentido, as relações dos agentes econômicos, no âmbito do mercado, devem ser gravadas pela liberdade, pela livre competição, devendo as condutas anticoncorrenciais serem afastadas em uma perspectiva preventiva, ou, na exegese gramatical do § 4º do art. 173 da Constituição, serem reprimidas.

Essa política de prevenção e repressão de comportamentos contrários à ordem jurídico-econômica, na perspectiva da concorrência, é levada a cabo pelo Estado por intermédio do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sobrelevando a importância do CADE, na função de ente administrativo que julga atos concretos dos agentes econômicos à luz das regras e princípios constitucionais e legais da ordem econômica.

Ao CADE se atribui a função de aplicar as penalidades e medidas **administrativas** previstas na Lei n. 8.884/94, valendo-se a propósito dos instrumentos legais de **investigação**

⁹ Cf., LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. 2. Ed. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1999, p. 169.

¹⁰ LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 24.

¹¹ JACQUEMIN, Alex, SHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Press Universitaires de France, 1974, p. 9.

preliminar, processo administrativo, do acordo de leniência, compromisso de desempenho e do compromisso de cessação de prática.

Sobressai, outrossim, a atribuição complementar dos conhecidos entes de regulação (“*agências reguladoras*”)¹² que não julgam, mas que podem regular (regulação prudencial) condições de concorrência entre agentes econômicos, públicos ou privados, de determinado setor da economia, *v.g.*, energia elétrica, telecomunicações, petróleo.

E o **Ministério Público**, na esteira de sua vocação constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, incluindo a defesa da ordem jurídico-econômica, deve cingir-se à condição de simples observador das ações levadas a cabo pelo CADE e pelos entes de regulação na promoção do princípio constitucional da livre concorrência ?

4 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROMOÇÃO DA CONCORRÊNCIA

A resposta à questão proposta é, a toda evidência, negativa.

De pronto, muitos suscitam a constitucional atribuição de promoção privativa da ação penal pública, a teor do art. 129, I, da Constituição da República.

Com efeito, a persecução dos delitos em prejuízo da livre concorrência, tipificados, notadamente, nos artigos 4º, 5º e 6º, da Lei n. 8.137/90, procede-se mediante ação penal pública.

Trata-se, evidentemente, de clássica atribuição criminal, encontrando-se o Ministério Público brasileiro já bastante evoluído, valendo notar proposição de convênio entre os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério da Justiça, em que sobressai a colaboração do *parquet*, que dispõe de típicos instrumentos de investigação, inclusive a legitimidade de pedidos judiciais de escuta telefônica, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal. Instrumento relevante de obtenção de provas, sobretudo em face da prática de cartéis¹³, que, sendo organizações informais, criadas e mantidas na clandestinidade, são realidades de difícil comprovação.

Nesta proposta de convênio, observa-se a importante comunicação de informações. Cumprindo à Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda – SEAE – enviar ao Ministério Público informações e provas que forem obtidas, no âmbito da investigação administrativa e nos procedimentos administrativos referentes à apuração de cartel. No mesmo sentido, cumpre ao Ministério Público disponibilizar elementos obtidos no âmbito da apuração cível e criminal.

Sublinhe-se que resta superada a discussão sobre a competência de processamento e julgamento das condutas tipificadas na Lei n. 8.137/90. Como bem sintetizado por SCIORILLI¹⁴:

“em matéria de combate aos crimes contra a ordem econômica e contra a economia popular, ganha especial relevo a atuação dos Ministérios Públicos Estaduais. Isto porque, como se tem decidido, a competência para o processo e julgamento de tais delitos é da Justiça Estadual, e não Federal. A competência desta última só tem sido admitida, à luz do disposto no art. 109, incisos IV e VI da Constituição Federal, nas hipóteses em que houver previsão

¹² Trata-se de infeliz e pura tradução da denominação americana ‘regulatory agencies’. Infeliz, porquanto se contrapõe a nossa tradição de ‘conselhos’, em uma demonstração manifesta de tudo copiar sem ajustes ao modelo ou análise da realidade vivenciada.

¹³ Trata-se de prática colusiva. Segundo o então Conselheiro do CADE Ruy Santacruz, Processo Administrativo n. 08000.015337/94-48, cartel é “*um acordo entre empresas, no qual, na maioria das vezes, o preço é fixado ou o mercado é dividido.*”

¹⁴ SCIORILLI, Marcelo. *A ordem econômica e o ministério público*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 122/123.

expressa de lei ou quando atingidos bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades”.

Mas a atribuição do Ministério Público, na promoção e tutela da livre concorrência, não se cinge à relevante atribuição criminal. Dispõe a instituição, de igual modo, do dever de adoção de medidas, preventivas e repressivas, de **responsabilidade civil** dos agentes econômicos que atuam no mercado.

Nesse ponto, impende bem divisar as atribuições, afastando-se a aparente superposição de poderes.

Ao CADE compete a atribuição exclusiva, no âmbito da **concorrência**, de aplicar e propor **medidas e penalidades administrativas** previstas na **Lei n. 8.884/94**.

Os **entes de regulação** (“agências reguladoras”), também, dispõem de medidas e mecanismos administrativos, porém se limitam à denominada regulação prudencial.

Por sua vez, o **Ministério Público**, a par da exclusiva atribuição de promoção criminal, pode e deve: a) informar o CADE sobre eventual ilícito anticoncorrencial, para fins de eventual medida prevista na legislação de regência; e, particularmente, b) propor medidas preventivas (medidas cautelares, termos de ajustamento de conduta e **não** acordo de leniência ou compromissos de desempenho ou de cessação de prática) e repressivas (ação civil pública), objetivando determinar responsabilidade civil por eventuais danos à ordem econômica, aqui, representada pelos interesses metaindividuais (individuais homogêneos, coletivos ou difusos) dos consumidores.¹⁵

Sublinhe-se que, nesse diapasão, nem todo ilícito no âmbito das relações de consumo consubstancia infração à livre concorrência¹⁶, mas toda conduta anticoncorrencial representa prejuízo, direto ou potencial, aos interesses dos consumidores. É, nessa última hipótese, no âmbito da defesa da concorrência, que sobressai a possibilidade de ação, extrajudicial e judicial, do Ministério Público.

A propósito, merece relevo a conclusão de CINTRA¹⁷, em artigo intitulado *Os Ministérios Públicos estaduais e a lei antitruste*:

“Não competindo à Justiça Federal o processamento e julgamento das ações que tenham por fim a prevenção ou a reparação de danos a interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos dos consumidores, oriundos de práticas contrárias à ordem econômica, cabe aos Ministérios Públicos Estaduais tomar iniciativa em relação ao seu ajuizamento”.

No âmbito de tutela das relações de consumo, o *parquet* já se afigura em elevado e crescente nível de ação. A problemática se apresenta, quando eventual dano aos interesses do consumidor tem como causa conduta anticoncorrencial ou, noutro dizer, apresenta repercussão imediata nas relações de concorrência (interesse essencialmente difuso).

¹⁵ Evidentemente, que a melhor forma de tutela da ordem jurídico-econômica se procede mediante a tutela inibitória, a ação civil pública repressiva só deve ser o instrumento utilizado na hipótese de não satisfação da apontada tutela preventiva.

¹⁶ Conforme já decidiu o CADE, procedimento administrativo n. 131/93, citado por FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga (org.) *Direito da concorrência: case law*. São Paulo: Singular, 2000, p374/375, “A adoção de contrato padrão, não é, per se, conduta condenável pela Lei n. 8.884/94. Apenas quando verificarem os efeitos previstos no art. 20 desse diploma é que são eles passíveis de questionamento pela autoridade de defesa da concorrência. Em temas de contratos de prestação de serviços educacionais, as cláusulas abusivas à luz do Código de Defesa do Consumidor, a imposição de reajuste mensal vinculado a índices de inflação e o repasse de preço de incremento de custos são matérias estranhas ao Direito da Concorrência.”

¹⁷ CINTRA, Luís Daniel Pereira. Os ministérios públicos estaduais e a lei antitruste. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, outubro-dezembro, 1994, p. 63/67.

Exemplificativamente, a prática ilícita de venda casada¹⁸, sem dúvida alguma, consubstancia ilícito em detrimento das relações de consumo. Contudo, a mesma conduta, tipificada, inclusive, na Lei n. 8.884/94, pode configurar ilícito anticoncorrencial, se tiver por objeto os efeitos previstos no art. 20 do citado diploma legal: *limitar; falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente lucros ou exercer de forma abusiva posição dominante*.

Enfim, essa mesma prática de venda casada deve encontrar resposta, no âmbito administrativo, notadamente por intermédio da autoridade antitruste (CADE). Mas o Ministério Público, de igual modo, deve promover as eventuais medidas preventivas (tutela inibitória) e, se for o caso, ações de responsabilidade civil e criminal pertinentes (tutela repressiva).

Nesse mister, deve exercer a difícil tarefa de, no caso concreto, determinar o conteúdo de hipóteses normativas com expressões intencionalmente de vagueza semântica, como, por exemplo, *mercado relevante e poder de mercado*.

Esse é um dos grandes desafios, de agora e do amanhã, do Ministério Público. Situar-se em uma realidade de constante mutação e internacionalização do fenômeno econômico. Não há como prevenir e reprimir ilícitos de mercado, desconhecendo-se os fundamentos da teoria econômica.

Nem se diga que essa análise econômica cabe exclusivamente ao CADE.

Em verdade, as instâncias administrativa, criminal e civil são relativamente independentes, podendo, por exemplo, a celebração de acordo de leniência, nos termos do art. 35-B, da Lei n. 8.884/94¹⁹, impedir o oferecimento da denúncia-crime, mas tal ato-negocial não apresenta o efeito de **prejudicialidade absoluta** de outras possíveis medidas ou respostas jurídicas. O acordo de leniência é um instrumento que, mediante determinadas condições legais, atribui benefícios ao agente econômico que confessa sua participação no ilícito concorrencial e coopera, plena e permanentemente, com as investigações.

A propósito, uma prática ilícita de cartel pode ser objeto do referido acordo, impedindo a promoção, quanto aos infratores beneficiários, da persecução penal. Contudo, ainda que o CADE não aplique qualquer penalidade administrativa, cumpre ao Ministério Público a promoção de termo de ajustamento de conduta ou mesmo de ação civil pública, em razão da responsabilidade civil pelos danos causados a consumidores, pela prática dessa restrição horizontal do mercado, e, para tanto, impende o estudo da análise econômica, para melhor fundamentar sua pretensão e comprovação da materialidade do indigitado ilícito e seu alcance.

Com efeito, pugna-se pela imperiosa necessidade de especialização institucional em Direito da Concorrência, à guisa do ideal de Maurice Byé²⁰ de uma magistratura econômica, pelo qual se propõe a institucionalização de Órgãos jurisdicionais especializados na resolução dos temas suscitados pela economia.

Propõe-se a crescente cooperação institucional entre o Ministério Público e os entes públicos, nacionais ou estrangeiros, de promoção da concorrência; a harmonização e

¹⁸ Segundo o art. 21, XXIII, da Lei n. 8.884/94, trata-se de “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.” Trata-se de prática vedada de exclusão.

¹⁹ “Art. 35 – B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência com a extinção da ação punitiva da administrativa pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte (...).”

²⁰ Cf. VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janv.mars 1964; JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments Structurels d'une Magistrature Économique. *Revue Trimestrielle de droit commercial*, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977.

maior comunicação entre os Órgãos de execução e apoio do Ministério Público, diretamente relacionados com a tutela de relações de mercado: consumidor, ordem econômica e criminalidade dita macroeconômica; tudo com vistas, respeitada a garantia da independência funcional, ao desenvolvimento e aprimoramento institucional no trato de questões próprias da política econômica de promoção da concorrência, que, sublinhe-se, não são mais complexas do que as dificuldades que se apresentam, diariamente, nas investigações e ações ministeriais de desvio de recursos públicos, lavagem de dinheiro, crimes fiscais, falimentares ou contra o sistema financeiro nacional.

Enfim, se o mito da complexidade ou dificuldades de matizes diversas nunca foi entrave ao caminhar do Ministério Público, não poderá ser, também, na busca de promoção e tutela da livre concorrência.

Trata-se de refletir e melhor pensar o Ministério Público na promoção e tutela desse relevante interesse público, que, sublinhe-se, ganha contornos específicos pela mutabilidade e internacionalização crescente do fenômeno econômico. Ignorar essa realidade, ou pior, apontá-la como utópica ou meramente acadêmica, é afastar a Instituição do atual debate e contexto econômico-social.

5 CONCLUSÕES

O Ministério Público brasileiro, em razão de sua atribuição constitucional de tutela dos interesses metaindividuais, tem o poder-dever de tutela da livre concorrência, valendo-se da possibilidade de representação de condutas ou acordos suspeitos dos agentes econômicos ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, para as medidas administrativas previstas e exclusivas na Lei n. 8.884/94; da persecução penal pública e medidas de investigação criminal e, por fim, de procedimentos com vistas à prevenção e responsabilidade civil por danos, efetivos ou potenciais, aos consumidores.

A adoção desses mecanismos de ação pelo Ministério Público pressupõe aprimoramento dos conhecimentos de teoria econômica, a ser fomentado mediante instrumentos de cooperação técnica, nacional ou internacional; bem como pela harmonização interna dos Órgãos de apoio e execução com atribuições de tutela da ordem jurídico-econômica, em sentido amplo, sensibilizando-os da imperiosa necessidade de análise de condutas dos agentes econômicos no mercado, também, à luz do Direito da Concorrência.

ABSTRACT: *The article's objective is to provoke the following reflexion: site the Public State Ministry as indispensable Institution with the duty of contribute with the promotion of competition, interest essentially diffuse, that doesn't necessarily confuse with the collective interest or barely individual homogeneous of the consumer's relations, or yet, doesn't restrict it self to the criminal aspect.*

KEYWORDS: *Public prosecution service. Competition. Diffuse interest. Economic Analysis of Law*

6 REFERÊNCIAS

CINTRA, Luís Daniel Pereira. Os ministérios públicos estaduais e a lei antitruste. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, outubro-dezembro, 1994.

ESTRELLA FARIA, Guiomar T. *Interpretação econômica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1994.

- GALVES, Carlos. *Manual de economia política atual*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- HUNT, E.K. *História do pensamento econômico*. Trad. José Ricardo Brandão Azevedo. 7. ed. Rio de Janeiro: Campus.
- JACQUEMIN, Alex, SHRANS, Guy. *Le droit économique*. Paris: Press Universitaires de France, 1974.
- JACQUEMIN, Alex, SCHRANS, Guy. Éléments Structurels d'une Magistrature Économique. *Revue Trimestrielle de droit commercial*, Paris, n. 3, juillet-septembre 1977.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. 2. Ed. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1999.
- LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco. *Direito econômico*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. III. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SCIORILLI, Marcelo. *A ordem econômica e o ministério público*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.
- STAMMLER, Rudolf. *Economia e direito*. Madri: Editorial Reus, 1929.
- VASSEUR, Michel. Un nouvel essor du concept contractuel: les aspects juridiques de l'économie concertée et contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janv.mars 1964.
- VILLELA, João Batista. Do fato ao negócio: em busca da precisão conceitual. *In Estudos em homenagem ao professor Washington de Barros Monteiro*. São Paulo: Saraiva, 1982.



A RELAÇÃO DE CONSUMO E A FIXAÇÃO DO PREÇO INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.962/04

Renato Franco de Almeida*
Aline Bayerl Coelho**

RESUMO

Analisa a inconstitucionalidade da Lei de precificação ante a negação do legislador em concretizar o princípio da dignidade humana e da informação.

Palavras-chave: Lei de precificação. Inconstitucionalidade. Princípio da Dignidade humana e da Informação.

Sumário:

1 – Introdução. 2 – Da idéia de Estado e os interesses subjacentes: evolução. 3 – A defesa do consumidor como direito fundamental: a natureza da norma do inciso XXXII do art. 5º da CR/88. 4 – Preenchimento axiológico do termo “defesa” estampado no preceptivo Constitucional e a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. 5 – Conclusão. 6 – Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em sistemas econômicos capitalistas, devido a razões ontológicas, o capital, aqui entendido como a classe econômica que detém os meios de produção, locupleta-se do *status quo* e, portanto, tenta, através do Estado ou não, conservar determinados privilégios em detrimento do desenvolvimento socioeconômico de todo corpo social. Tal fenômeno é mais claramente percebido nos países do chamado Terceiro Mundo, onde a fragilidade das Instituições políticas abre flancos pelos quais o capital cerceia a vida efetivamente democrática.

Não raras vezes, a metodologia aplicada pelo setor dominante para a conservação dos seus privilégios consiste na construção de um documento constitucional cujos preceptivos garantam a existência e a continuidade de institutos político-jurídicos que dêem supedâneo à estratificação sócio-econômica, como é o caso das constituições que se restringem à organização do Estado, deixando ao mercado a atribuição de sua auto-regulação. Em outras, mesmo que o documento constitucional possua caráter democrático, institutos progressistas, etc., tal desiderato, qual seja, a manutenção dos privilégios, será auferido mediante a pura e simples desobediência aos preceitos constitucionais, mediante o falacioso argumento da eficiência econômica. Trata-se aqui das chamadas Constituições Dirigentes, onde a Ordem Econômica, segundo o texto constitucional, será direcionada a um determinado fim. A primeira prática se mostra mais corriqueira nos países chamados desenvolvidos – sem embargo da existência de cláusulas constitucionais diretivas no corpo do documento

* Promotor de Justiça de Defesa do Consumidor em Belo Horizonte, Especialista em Direito Público, Mestrando em Direito Político, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela *Universidad del Museo Social Argentino*, Professor de Pós-Graduação *lato sensu*, Professor Conferencista em Direito do Consumidor e Econômico do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, refranco@uai.com.br / renatofranco@mp.mg.gov.br

** Advogada especializada em Direito de Empresa e Relações de Consumo, Especialista em Direito Processual pela PUC-BH, Mestranda em Direito Privado, Membro da Comissão de Defesa do Consumidor – OAB/MG, associada BRASILCON, abayel@uai.com.br

fundamental –, enquanto a segunda, nos subdesenvolvidos. Ressalte-se que a desobediência operada ao texto constitucional não se restringe a condutas particulares, dos atores da sociedade civil. Ao revés, o Estado, por quaisquer de suas funções, reiteradas vezes, malfere o texto constitucional, seja formal, seja materialmente. Assim é que o presente estudo tem por escopo analisar a compatibilidade da Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, com a Constituição da República, notadamente do inciso II do art. 2º da mencionada lei. Isto porque supracitada norma jurídica regulamenta o direito de informação que deve ser prestada pelo fornecedor de produtos e serviços, mitigando-o, em duvidosa compatibilidade com preceitos constitucionais, mormente em se tratando de uma Constituição dirigente, como a de 1988.

2 DA IDÉIA DE ESTADO E OS INTERESSES SUBJACENTES: EVOLUÇÃO

Frise-se, de início, que, por mais paradoxal que possa a vir a ser, não vivemos, absolutamente, no Estado tal qual ele é, porém sobre a *idéia* de Estado, onde reside o objetivo indistigável de fomentar a convivência pacífica dos indivíduos em uma sociedade de classes socioeconômicas diversas, sempre com predomínio de uma delas.

A filosofia do Idealismo – que vem desde de a Grécia, com Platão – entendeu os objetos reais como mera representação imperfeita de uma idéia, conquanto inalcançável pelo intelecto humano.

Com o Estado ocorre fenômeno idêntico. Já que inconcebível a coexistência de classes díspares de indivíduos, como afirmado, sob o aspecto social, econômico, financeiro, cultural, etc., imaginou-se um Estado ideal onde coexistem variadas espécies de personalidades humanas e grupos sociais, sem que, contudo, se autodestruíssem, porquanto a classe que detém o poder incute nas mentes dos membros das demais classes noções impossíveis de definir, que, ao mesmo passo, representariam o Estado em seus objetivos, fins e conseqüências, como, *e. g.*, o interesse público, a ordem social, a ordem jurídica e expressões outras que, nem mesmo com muito esforço, chegar-se-á a definições concretamente aceitáveis, porquanto tais objetivos só existem no mundo das idéias, idéias estas que são inseridas, através de ideologia, na mente dos indivíduos, sem que se pergunte o que são, sem que se questione para que servem, porque, se assim não fosse, se assim não nos convencêssemos, a vida em comunidade tornar-se-ia insuportável, até mesmo inimaginável.

Tal técnica mascarava – como até hoje – o sistema econômico capitalista, ou seja, o modo de produção capitalista (MOREIRA, 1987: 66)

Note-se, ainda, que a metodologia adotada parece (somente aparência) perfeita, qual seja, a *lógica formal*. Não obstante, faz-se mister, para atingirmos a essência dos institutos e princípios jurídicos, e não a mera existência, um repensar crítico sobre essa espécie de *lógica*, evoluindo, consequentemente, para a *lógica dialética*.

Daí afirmar Mialle (1994: 50):

“Para que, no sistema capitalista onde os homens estão profundamente divididos em classes antagonicas, uma vida social ainda assim seja possível, é necessário que exista uma estrutura política, cuja função primeira será ordenar a desordem, reconciliar aparentemente indivíduos que tudo separa, velar pela salvação pública. Esta instituição, sabemos-lo, é o Estado... Ora, e é o que muitos esquecem às vezes, esta existência da idéia de Estado é importante para o próprio funcionamento das estruturas estatais. Se cada um de nós não estiver intimamente convencido da necessidade de um Estado, quer dizer, do valor desta (aparente) função de apaziguamento e de regulamentação pacífica dos conflitos, se cada um de nós não acreditar que existe um bem comum, distinto e superior aos nossos interesses

particulares, torna-se difícil fazer funcionar o Estado, isto é, concretamente a administração, os tribunais, o exército e, de uma maneira geral, todas as instâncias a ele ligadas. Assim se impõem, na prática e nas consciências, noções tais como: interesse geral, direitos e deveres do cidadão, soberania, razão do Estado, vontade da administração e outras tantas ‘expressões’ sem as quais, afinal, o funcionamento da instituição estatal estaria comprometido.”

De efeito, resta evidente que a idéia de Estado produzida pelas sociedades capitalistas tem por fim uma aparente acomodação de classes socialmente distintas, ou seja, de interesses – muitas vezes não conscientes no seio dessas classes – diversos e divergentes, no universo complexo que é a Sociedade.

Em razão dessa divergência e diversidade, vislumbram-se interesses que o aspecto histórico distingue, variando a primazia de uns sobre outros, de acordo com a ideologia dominante da época.

Assim, tem-se inaugurada em 1789 a era da primazia do *interesse individual* – plasmado no princípio da *autonomia da vontade* e da *liberdade contratual* – sobrepondo-se ao *interesse público*¹, com a atrofia do Estado em benefício do indivíduo como centro de toda liberdade e razão até então impensadas.

Em escólio, Frias (1941: 18) traduz as relações sociais então preponderantes:

“El individualismo liberal enraiza en la filosofía kantiana, en que todo se reduce a dos términos: la **libertad**, objeto propio del derecho y la **razón** su creadora. Concibe al hombre como un **fin en sí**, libre respecto de los otros, pero convertido en su propio esclavo; autor de la ley y servidor de la misma, legislador y juez, soberano y súbdito en la república de los seres razonables y libres. En última síntesis, todo se reduce a la **autonomía de la voluntad humana...**”

A autonomia da vontade preconizada pelo Autor, juntamente com a razão humana, era, ao apagar das luzes do século XVIII, início e fim da sociedade perfeita, em que o mercado livre (isto é, sem ingerência do Estado) se encarregaria de aparar as desigualdades eventualmente existentes.

A importância depositada no interesse individual (consubstanciado aqui na *autonomia da vontade* e na *liberdade contratual*) exagerou-se a ponto de o Código Civil Napoleônico de 1804 dificultar sanções a figuras como a lesão contratual, usura e o abuso do direito (FRIAS, 1941: 19).

Não se diga, porém, que a noção de individualismo teria nascido por acaso. Definitivamente, não.

De efeito, a ideologia preponderante à época possuía seus escopos que restavam dissimulados ante a pregação do direito de *liberdade* e da *razão* como únicos direitos inatos ao homem.

Inequivocamente, tal ideologia tinha por fim o desmantelamento dos grupos, criando-se, a partir de então, o *atomismo*, conseqüência determinante na mudança dos meios de produção, que, de seu turno, será influenciado por outras instâncias da superestrutura – notadamente a ideológica e jurídica – inaugurando um novo sistema socioeconômico: o capitalismo-burguês.

“Reciprocamente, declarar que todos os homens são sujeitos de direito livres e iguais não constitui um progresso em si. Significa tão-somente que o modo de produção da vida social mudou. A ‘**atomização**’ da sociedade pelo desfazer dos grupos que a estruturavam não é pois um efeito evidente do viver melhor ou de uma melhor consciência, exprime apenas um outro estágio das transformações sociais. Constatá-lo-íamos facilmente nos caos que nos

¹ Por *interesse público* queremos nos referir ao interesse do Estado enquanto Poder Público, tão-somente.

apresentam actualmente os países do terceiro mundo: a introdução da dominação capitalista sob a forma colonial e neocolonial produziu aí este efeito do desfazer do grupo social numa multiplicidade de indivíduos isolados a partir daí... Alguns estudos interessantes deste ponto de vista mostram como a pouco e pouco os indivíduos se tornam mais ‘autônomos’ nas suas práticas e nas suas representações ideológicas.” (MAILLE, 1994: 117)

Em conclusão, assevera, ainda, o Prof. Miaille (1994: 119-21):

“Fica-se, pois, com a noção de que a categoria jurídica de sujeito de direito não é uma categoria racional em si: ela surge num momento relativamente preciso da história e desenvolve-se como uma das condições da hegemonia de um novo modo de produção... Pela categoria de sujeito de direito, ele mostra-se como parte do sistema social global que triunfa nesse momento: o capitalismo. É preciso, pois, recusar todo o ponto de vista idealista que tenderia a confundir esta categoria com aquilo que ela é suposta representar (a liberdade real dos indivíduos). É preciso tomá-la por aquilo que ela é: uma noção histórica.”

De efeito, divisa-se, como acima afirmamos, que a *idéia* de liberdade tem por escopo a dissociação dos grupos como forma de isolamento humano a facilitar, no mercado de trocas, a compra da força de trabalho no novo sistema então instaurado: o capitalismo.

Por via de consequência, a instância jurídica, no particular, tem relevância demasiada, visto criar a figura do *sujeito de direito*, imprescindível para a configuração concomitante do *interesse individual*, o qual chega aos códigos liberais via *autonomia da vontade* e *liberdade contratual* – no que toca ao direito material; e via *princípio da demanda*, antigo *princípio dispositivo* – no que concerne ao direito processual.

Entretanto, a crise dos fundamentos do individualismo pôde ser sentida desde os tempos da Revolução Francesa até os nossos dias (FRIAS, 1941: 22-23), sendo que, principalmente a partir do século XIX, o interesse individual começa a ser limitado pelo intervencionismo estatal.

Isto porque, como acentua Moreira (1987: 44):

“A explicação desta clivagem entre o modelo e a realidade deve ver-se em que o modelo liberal não pretendia, em primeiro lugar, ser uma interpretação da realidade. Foi, desde logo, um modelo normativo e, depois, um aparelho ideológico do capitalismo. O liberalismo clássico é efetivamente ‘a ideologia do alto capitalismo’.”

De efeito, já no limiar do século XX, procedeu-se a uma certa ruptura com a *idéia* de liberdade quase total – em razão da desigualdade inevitável que decorre do sistema liberal – com a profunda ingerência do Estado na proteção dos vulneráveis. Vislumbra-se, aqui, uma evidente preocupação com a inércia estatal de outrora que, em parte, ensejou as desigualdades atualmente experimentadas. Inaugura-se, de certa forma, a preponderância do *interesse público* sobre o *interesse individual*.

Interessa ao objeto do nosso trabalho como tal fenômeno desenvolveu-se no campo da ciência jurídica.

Não obstante, podemos, mesmo que perfunctoriamente, cogitar de outros aspectos, mormente o social, cuja importância releva ser mencionada como constituinte da nova mentalidade de Estado advinda da mitigação de dogmas liberais burgueses.

Com efeito, no campo social surgem grupos intermediários de expressão na defesa de interesses de mesma qualidade, ou seja, aqueles situados entre o indivíduo e o Estado, tais como os sindicatos e as associações.

“Em suma: a separação de princípio entre o Estado e a economia deu lugar à interpenetração recíproca, num processo de politização do econômico ou de economização

do político. Ao princípio liberal do primeiro capitalismo, e à efetiva não intervenção econômica do Estado, sucede o princípio intervencionista e uma ampla actividade do Estado no campo econômico. Do Estado-guarda-nocturno, abstencionista e ‘negativo’ passa-se ao Estado afirmativo ou positivo. Enfim, noutra perspectiva que inclui ambos os aspectos da questão, ao capitalismo de concorrência, liberal e ‘privado’, substitui-se o ‘capitalismo-monopolista-de-Estado’.” (MOREIRA, 1987: 52)

É o ressurgimento, *mutatis mutandis*, em âmbito social, dos grupos de indivíduos que a Revolução Francesa, ao argumento da instauração de um sistema de liberdade, como vimos, *atomizou*, e que, segundo Frias (1941: 34), citando Gurvitch, advém do todo social subjacente: “*El derecho social – según Gurvitch – es un derecho autónomo de comunión, que integra de una manera objetiva cada totalidad activa real, (y) que encarna un valor positivo extra-temporal.*”

Assim, em um real movimento de fluxo e influxo, as comunidades (isto é, os grupos sociais) realizam seus direitos, mesmo que à revelia do Estado legislador. (FRIAS, 1941: 35)

Por via de consequência, instaurar-se-á um direito fulcrado nos movimentos sociais subjacentes, é dizer, nos movimentos dos grupos sociais que, como fenômenos sociais, estão alheios ao direito legislado do Estado.

“El derecho social se dirige, en su capa organizada, a sujetos jurídicos específicos – personas colectivas complejas – tan diferentes de los sujetos individuales aislados como de las personas morales – unidades simples – que absorben la multiplicidade de sus miembros en la voluntad única de la cooperación o del establecimiento.” (FRIAS, 1941: 35)

Tal preponderância irá levar o Estado a uma socialização, é dizer, a uma preocupação com o aspecto social do direito, cada vez mais profunda, surgindo, conseqüentemente, a socialização do jurismo.

Como de fácil constatação, tal preponderância é sentida em vários ramos do direito privado, mormente no que toca aos vulneráveis, *v. g.*, consumidores, locatários, trabalhadores, etc.

Assim, ante o extremismo do sistema liberal, flui-se para o meio termo como lugar ideal de convivência humana em sociedade. Em consequência, surge, no bojo dos direitos fundamentais de terceira geração, um *tertius genus*, um terceiro interesse, antes inimaginável, qual seja, o *interesse social*. (MAZZILI, 2001: 43)

Vislumbrada a fraqueza de fundamento do Estado liberal, bem como a prepotência estatal nos modelos socialista-marxistas, propugnou-se elevar o interesse social² sobre os interesses individual e público, ainda como ideal de se perseguir a pacífica convivência em conjunto de interesses díspares.

Frise-se, ademais, que a aparição dos interesses sociais – longe de ser a extinção dos demais interesses – configura a emersão dos direitos sociais inorganizados (FRIAS, 1941: 37) como tentativa de estabelecer um direito organizado com fulcro na natural e espontânea cooperação informal dos indivíduos em sociedade.

No direito brasileiro, em particular, vislumbra-se a socialização do direito privado em várias vertentes. Sob o caráter constitucional, fez com que a onda socializante inserisse no texto da Constituição de 1988 o aspecto da *função social* em institutos que na época da Revolução Francesa eram considerados flagrantes características do sistema que se inaugurava, *v. g.*, a *propriedade*. Surgindo como direito absoluto e intocável pelo liberalismo

² Tem-se por *interesse social* aquele cujo titular é a sociedade, em disparidade ao *interesse público*, cujo titular, como dissemos, é o Estado, enquanto Poder Público.

burguês, no Estado Social o exercício deste direito de propriedade está restrito, sendo sua realização condicionada à função social (art. 5º, XXIII, CR/88). No mesmo sentido – socializante – deu proteção inexorável aos hipossuficientes, tais como consumidor, trabalhador, idoso, criança e adolescente, etc.

Ainda em sede constitucional, o art. 170 do mesmo diploma elenca diversos princípios que a ordem econômica brasileira deve respeitar. De efeito, divisam-se certos limites impostos à iniciativa privada pela defesa do consumidor, ainda pela função social da propriedade, a busca do pleno emprego, etc.

Infere-se daí a inauguração de um Estado Democrático-Social levado a efeito pela Constituição de 1988, o que, como adverte Moreira (1987: 38), não consubstancia uma ruptura no sistema econômico, mas na *forma* econômica, que advém com o escopo de ratificar o sistema.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A NATUREZA DA NORMA DO INCISO XXXII DO ART. 5º DA CR/88

Inicialmente, forçoso consignar que, na atual ambiência constitucional, a defesa do consumidor consubstancia a assimilação do capitalismo como forma de sistema econômico adotado no seio daquele documento jurídico-político, no momento em que reforça a atomização do ser humano, fazendo-o deslembrar-se de sua situação de classe, como demonstrado acima.

Daí a aguda advertência de Grau (2003: 217):

“Primeiro, o atinente ao fato de que, considerando categorias não ortodoxas de interesses – interesses difusos, interesses coletivos, interesses individuais homogêneos – a defesa do consumidor, tal qual outras proteções constitucionais, carrega em si a virtude capitalista de, ao institucionalizá-los, promover a atomização dos interesses do trabalho. Essa perversão, especialmente nas sociedades subdesenvolvidas, não pode ser ignorada.”

Comparato, citado por Grau (2003: 217), coteja as relações produtor x consumidor e capital x trabalho, concluindo pela alienação da primeira:

“Na verdade, a dialética produtor x consumidor é bem mais complexa e delicada do que a dialética capital x trabalho. Esta comporta definições claras e separações radicais, ao contrário daquela. A rigor, todos nós somos consumidores; o próprio Estado é consumidor, e dos mais importantes; e grande parte dos consumidores acha-se, também, inserida no mecanismo da produção, direta e indiretamente. Eis porque, na arbitragem de conflitos desse tipo, nem sempre nos deparamos com uma nítida distinção entre ‘fracos’ e ‘poderosos’ em campos opostos. Os consumidores mais desprotegidos, diante de uma medida administrativa que afete o organismo de produção para o qual trabalham, tenderão a tomar o partido deste e não da ‘classe’ dos consumidores em geral, como tem sido visto, em episódios recentes... A consciência de classe é fruto de uma reflexão sobre a situação dos homens no ciclo de produção econômica, não no estágio do consumo de bens e serviços. Nesta concepção a preocupação com a tutela do consumidor revela-se propriamente alienante.”

Destarte, independentemente do poder econômico de cada indivíduo, ou mesmo pessoa moral, todos podemos ser consumidores em determinada situação concreta frente a um fornecedor profissional de produtos ou serviços. Tal fenômeno enseja, de seu turno, a dispersão de interesses essencialmente comuns em razão da efemeridade da circunstância consumerista, tornando obscura a dicotomia de classes. Assim, possível que ocorra a união de interesses entre pessoas, físicas e/ou jurídicas, de forma esporádica, sendo que

historicamente nunca pertencerão à mesma classe socioeconômica.

Não obstante, avulta de importância o reconhecimento e a consagração da defesa do consumidor como direito fundamental, desdobramento cristalino do princípio da dignidade humana, a limitar o exercício da livre iniciativa como valor protegido constitucionalmente.

Com efeito, sobre não inexistir de forma absoluta hierarquia entre direitos fundamentais – sem embargo da rigidez concedida a algumas normas –, sua admissão, dessarte, restringe-se a hipóteses especialíssimas (MENDES, 2002: 283).

Pois bem.

Segundo a Constituição da República, em seu artigo 5º, XXXII, é dever do Estado fomentar (promover) a defesa do consumidor, na forma da lei. Tratando-se de norma que encerra um *direito fundamental*, conectado ao absoluto princípio da *dignidade humana*, obviamente se sobreporá a dispositivo também constitucional que não possua a mesma natureza, eis que, às escâncaras, não se traduz este em princípio fundamental do Estado Democrático de Direito inaugurado em 05 de outubro de 1988, via de conseqüência, não faz parte do núcleo constitucional rígido. Da mesma forma, pelo princípio da hierarquia das normas, direcionará todo trabalho legislativo infraconstitucional a ser realizado.

Frise-se, no entanto, tratar-se de norma de eficácia limitada à edição de lei para que sua aplicabilidade não seja comprometida. A despeito disso, somente obedecendo a sérias restrições contidas no corpo constitucional o legislador ordinário poderá realizar seu trabalho de complementação constitucional.

Nas palavras de Mendes (2002: 227) trata-se de uma *restrição mediata, verbis*:

“Os direitos individuais enquanto direitos de hierarquia constitucional somente podem ser limitados por expressa disposição constitucional (*restrição imediata*) ou mediante lei ordinária promulgada com fundamento imediato na própria Constituição (*restrição mediata*).”

Além de exigir uma restrição mediata, o preceptivo insculpido no art. 5º, XXXII da CR/88 pressupõe uma *reserva legal qualificada*, que, ainda nas palavras de Mendes (2002: 236):

“Tem-se uma *reserva legal ou restrição legal qualificada (qualifizierter Gesetzesvorbehalt)* quando a Constituição não se limita a exigir que eventual restrição ao âmbito de proteção de determinado direito seja prevista em lei, estabelecendo, também, as condições especiais, os fins a serem perseguidos ou os meios a serem utilizados.”

Assim, como se extrai da simples leitura do dispositivo constitucional referente à defesa do consumidor, a legislação infraconstitucional deverá seguir as vinculações estabelecidas pelo legislador constituinte originário no sentido de promover somente àquela **defesa**, sob pena de inconstitucionalidade.

Dessarte, qualquer manifestação do Estado – seja administrativa, legislativa ou jurisdicional – deverá ter por escopo a promoção da **defesa** do consumidor, sendo que outros fins deverão ser considerados inconstitucionais, em razão de incompatibilidade vertical com o direcionamento ofertado pelo preceptivo da Constituição da República.

A outro giro, forçoso admitir que a *livre iniciativa* encerra um valor constitucionalmente protegido, consoante dispõe o artigo 5º, *caput* da CR/88, o que deixaria em rota de colisão direitos e valores igualmente protegidos pela Carta.

No entanto, trata-se, em verdade, de hipótese de colisão de direitos e valores fundamentais que leva o intérprete a obtemperar sobre os interesses contrapostos. Isto porque, não obstante previsão legal expressa (art. 4º, *caput* CDC), a harmonia nas relações

consumeristas cogitada encerra cínica utopia em se tratando de sociedade composta de classes dispareas, como ocorre em todas as sociedades capitalistas, e, em sede constitucional, avulta de importância a adequação dos princípios, sem que se esvaziem totalmente quaisquer deles.

Via de conseqüência, mister fazer coro com Mendes (2002: 299) quando afirma:

“Embora o texto constitucional brasileiro não tenha privilegiado especificamente determinado direito, na fixação das cláusulas pétreas (CF, art. 60, § 4º), não há dúvida de que, também entre nós, os valores vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana assumem peculiar relevo (CF, art. 1º, III).”

Acolitando tais escólios, divisa-se que na existência de colisão entre este direito fundamental (defesa do consumidor) e determinados valores constitucionalmente protegidos (no particular, a livre iniciativa), preponderará aquele direito em detrimento a estes valores, uma vez que se situa – o direito fundamental – estreitamente ligado ao princípio da dignidade humana, na sua face do *homem-consumidor*.

Neste sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no RE 153.531, Rel. Ministro Marco Aurélio, como nos dá conta, ainda, Mendes (2002: 299):

“Na discussão sobre a legitimidade das disposições reguladoras do preço de mensalidades escolares, reconheceu o Supremo Tribunal Federal que, com objetivo de conciliar os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência e os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, ‘*pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros.*’”

É patente a prevalência – na hipótese de colisão entre direitos fundamentais ou entre estes e valores constitucionalmente protegidos – do *princípio da dignidade humana*, que se desdobra em outros direitos, dentre os quais, a defesa do consumidor.

Em compêndio, força é admitir que, à luz da Constituição da República e de sua hermenêutica mais moderna, sobrepuja de importância a defesa do consumidor quando em conflito com o valor da *livre iniciativa*, por encerrar princípio de maior *peso*, qual seja, o da *dignidade humana*.

4 PREENCHIMENTO AXIOLÓGICO DO TERMO “DEFESA” ESTAMPADO NO PRECEPTIVO CONSTITUCIONAL E A LEI Nº 10.962, DE 11 DE OUTUBRO DE 2004

Como visto, o inciso XXXII do art. 5º da CR/88 encerra um dispositivo constitucional de eficácia limitada à edição de norma complementadora. Ademais, enseja uma *restrição legal qualificada* no momento em que exige determinado comportamento legislativo infraconstitucional, sem o qual se mostra incompatível com o texto fundamental.

Resta, portanto, oferecer um preenchimento axiológico consentâneo com o nível alcançado pela ciência jurídica ao termo “defesa”, naquele dispositivo inserido, sem se deslembra da ideologia constitucionalmente adotada, qual seja, o liberalismo-social.

É cediço que os direitos fundamentais do homem não são dogmas estáticos insertos em um documento fundamental, o qual não acolha progressivas interpretações segundo o natural desenvolvimento humano, bem como as mutações sociais inevitáveis.

Ao reconhecer o paradoxo existente entre vincular o legislador e lhe dar oportunidade de oxigenar a Constituição, assevera Canotilho (2001: 63-4):

“Na posição aqui pressuposta, o problema da vinculação do legislador não é um problema de autovinculação mas de heterovinculação; a legislação não conforma a constituição,

é conformada por ela... A *aporía* da vinculatividade constitucional insiste na *contradictio*: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete ‘atualizar’ e ‘concretizar’ o conteúdo da constituição. Perante este ‘paradoxo’, a proposta a antecipar é a seguinte: *o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não actuação da lei fundamental*. Todavia, a constituição não é nem uma *reserva total* nem um bloco *densamente* vinculativo, a ponto de remeter o legislador para simples tarefas de execução, traduzidas na determinação de efeitos jurídicos ou escolha de opções, cujos pressupostos de facto encontram uma norma exaustiva nas normas constitucionais. Em termos sintéticos: *a não disponibilidade constitucional é o próprio fundamento material da liberdade de conformação legislativa.*”

Dessa forma, a complementação a ser operada pelo legislador infraconstitucional, a despeito de seu dever oxigenador, estará sempre vinculada ao desiderato constitucional.

Com efeito, afirma ainda o constitucionalista lusitano a mutabilidade do homem no atropologismo constitucional referente ao princípio da dignidade humana (CANOTILHO, 2001:34-5):

“1 – O ‘*homo clausus*’ ou o ‘*antropologicum fixo*’. Quando na Constituição Portuguesa se fala em respeito pela ‘dignidade da pessoa humana’ não se trata de definir ou consagrar um ‘*homo clausus*’, nem reconhecer metafisicamente a pessoa como ‘centro do espírito’, nem impor constitucionalmente uma ‘imagem unitária do homem e do mundo’, nem ainda ‘amarar’ ou encarcerar o homem num mundo cultural específico, mas tornar claro que na dialéctica ‘processo-homem’ e ‘processo-realidade’ o exercício do poder e as medidas da *práxis* devem estar conscientes da identidade da pessoa com os seus direitos (pessoais, políticos, sociais e económicos), a sua dimensão existencial e a sua função social.”

Dáí lícito afirmar que os direitos fundamentais não se vinculam ao ser-homem antropológico fixo, e, sim, ao ser-homem histórico-social, cujas vicissitudes serão determinantes para o preenchimento axiológico dos princípios insertos nas Cartas Fundamentais.

Nesta esteira, avulta de importância o direcionamento ofertado pela Constituição da República no que tange ao homem-consumidor, como desdobramento do princípio da dignidade humana.

De efeito, este – o homem-consumidor – terá direito à defesa de seus interesses promovida pelo Estado – frise-se: por quaisquer de seus Poderes – quando em colisão precipuamente com os objetivos da livre iniciativa. Isto porque reconheceu a Carta a existência, diferentemente do passado, de uma sociedade de consumo em massa, e, via de consequência, a vulnerabilidade daquele nominado *consumidor* nesta relação jurídico-sócio-económica.

Dessarte, dentre os variegados conteúdos e formas que referida defesa pode materializar, impende ressaltar o direito à informação, por se tratar, outrossim, de direito fundamental de quarta dimensão, que, nas palavras de Bonavides (1997: 525):

“São direitos da quarta geração o direito à democracia, o **direito à informação** e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.” (*g.n.*)

Ora, por tratar-se de direito fundamental em si, a corroborar a defesa do consumidor que, de seu turno, também constitui direito da mesma espécie, a aludida informação, nas relações consumeristas, deverá ser completa, cuja abrangência facilitará o reconhecimento

pelo consumidor – parte reconhecidamente vulnerável naquela relação jurídica (art. 5º, XXXII, CR/88) – dos caracteres e outras qualidades do produto ou serviço que pretenda adquirir. Daí a necessidade de se defender a completude da informação – sob pena de restar frustrado todo sistema onde os direitos fundamentais são a diretriz.

Mas não é só.

A defesa do consumidor, repetimos, como direito fundamental que é, faz avultar outro aspecto da *informação*, sem o qual restará ainda malferido o preceito constitucional.

Trata-se do *modo* pelo qual a referida informação é transmitida ao consumidor.

Com efeito, se há necessidade jurídica e material de a informação ser completa, com maiores razões a transmissão ao consumidor de tal completude deverá ser total, de maneira que alcance não o homem de intelectualidade média, mas clara a ponto de incidir sobre toda universalidade de cidadão-consumidor independentemente de sua condição intelectual. Em dizeres simples, poderíamos asseverar que a mencionada universalidade se faz necessária na medida em que não somente cidadãos de razoável intelectualidade são consumidores, porém todos o são. Tal conduta – que deve ser do fornecedor de produtos e serviços, cuja imposição é ônus do Estado – mostra-se razoável tendo em vista a realidade do país, onde a grande maioria dos consumidores, a par de possuir algum conhecimento em determinada área do conhecimento humano, não detém sabedoria mínima em outros aspectos.

Assim é que a facilitação no transmitir a informação consubstancia-se em dever de conduta do fornecedor – e, repetimos, cuja imposição é ônus do Estado – que lança produtos ou serviços no mercado de consumo, concretizando regra constitucional que impõe a defesa do vulnerável.

Assim, inevitável o reconhecimento de inconstitucionalidade de quaisquer mitigações que sofra a defesa do consumidor como direito fundamental, seja na abrangência da informação, seja na forma pela qual essa informação é transmitida ao seu destinatário. Isto porque, como afirmado alhures, a mutação social, acompanhada do preenchimento axiológico dos princípios constitucionais, deve fazer o legislador de complementação atualizar os preceitos do documento fundamental. Em outras palavras: vinculado à palavra constitucional, o legislador ordinário somente poderá agir se tiver por direção a concretude gradual do texto constitucional.

Em razão disso, o comando normativo inculcado no inciso II (parte final) do art. 2º da recente Lei federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, padece de inconstitucionalidade face ao art. 5º, inc. XXXII da CR/88, quando dispõe:

Art. 2º - São admitidas as seguintes formas de afixação de preços em vendas a varejo para o consumidor:

I – *omissis*

II – em auto-serviços, supermercados, hipermercados, mercearias ou estabelecimentos comerciais onde o consumidor tenha acesso direto ao produto, sem intervenção do comerciante, mediante a impressão ou afixação do preço do produto na embalagem, **ou a afixação de código referencial, ou ainda, com a afixação de código de barras.** (g.n.)

Antolha-se patente a incompatibilidade do texto legal com o comando constitucional de regência. Isto porque, ao criar a possibilidade de utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras* para informação do preço do produto, o legislador infraconstitucional estabeleceu retrocesso no que tange à concretização do dispositivo constitucional sobre a *defesa* do consumidor, na vertente do modo de transmissão daquela informação.

Isto porque, ao facultar a utilização de *código referencial* ou *afixação de código de barras*, praticou ato legislativo que dá ensejo à dificuldade material na transmissão da informação ao consumidor sobre o principal requisito dos atos negociais, qual seja, o *preço*, fomentando a dúvida ou até mesmo o completo desconhecimento pelo consumidor.

Com efeito, deve-se ter em mente que a concretização do dispositivo constitucional em cotejo com o preceptivo legal exige inequívoco proceder estatal em, gradualmente, preencher a palavra constitucional segundo o desenvolvimento humano e as mutações sociais, onde quaisquer desvios desse desiderato importarão flagrante inconstitucionalidade, visto que o texto da Carta não permite que a vontade legislativa sobreponha-se à vontade constitucional.

De efeito, uma vez reconhecida a existência de uma sociedade de consumo em massa, onde a parte débil é o consumidor, quaisquer mitigações através de legislação infraconstitucional restará iníqua, irrita, incapaz de prover a direção ofertada pela Constituição da República.

Materialmente fácil divisar a utilização de métodos não de todo imunes à má-fé por parte de fornecedores que, no afã da obtenção de lucros a qualquer custo, não informem ou informem de maneira sub-reptícia o preço incidente sobre o produto, a dificultar a necessária transparência que deve existir nas relações consumeristas.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, lícito se mostra afirmar que, sem sombra de dúvida, a Lei Federal nº 10.962, de 11 de outubro de 2004, padece de inconstitucionalidade no seu inciso II (parte final) do seu artigo 2º, uma vez que, às escâncaras, mitigou a forma de transmissão da informação sobre produtos que deverá ser ofertada pelos seus fornecedores, mormente em se tratando do *preço*.

A cristalina inconstitucionalidade reside, portanto, na negação do legislador ordinário em concretizar o princípio da defesa do consumidor, mormente quanto à informação, subvertendo o sistema adotado pelo Legislador Constituinte Ordinário por mera razão de *eficiência econômica*, princípio que deve sucumbir quando em cotejo com aquele da *dignidade humana*, sendo certo, lado outro, que o sistema econômico necessita de pessoas para sua realização e, portanto, em uma tábua de valores, a viabilidade deste não pode sobrepujar a existência daquelas.

Novembro/2004

RESUMEN

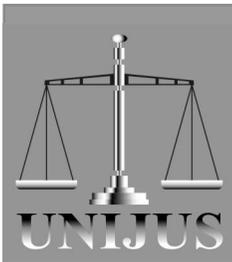
Analiza la inconstitucionalidad de la ley de precificación ante la negación del legislador en concretar el principio de la dignidad humana y de la información.

Palabras-llaves: Ley precificación; Inconstitucionalidad; Principio de la dignidad humana y de la información.

6 REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 755p.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2001. 539p.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ensaio e pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- FRIAS, Jorge A.. **Lo Permanente y lo Mudable en el Derecho**. 2. ed. Buenos Aires: Adsum, 1941. 67p.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem econômica na Constituição de 1988**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327p.
- MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. 576p.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002. 322p.
- MAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. Trad. Ana Prata. 2. ed. Lisboa: Editorial Estampa, 1994. 330p.
- MOREIRA, Vital. **A Ordem Jurídica do Capitalismo**. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987. 196p.



O POSITIVISMO JURÍDICO E A FORMAÇÃO DO OPERADOR DO DIREITO¹

Janaína Nayara Barra*

RESUMO

Neste artigo, procura-se demonstrar o resultado negativo da cultura jurídica positivista/formalista imposta nos meios acadêmicos e praxes forenses. E, também, apontar as influências de tal postura em âmbito processual, constatadas a partir do cotidiano dos Operadores do Direito no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba (UNIUBE). **Palavras-Chaves:** Positivismo. Ciência Jurídica. Operador do Direito. Ensino Jurídico. Mudanças.

Sumário:

1 Considerações Iniciais. 2 O Operador do Direito e a Ciência Jurídica: o Dogmatismo do Positivismo Formalista e sua influência na formação e atuar do jurista. 3 Conseqüências do Positivismo Formalista: Núcleo de Prática Jurídica e a situação dos Jurisdicionados. 4 Novos Paradigmas do Direito e apontamentos para a formação do Operador Jurídico para uma Visão Neo-Institucionalista Democrática. 5 Considerações Finais. 6 Referências

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

“O bacharel deste novo milênio deve ser uma criatura essencialmente ética, atenta a cada fato da realidade, consciente da necessidade de enfrentar questões que não são explicadas pelos códigos, chamados a ouvir, a conciliar, a aproximar partes antagônicas e a cooperar com a realização concreta do justo. Se não dispuser de talento para descobrir-se protagonista de uma nova cena jurídica, urge que se lhe proporcione a habilitação para adversar o repto. A ênfase do aprendizado deve ser outorgada às matérias humanísticas, não apenas às disciplinas operacionais. A dogmática de pouco lhe servirá para vivenciar uma carreira, cuja formação vem sofrendo contínuas mutações. O sentido único do direito, neste umbral de milênio, é do respeito aos direitos fundamentais do ser humano. Esse projeto axiológico é essencial para que a sociedade se exteriorize como comunidade ética. Já proclamou-se que a criatura humana é a medida de todas as coisas e, em torno de sua realização integral, até a plenitude possível, deve orientar todas as políticas, inclusive a da formação do bacharel. Se o direito, na sua totalidade, não estiver a serviço da justiça, todos os esforços serão ineficazes.”²

A presente discussão alicerça-se em reflexões quanto ao papel desempenhado pelo Operador do Direito e principalmente sobre o processo de formação acadêmica desse profissional.

* Acadêmica do 11º Período de Direito Noturno da Universidade de Uberaba.

¹ Esse artigo é o resumo de uma pesquisa mais ampla, orientada pelos Professores Suzana Gauer, Décio Bragança e André Del Negri, referente à realização do Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

² SANTOS, Adécio Machado dos. **Ensino do Direito: A Caminhada para a educação Jurídica**. JC.p.86/87, apud **Informativo COAD**, Rio de Janeiro, n.14, p.228, abr. 2005.

Para tanto, traça-se uma abordagem geral sobre a Ciência do Direito e as principais teorias que a embasam; em seguida, demonstra-se a influência do Positivismo imperante no perfil de ditos profissionais e as conseqüências dessa influência, sobretudo em âmbito processual - consoante a Teoria Neo-Institucionalista Democrática - a partir de análises e comparativos dos atendimentos reais realizados no Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba.

Por fim, apontam-se novas vertentes do Direito e do Ensino Jurídico, indispensáveis na formação dos futuros atuantes do ramo e demais conclusões necessárias.

Não constitui escopo precípua esgotar o assunto, apenas lançar bases para vindouras discussões na tentativa de mudança viável e retrato de luta pela implementação dos preceitos humanitários que devem alçar e sustentar as relações sociais num Estado de Direitos Democráticos.

2 O OPERADOR DO DIREITO E A CIÊNCIA JURÍDICA: O DOGMATISMO DO POSITIVISMO FORMALISTA E SUA INFLUÊNCIA NA FORMAÇÃO E ATUAR DO JURISTA

2.1 O OPERADOR DO DIREITO

Considerando que a Ciência do Direito, enquanto ciência, carece de seu operador, as expressões *operador do direito*, *operador da ciência jurídica*, *jurista*, *cientista do direito* ou outras denominações meramente taxativas serão admitidas como sinônimos - sentido amplíssimo - em razão de referirem-se àqueles indivíduos que lidam com a prática diuturna, quer da vida forense quer dos estudos isolados desta ciência. Pois,

Repensar o Direito carece não só de razão, mas também de sentimento para vislumbrar o homem, considerando as circunstâncias históricas, econômicas e políticas em que se encontra envolto, pontuando-lhe de 'dinamicidade', como dinâmicos são o homem e a vida em sociedade. Para 'escrever' o Direito, é necessário 'sentir' o homem.³

2.2 A CIÊNCIA JURÍDICA E O POSITIVISMO FORMALISTA: BREVE HISTÓRICO E JUSTIFICATIVAS

Definir a dimensão de conceitos, de maneira geral, seria atribuir-lhes características que os tornem perceptíveis ao conhecimento humano. Entretanto, são comuns dificuldades na conceituação exata de algum termo. Mas “*Costuma-se, de maneira geral, entender a Ciência do Direito como um 'sistema' de conhecimentos sobre a 'realidade jurídica'.*”⁴ Isso, sem ignorar as possíveis discussões desencadeadas da *expressão ciência jurídica*, ou mesmo da expressão *ciência*.⁵

Vale salientar, para a análise seguinte, que a Ciência do Direito faz-se Ciência em razão de possuir um *objeto de estudo*, *método*, *objetivos*, e, principalmente um elemento volitivo/pensante que a operacionalizará e propicia a *Trilética Popperiana*⁶ do conhecimento

³ SICILIA, Cláudia Beatriz. Repensar o Direito é antes de tudo permitir ao homem pensar seu destino e autodesinar-se. In: UNIJUS, Ano II, nº II, Uberaba: UNIUBE, 1999.p.177.

⁴ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do Direito*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.p.09.

⁵ Não se trata de um termo unívoco devido a pluralidade de concepções epistemológico-jurídicas que tencionam observá-la em visões diversas.

⁶ Não apenas a dialética, pois há necessidade do exercício da crítica (tese/antítese/síntese/crítica) - POPPER, Karl. *Conhecimento Objetivo*. Belo Horizonte: Cultrix, 1979. *passim*.

jurídico: *operador/cientista do Direito*.

Historicamente, é possível traçar o panorama da evolução dessa ciência⁷, relevando que cada época registra diversas teorias justificadoras, cada uma com sua fundamentação das novas roupagens do pensamento jurídico, e cuja análise minuciosa foge aos parâmetros do presente estudo.

Dessa forma, propedeuticamente, no início, a Ciência do Direito denominava-se *Jurisprudência*, consoante os juriconsultos romanos, sendo que predominava a noção de uma *ciência prática*. Com os glosadores, aproximadamente no século XI, esse estudo prático passa a ser analisado num prisma metódico e arraigado em técnicas explicativas exegéticas, caracterizando, assim, o **Dogmatismo**. Quando do século XVI, na Era Moderna, os estudos dessa ciência alinham-se ao **Jusnaturalismo**, rompendo-se o elo entre jurisprudência e procedimento dogmático alçado na autoridade dos textos romanos, visto que a preocupação vertia-se mais à origem do Direito. Posteriormente, há uma revisão desse racionalismo, desenvolvendo-se metodicamente outra sistemática da Ciência do Direito, de modo a priorizar a relação direito/dimensão histórica. Trata-se da **Escola Histórica** (século XVIII e XIX)⁸. Em contraposição a tais fundamentos, em meados do século XIX sobrepõe-se a concepção positivista/monista: o positivismo jurídico, em que a exigência da sistematização do Direito impõe aos juristas a prevalência do preceito legal/normativo.

Vale destacar, contudo, que esse Positivismo assumiu várias formas, tais como o sociológico ou eclético, o positivismo em sentido estrito e principalmente o **Racionalismo Dogmático ou Normativismo Jurídico de Hans Kelsen**⁹.

Após essa concepção, há várias outras teorias que intentam desconstituir o imperar do Positivismo, dentre as quais, destaca-se a Teoria Ontológica de Carlos Cossio¹⁰ - fundada em Edmund Hursserl – que preconiza ser a conduta humana o objeto de estudo da Ciência Jurídica. Assim como a posição tridimensionalista de Miguel Reale, sendo que tal triplicidade define-se num caráter inseparável, concreto, dinâmico e dialético, “*pois fato, valor e norma, como elementos integrantes do direito estão em permanente atração polar; já que o fato tende a realizar o valor; mediante a norma*”¹¹, sendo o Direito uma ciência histórico-cultural e compreensivo-normativa.

Neste contexto, pôde-se observar que, no decorrer dos anos, *o Positivismo Racionalista Legalista arraigou-se na cultura e prática jurídicas*, na medida em que no cotidiano jurídico e forense impera uma *perspectiva normativista, racionalista, monista, formalista-dogmática*, capaz de eliminar do campo de ação e da reflexão do jurista quaisquer investigações sociológicas ou axiológicas.

O prestígio da obrigatoriedade da leitura e da pseudo-compreensão da “Teoria Pura do Direito” e do dualismo radical do “ser” e “dever-ser”, na medida em que o estudo dessa obra representa certo *status* no meio acadêmico, constitui grande fator de influência na formação de pensamentos reduzidores do Direito à mera aplicação literal da lei, posto que:

Para poder pensar unitariamente seu objeto, o jurista terá, de acordo com a doutrina pura, de sistematizar, através do princípio gnoseológico da imputação, o conglomerado

⁷ Consoante ensinamentos de FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**.2.ed. São Paulo: Atlas, 1980. *passim*.

⁸ Este breve esboço histórico é feito em nomes e nomes de doutrinadores do Direito, assim como em outras ramificações destes entendimentos (empiristas, exeticistas, positivistas socializantes, culturalistas...), os quais empenham em demonstrar, metodicamente, o quanto cada época reflete a Ciência do Direito condizente aos seus anseios. Neste sentido, necessário novamente enfatizar o caráter geral/situador do presente tópico e não de discussões aprofundadas.

⁹ que admite o direito constituído numa sistematização de preceitos lógicos, puros; fazendo-se abstrações da origem empírica de tais preceitos e valores que ditam sua existencialidade.

¹⁰ COSSIO, Carlos. *La valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho*. Buenos Aires: Arayú, 1954.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 3.ed.São Paulo: Saraiva, 1991.p.128.

de normas que se apresenta ao seu conhecimento, reduzindo tais comandos a uma unidade e lhes dando uma estrutura piramidal, em cujo vértice se encontra a norma hipotética fundamental, gnoseologicamente estabelecida pela Jurisprudência, com objetivo de dar unidade e de fundar a validade das normas. No sistema normativo estático, o fundamento de validade e o conteúdo de validade são deduzidos da norma básica de natureza lógico-formal. No sistema de normas de caráter dinâmico, que constitui o ordenamento jurídico, as normas não se fundamentam na 'Grundnorm' em virtude de uma dedução de seu conteúdo, mas sim de uma delegação de autoridade, ou melhor, a norma fundamental apenas confere a uma autoridade o poder de estabelecer preceitos, determinando o modo como se hão de produzir.¹²

Neste contexto, geralmente, enfatiza-se apenas a norma legal¹³ como objeto de estudo e "adoração" do e pelo operador jurídico, quem, muitas vezes, *se apega à exegese legal numa mera interpretação literal restrita*, convicto de que:

[...] a ciência jurídica procura apreender seu objeto juridicamente, isto é, do ponto de vista do Direito. Aprender algo juridicamente não pode, porém, significar senão apreender algo como Direito, o que quer dizer: como norma jurídica ou conteúdo de uma norma jurídica, como determinado através de uma norma.¹⁴

Evidencia-se, assim, que, classicamente, a **norma legal** faz-se objeto e instrumento a ser investigado pelo cientista do direito, e que o objetivo do operar desta ciência e conhecimentos jurídicos verte-se ao simples estudo de tais normas caracterizadoras dos fatos e atos jurídicos ou antijurídicos.

Trata-se da tradução da ordem normativa da conduta humana (direito-norma), condicionada apenas a combinações lingüísticas desprovidas de valor humanitário. Tais regras, sistematicamente, regulam os comportamentos sociais, à medida que atribuem significações do que deve ser ou não ser/acontecer e sua respectiva consequência jurídico-formal.

A visão dos advogados lastreia-se na influência positivista que marcou nossa história. A neutralidade, a equidistância, o combate à metafísica (que constitui uma nova metafísica), a busca de uma ciência com objeto e método são características dessa corrente.

Hoje, é o neopositivismo lógico, via kelseniana, que se constitui a justificativa científica para um entendimento normativista e 'purista' da ordem jurídica e da ciência do Direito.¹⁵

Verdade é que esse extremado positivismo, ainda imperante, sempre contribui para estreitar horizontes, impedindo a visão conjunta e interdependente das funções conservadora e transformadora da ordem jurídica.¹⁶

Assim sendo, classicamente, o objeto e objetivos da ciência jurídica e, portanto, do Direito, são vinculações a um sistema unívoco (apenas regras), fechado e sem qualquer interferência do contexto social:

O objeto do direito é organizar as instituições e planificar os comportamentos

¹² DINIZ, Maria Helena. **A Ciência do Direito**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p.150/151.

¹³ dotada de coercibilidade, coatividade, imperatividade e demais requisitos, porém não tão legítima do ponto de vista democrático garantista.

¹⁴ HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.81.

¹⁵ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **A Crise da Advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1994. p.32.

¹⁶ AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do Ensino Jurídico: conhecimento e produção criativa do Direito. In: **Direito e Democracia - Revista de Ciências Jurídicas**. Universidade Luterana de Brasília. V2. N1. Canoas: ULBRA, 2001 p.63.

humanos mediante normas jurídicas. A questão de a norma ser obedecida ou não é outra questão, corriqueira, normal, previsível. Por outro lado, o objeto do jurista não é, em consequência, conhecer ou estudar a conduta humana, mas sim o direito regrador desta conduta. O objeto do jurista é o conhecimento desta norma jurídica.¹⁷

3 CONSEQUÊNCIAS DO POSITIVISMO FORMALISTA: NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA E A SITUAÇÃO DOS JURISDICIONADOS

3.1 O ENSINO JURÍDICO: FORMAÇÃO DO PROFISSIONAL DO DIREITO

Cumprir registrar que o processo de formação acadêmica dos operadores jurídicos constitui um dos principais elementos caracterizadores da prevalência desse dogmatismo e formalismo decorrentes do culto ao Positivismo, pois “... é esse postulado positivista, que transfigurou o ensino do Direito em mera transmissão de um emaranhado de leis, ..., que necessita ser radicalmente revertido...”¹⁸ Haja vista que,

[...] as escolas, cujo corpo docente é formado por reprodutores de um saber cansado, contentam-se em ser escolas de leis e nunca faculdades ou cursos de Direito. Nelas os cursos dogmáticos acompanham os movimentos do texto legal fundamental de uma disciplina.¹⁹

Visto sob esse prisma, a idéia conservadora do Direito condiz, somente, à pretensão de reduzir-se a ciência jurídica à dogmática, como se fosse mera tecnologia de controle, organização e direção da vida social.²⁰

A questão também pode ser avaliada quanto ao “reforço” na exigência do positivismo apreendido nos bancos escolares: o próprio Exame da OAB²¹, assim como os demais concursos da área jurídica o exigem e privilegiam o profissional que fora preparado como manipulador de processos técnicos, formalista e limitados a fins imediatos.

A qualidade, mesmo sendo tratada retoricamente, nunca é medida em termos profissionais e sociais, até porque, quando os formandos participam de concursos, freqüentam cursos complementares de preparação e são medidos por testes que mensuram mais aspectos mnemônicos e repetitivos do saber, do que raciocínio, amplitude de visão e criatividade.²²

Ou seja, pode-se afirmar em linhas gerais com Nalini que

O concurso para ingresso à carreira de juiz privilegia a memorização dos textos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais. Encerra-se, dessa forma, o ciclo de formação jurídica dogmático-positivista, na perpetuação de um modelo superado de implementação da experiência jurídica.²³

¹⁷ COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Objeto do Direito. In: UNIJUS, V.5.N1. Uberaba: UNIUBE, 2002, p.31

¹⁸ ALVES, Roseli Teresinha Michalowski. As implicações dos Paradigmas Jusnaturalista e Positivista na formação da Educação Jurídica Nacional – In: **Direito em Debate: em busca de alternativas** – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul: Ed. UNIJUÍ.n.15, jan/jun/2001.p.32.

¹⁹ AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **A Crise da Advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1994.p.81.

²⁰ Herkenhoff, 1997:48.

²¹ Neste ponto é possível traçar uma crítica, não no sentido de privilegiar “certa” classe, mas cumprir ressaltar que até mesmo em concursos para membros do Judiciário, Ministério Público ... há um programa específico de matérias e não a intolerância e incongruência dos dias atuais de conciliar-se apenas o elemento sorte quanto ao que fora estudado...

²² AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **A Crise da Advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. São Paulo: Editora Alfa-ômega, 1994. p.80.

²³ NALINI, José Renato. **O juiz e o Acesso à Justiça**. 2.ed..São Paulo: RT, 2000. p.52.

Pois tudo isso demonstra que

*[...] elegeu-se o critério do capital para a criação e manutenção de instituições de ensino jurídico em cujas quais a preocupação é apenas com a forma e não o conteúdo do bacharelado. Em suma é a mercantilização do ensino jurídico: [...] que coloca no mercado profissionais despreparados para o exercício da advocacia, ou das demais ciências jurídicas[...]*²⁴

3.2 NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA E A PRAXE FORENSE

Dentre as exigências formais para a necessária construção do operador jurídico, a Portaria nº 1886/94 do MEC criou o Núcleo de Prática Jurídica como prova da necessária e rígida avaliação dos cursos de Direito, aliada à importância do Estágio Jurídico obrigatório de modo a *desenvolver competências e habilidades* ao conciliar teoria com prática.

Não obstante, nem mesmo uma análise racionalista dos arts. 10 e 11 dessa Portaria condiz à realidade quanto aos reais objetivos visados com referida obrigatoriedade, posto que é no contexto dessa Instituição que foi possível comprovar as deficiências desse ensino jurídico pautado apenas em bases positivistas extremadas.

Na verdade, o Núcleo de Prática *sempre foi visto como mais uma obrigação formal para a aquisição do diploma* - o descaso dos alunos/acadêmicos é evidente na irresponsabilidade e no “copiar” de peças do Estágio Simulado, bem como na acentuada insatisfação em frequentarem o Estágio Real, de modo a massacrar os reais objetivos de conciliar teoria com prática, corroborado pelo fato de que, tradicionalmente, prepondera um sistema de ensino²⁵ “*dissimulado*”: enaltecendo o mero decorar e das “colas” em suas diversas modalidades (o recortar de xerocópias apostas no texto legal, por exemplo), grande justificativa, também, para as faltas coletivas, desinteresse nos Seminários e Palestras, ... e notas altas na graduação ... que iludem e mascaram, ainda mais, a ignorância ao sistema atual e sua decadência ...

Além disso, na prática, o contato com os mais necessitados não é encarado como oportunidade de aprendizagem e aprimoramento pessoal, e, sim, “*mero favor àqueles e não o contrário*”. O problema central é que a maioria dos acadêmicos não compreende que “*atrás das fichinhas há pessoas...*”

Outro fator objeto de reflexão é a probabilidade de tais acontecimentos continuarem perpetuando-se na praxe forense, em que, por meio de observações superficiais, pode ser constatado que não há muitas diferenças no que tange a uma avaliação qualitativa e humanitária da maioria dos operadores jurídicos atuantes.

As considerações abaixo são extensivas a todos os “operadores do Direito”:

*A construção de um paradigma de juiz servo da lei conduziu o Judiciário à encruzilhada em que se encontra. O escravo do ordenamento é incapaz de criatividade e imaginação. Não tem sabido responder – a tempo e a hora – aos desafios postos por uma sociedade cambiante e chamada a participar.*²⁶

²⁴ COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro e ANDRADE JR, Joel de - Sobre a Função social do Advogado brasileiro no século XXI: realidade, perspectiva e sugestões. In: TETELLI, Lia. (coord). *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. n.11. São Paulo: RT, jan/jun/2003.p.76.

²⁵ das disciplinas ditas teóricas...

²⁶ NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2.ed. São Paulo: RT, 2000. p.52.

João Baptista Herkenhoff complementa:

O Magistrado excessivamente técnico fechará o caminho para qualquer aproximação com sua pessoa. Para este só existem os autos. O que não está nos autos não está no mundo, conforme o adágio clássico que Dirceu Aguiar Dias Cintra Júnior condena com veemência.

*Mas acho que incorrem numa falsa visão de Justiça os que assim procedem. Não apenas pleitos, demandas, requerimentos que chegam à presença do juiz. São vidas e são dores, são esperanças e desesperanças, são gritos e choros.*²⁷

3.2.1 O ATENDIMENTO AO PÚBLICO E A FRIEZA NOS RELACIONAMENTOS

Como se tentou demonstrar, o apego ao racionalismo legal, ao monismo jurídico (redução do Direito a mera aplicação de regras), condiz à realidade de profissionais, não raro, descrentes da responsabilidade assumida e o esquecimento de que se trabalha não com entes abstratos, papéis, fichas, sistemas *push* ..., **mas com pessoas, relações pessoais e sentimentais**. Donde não há como desprover de tais relações o sentimento, as axiologias e filosofias que as sustentam para mera aplicação da norma.

Quanto ao questionar se tais acontecimentos se resumem a problemas Institucionais, convém destacar que foi possível traçar uma análise comparativa entre o atendimento público das Clínicas Integradas/Hospital Universitário e o atendimento no Núcleo de Prática Jurídica – todos ligados à Universidade de Uberaba, sendo possível constatar que os acadêmicos da área da Saúde (medicina, fisioterapia, nutrição, odontologia, psicologia, dentre outras) são sensíveis aos problemas sociais, têm consciência que lidam com *pessoas*, preocupam-se não apenas em sanar doenças imediatas, cuidam carinhosa e dedicadamente do paciente a longo prazo²⁸. São conscientes de que, por exemplo, **“o dentista que só trata do dente é pedreiro e não dentista, para ser dentista deve tratar primeiro do homem...”**²⁹

A justificativa para referida disparidade numa mesma Universidade pode estar vinculada à “cultura teórica”³⁰ ministrada no Curso, sendo que:

Um Código de Processo, seja de Processo Civil, seja de Processo Penal, seja de Processo Trabalhista, ou Leis de Organização Judiciária, podem estar enderaçadas a dinamizar a Justiça, a torná-la acessível às partes, a garantir no processo, os direitos humanos. Mas um Código ou uma lei ou mesmo uma Constituição por si, não têm a força de resgatar o humanismo. Pode estabelecer instrumentos que facilitem esse resgate, ou dificultem esse resgate, mas, pela via do ordenamento jurídico, não se resolve inteiramente a questão.

O resgate do humanismo não depende só das leis e dos Códigos...

Depende dos operadores da Justiça – juízes, promotores, advogados, serventuários

[...] ³¹

²⁷ In: **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997. p.30.

²⁸ Talvez a justificativa para esta disparidade seria o pensamento de a saúde estar diretamente ligada à *vida*. Mas, o decidir sobre a liberdade de alguém, o pleitear de indenizações por danos morais/mateiras, o reconhecimento de um filho ... não condizem a uma vida com dignidade garantida constitucionalmente?

²⁹ Décio Bragança, em aulas do Curso de Extensão “**Português ao alcance de todos**”, junto à Universidade de Uberaba.

³⁰ Os acadêmicos da saúde enfatizam, em conversas durante as consultas e atendimentos, que além das matérias de praxe – tais como sociologia, psicologia- os professores, durante aulas teóricas ou mesmo práticas com “bonecos/cadáveres” sempre prezam pelo bem estar do paciente e do profissional.

³¹ HERKENHOFF, João Baptista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997. p.151.

Desse modo, necessário se faz verter preocupações e consciência de:

*Que o Direito sirva à pessoa humana, à dignidade da pessoa humana, à construção de uma sociedade mais justa, ao resgate do humanismo num mundo que, sem a nossa consciência e a nossa vigilância, será cada dia mais insípido, frio e desumano.*³²

3.3 AS SITUAÇÃO DAS PARTES CONSOANTE TEORIA NEO-INSTITUCIONALISTA DEMOCRÁTICA

Antes de evidenciar certos apontamentos viáveis numa possível mudança quanto ao processo de aprendizagem e ensino no Curso Jurídico, cumpre demonstrar as conseqüências processuais de dita postura positivista.

A partir das considerações acima e atentos de que o indivíduo, para pleitear ou defender algum “direito”, necessita de movimentar o Judiciário (art. 5º LIII da CR/88), via de regra, por meio do Processo³³ e/ou dos variados procedimentos, releva-se o exercício de certas prerrogativas constitucionais, tais como:

direito de ação irrestrito e incondicionado: garantido constitucionalmente, pois os incisos XXXV e XXXIV “a” do Art. 5º da CB/88 estatuem que nenhuma lesão ou ameaça de direito poderá ser excluída da apreciação do Judiciário e que a qualquer pessoa é cabível apresentar requerimento ou representar aos Poderes Públicos em defesa de direitos e contra abusos de autoridade. Como bem ensina José Afonso da Silva³⁴, é a consagração do direito de invocar a atividade jurisdicional, como direito público subjetivo. Abarcando, também, a plenitude de defesa e o contraditório, verdadeiras e legítimas representações de garantia fundamental às pessoas.

Devido Processo Constitucional: fonte jurisdicional da judicação e direito-garantia das Partes³⁵, ressaltando e relevando a participação destas. Caracterizado pelo ***contraditório***, técnica processual procedimental que impõe a bilateralidade ao processo – num processo democrático, todos os atos são realizados de modo que a parte contrária deles possa participar ou impugnar, reagindo no que lhe for desfavorável. E também pela ***ampla defesa***, a qual permite defesas não somente quanto a defeitos procedimentais ou no mérito da causa, mas entendida como concepção expansiva da negação ou afirmação de constitucionalidade dos atos e conteúdos jurídicos das pretensões de sua procedimentalidade formal (LEAL:2003,171) Pois,

*“Por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condição dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.”*³⁶

Neste contexto, para se tornar efetivamente ***PARTE***, esse indivíduo necessitará do operador jurídico, o qual “traduzirá” para os autos a interpretação valorativa do que está sendo pleiteado ou contestado. *Se não houver o necessário intercâmbio, o nivelar de*

³² Ibidem, p.153.

³³ Instituição Constitucionalizada garantidora de direitos procedimentais (através do contraditório, ampla defesa, isonomia entre as partes,...) caracterizadores do Devido Processo Legal/Constitucional que abrange também o direito material.

³⁴ In: **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.432.

³⁵ LEAL, Rosemário Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese:2000. p.62.

³⁶ MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.118.

*condições, o sujeito de direito, não raro, não poderá ser considerado Parte legitimamente representada nos autos.*³⁷

Evidente, então, que os operadores do Direito devem colocar-se em igualdade isonômica para com seus “clientes/atendidos” de modo a expressarem fielmente o sentimento impulsionador na aplicação da *Norma* no caso concreto³⁸. Ou seja, em primeiro lugar, devem ouvir, atentamente, os atendidos - relacionando-se mutuamente, além de explicarem a estes menos favorecidos, em linguagem acessível, seus eventuais direitos e deveres; de modo a torná-los efetivamente **PARTICIPANTES NO PROCESSO**.

Pois, extensivamente,

*Depreende-se que a moderna interpretação deve ser feita dentro do processo com a participação horizontalizada das partes, e não somente a do juiz onipotente que, [...], consegue superar às Partes no que diz respeito ao problema a ser interpretado. Neste contexto, haveria uma maior participação democrática de todos os legitimados no processo.*³⁹

Devendo ainda ser relevado que:

*[...] o conceito de Parte proposto pela teoria neo-institucionalista contrapõe a abertura interpretativa de Peter Häberle, que defende a possibilidade de participação de todos os intérpretes não legitimados. Dessa forma, a Parte tem o condão de regular o campo hermenêutico, pois, só assim pode-se provocar decisões, criar e recriar realidade no mundo jurídico.*⁴⁰

Assim sendo, necessária se faz a implementação da prática da *Teoria Neo-Institucionalista Democrática*, “visão processual” elaborada pelo Professor Rosemiro Pereira Leal, especificamente em sua obra *Teoria Geral do Processo*⁴¹, visando a analisar e estudar o Direito em paradigmas democráticos humanistas.

No sentido de que é no efeito prático da Instituição Processo⁴², no “mundo dos autos” que se concretizará a aplicabilidade das normas com a devida interpretação/hermenêutica, pela participação efetiva das *Partes*:

Torna-se óbvio que, nesse horizonte de cogitações, as teorias do processo como contrato (Pothier) e quase-contrato (Savigny), como relação jurídica (Godschimidt, 1910),

³⁷ A título de ilustração, em um dos atendimentos em tríduo no Núcleo de Prática Jurídica, ocorreu a seguinte situação: *Tratava-se de um requerimento de Alvará Judicial que vinha tramitando. Num primeiro momento, foi possível perceber que a peça inicial, elaborada pelo grupo anterior, estava meio vaga. Aguardava-se a resposta de um ofício enviado a CEF sobre a existência ou não de uma certa quantia depositada em nome do então requerente, a Instituição Bancária informa que não localizou nenhum dado em seus sistemas cadastrais... Em quinze minutos de conversa, por telefone, com a mãe do suplicante, foi possível elucidar que, na verdade, o dinheiro trata-se de FGTS depositado na conta vinculado do PAI do menor... Dados, indispensáveis, que não constavam nos autos nem nas fichinhas de triagem* Donde o questionar: *Este atendido estaria legitimamente representado nos autos, poderia ser, efetivamente, considerado Parte consoante a Teoria Neo-Institucionalista Democrática?* Pois, para que problemas como esses não mais ocorram, os quais não são tão raros, necessário se faz que os acadêmicos do Curso Jurídico sejam preparados, gradativamente, para lidarem com Pessoas e Relações Sociais ...

³⁸ A atual visão democrática constitucional condiz a novas interpretações do brocardo: “*Da mihi factum, dabo tibi jus*” (Exponha o fato e direi o direito).

³⁹ DEL NEGRI, André Luiz . A teoria do Processo como viabilizadora do programa constitucional democrático e a esperada eliminação da vontade pré-suposta do decididor. IN: UNIJUS.V5, N1. Uberaba: UNIUBE, 2002. p.160.

⁴⁰ Ibidem p.160.

⁴¹ 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

⁴² [...] *processo como instituição constitucionalizadora e constitucionalizada de direitos também se oferece, no Estado de Direito Democrático, por garantia teórica de seus conteúdos paradigmáticos ao debate total de fiscalidade de incidência, preservação e aperfeiçoamento de seus próprios princípios, com os quais é promovida a estabilidade legitimadora da atuação provimental em todos os níveis da judicialidade.* - LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Processual da Decisão Jurídica*: ato da decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Landy Livraria, 2002. p.172.

como instituição de cunho histórico-sociológico (Guasp, 1950), como procedimento em contraditório não constitucionalizado (Fazzarali, 1975), como modelo constitucional posto e garantido por uma Assembléia de Especialistas em Parlamentos ou Tribunais (Andolina, 1980) e outras teorias similares não atendem a implementação da teoria habermaseana⁴³ do discurso democrático que visaria o institucionalizar do princípio do discurso para sua estabilização em princípio jurídico da democracia que, a seu turno, iria garantir a revisibilidade processual incessante do direito do Estado democrático constitucionalizado criado.⁴⁴

Veza que essa teoria é uma visão processualmente institucionalizada, possibilitadora do discurso argumentativo democrático, nas palavras de Rosemiro, *auto-includente* de todos os destinatários (agentes da integração social) da Normatividade quanto ao exercício pleno dos direitos fundamentais – efetiva participação democrática dos indivíduos no Devido Processo Constitucional.

São formas⁴⁵ pelas quais seria possível suprir a racionalidade positivista imperante e inócua com a realização da integração social pelo direito-de-ação irrestrito e incondicionado, *a partir do próprio relacionamento operador jurídico e sujeito de direitos (indivíduos atendidos)*, de modo a propiciar e proporcionar a qualidade de *Parte* participativa na construção de plebiscitarização processual incessante, ou seja, por meio da abertura jurídica de total auto-revisibilidade discursiva legitimadora do ordenamento jurídico na democracia (LEAL, 2002:173).

Condiz com a implementação operacional dos Paradigmas de Direitos Democráticos, nas lições de Rosemiro, em virtude de o ponto central das decisões e discussões não residir, apenas, em razões imediatas e prescritivas de meros julgadores e operadores jurídicos taumaturgos, mas ser construído na procedimentalidade irrestrita da linguagem - razão discursiva - advinda do inter-relacionar normativo do ordenamento jurídico fundado na *Teoria da Constituição*, visto que os argumentos de fundamentação do Direito, a legitimarem pretensões de validade, são retirados da *Teoria Processual* concebida pela isonomia entre produtores⁴⁶ e destinatários das normas jurídicas. Ressaltando que, no apontamento incessante da falibilidade do sistema jurídico no espaço procedimental acessível a todos, referidos destinatários devem reconhecer-se autores da produção e aplicação do direito.

Não obstante, devido à cultura positivista:

Infelizmente a teoria jurídico-processual do direito democrático e disciplinas afins não foram ainda introduzidas nas grades curriculares das instituições de ensino superior; o que resulta em deficit pedagógico para a compreensão hermenêutica do Estado democrático de direito, tornando-o uma realidade idílica e uma promessa utópica de ordenamento jurídico que para os realistas reclamam ajustes continuados por uma jurisprudência pretoriana que se põe altaneira e sábia acima da lei ou apesar da lei.⁴⁷

⁴³ E outras teorias, conforme se demonstrará no decorrer desta.

⁴⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. *Ob.cit.* p.168.

⁴⁵ Numa concepção de processualidade neo-institucionalizante.

⁴⁶ DEL NEGRI, André. *Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003. *passim*.

⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. *Obra citada*. p.194-5.

4 NOVOS PARADIGMAS DO DIREITO E APONTAMENTOS PARA A FORMAÇÃO DO OPERADOR JURÍDICO PARA UMA VISÃO NEO-INSTITUCIONALISTA DEMOCRÁTICA

4.1 NOÇÕES GERAIS

Verter preocupações quanto a mudanças em âmbito formal do Direito não esgota as discussões e problemáticas a respeito das insatisfações, transgressões e disparidades que se apresentam nas relações humanas.⁴⁸

É necessário transformação e reflexões por parte dos operadores jurídicos para visualizarem e utilizarem o Direito como instrumento de transformação social, e não um fim em si mesmo:

Há que se restaurar na verdade que é a existência humana, e não forjar uma verdade acima do homem. Há que tecer-se como fios das aspirações humanas, de cuja luz emana a verdade que transcende o próprio ser. Que seja reflexo do ‘novo’ homem e não o universo, pois o homem é, por natureza, ser autônomo e não reflexo.⁴⁹

Pois a persistência na unidade - mera aplicação de regras e ilha completa de alienação - engendra as características do perfil da maioria dos atuais operadores do Direito: indivíduos apáticos e insensíveis aos problemas sociais. Que refletem apenas pensamentos dominantes do “não misturar” de classes (traços elitistas), da idiosincrasia de supostos poderes advindos da estirpe estampada⁵⁰ :

[...] A figura do bacharel em Direito sempre foi considerada sinônimo de poder, liderança política, social e intelectual, mesmo durante o período colonial brasileiro. Inicialmente, os bacharéis que por aqui exerciam o Direito eram formados na Europa. Somente em meados do século XIX, em pleno Segundo Império, o Brasil passa a contar com duas Faculdades de Direito (Recife e São Paulo) [...]

No passado, os Advogados, Magistrados ou Juristas, preocupavam-se com a clareza que deveriam transparecer na defesa de um direito. Ainda no presente, tais preocupações continuam a existir. Porém, mais objetivos e eruditos, esses profissionais, aos olhos do povo são perspectiva de um status intelectual. Por outro lado, colocando-os no papel de sujeitos capazes de soluções incompreensíveis para o leigo. Dessas circunstâncias decorrem os prestígios, mesmo entre as classes mais cultas⁵¹

Tudo resumido à ausência de humanismo e sentimentalismo devido a cultura de Positivização Racional do Direito, visto que a prevalência dos estudos em bases positivistas extremadas faz e constitui, na mentalidade dos atuais operadores da ciência jurídica, a redução e concepção do Direito a simples sistema de normas legais unívoco, fechado e sem interferência do contexto social.

⁴⁸ SICILIA, Cláudia Beatriz. Repensar o Direito é antes de tudo permitir ao homem pensar seu destino e autodestinar-se. In: UNIJUS, Ano II, nº II, Uberaba: UNIUBE, 1999. p.176.

⁴⁹ Ibidem, p.179.

⁵⁰ Neste ponto, de destaque o que prevê o Projeto de Lei n.º 4.195/2005 apresentado pela deputada federal Mariângela Duarte (PT/SP) no sentido de ressaltar as prerrogativas do advogado, pois a violação destas ou impedimentos da atuação profissional da classe poderá importar em detenção de seis meses a dois anos, e a pena poderá ser aumentada de um sexto até a metade se houver prejuízo ao interesse patrocinado, consoante projeto supra-indicado. Onde o questionar se tal medida, caso aprovada, realmente intenta beneficiar a coletividade ou apenas contribuir, ainda mais, no destaque de tal profissão...

⁵¹ DOI, Juliane Akemi Belluci. Necessidade e Importância do Estágio de Prática Jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba* - Araxá -MG, ano 5, 2001. p.162.

Situação que deve ser refletida, pois:

*[...] a ciência do Direito jamais poderá ser normativa, porque a sua dogmatização lhe retiraria o caráter continuamente problematizante dos conteúdos do conhecimento jurídico.*⁵²

Ante tais considerações, vale destacar mudanças viáveis nesse processo ensino-aprendizagem de um saber dado, imposto e desvinculado da idéia construtiva do conhecimento, o qual apenas estreita e dificulta relações pessoais na prática de direitos democráticos. Afinal de contas,

*Estarão os juristas intelectualmente equipados para interpretar e aplicar o Direito à luz de realidade inteiramente diferente daquelas que orientam as construções teóricas da dogmática jurídica?*⁵³

Donde o traçar de alguns apontamentos para implementações na grade curricular da graduação, mas também e necessariamente discussão efetiva nos meios acadêmicos e conseqüente propulsão à revolução íntima do jurista, enfatizando que os Operadores do Direito devem adotar posturas **CRÍTICO-REFLEXIVAS** ao ensinarem e aplicarem o Direito, no sentido de que tais operadores devem ser preparados para não apenas exigirem e perpetuarem uma educação semelhante ao “*Ensino Jurídico Bancário Medieval*”⁵⁴, mas contribuir, efetivamente, na formação do perfil desejado para o formando em Direito⁵⁵. O qual, consoante ensinamentos de Vladimir Stasiak⁵⁶, deve repousar em uma sólida formação geral e humanística, capaz de analisar e articular, sozinho, conceitos e argumentos de interpretação e valoração dos fenômenos jurídico-sociais; desenvolvendo potencialidades na aptidão para uma aprendizagem autônoma e dinâmica, além da qualificação para a vida, o trabalho e o desenvolvimento da cidadania. Isto é,

[...] o curso deve proporcionar condições para que o formando possa, ao menos, atingir as seguintes características em sua futura vida profissional:

- a) permanente formação humanística, técnico-jurídica e prática, indispensável à adequada compreensão interdisciplinar do fenômeno jurídico e das transformações sociais;
- b) conduta ética associada à responsabilidade social e profissional;
- c) capacidade de apreensão, transmissão crítica e produção criativa do Direito a partir da constante pesquisa e investigação;
- d) capacidade para equacionar problemas e buscar soluções harmônicas com as demandas individuais e sociais;
- e) capacidade de desenvolver formas judiciais e extrajudiciais de prevenção e solução de conflitos individuais e coletivos;
- f) capacidade de atuação individual, associada e coletiva no processo comunicativo próprio ao seu exercício profissional;
- g) domínio da gênese, dos fundamentos, da evolução e do conteúdo do ordenamento jurídico vigente; e
- h) *consciência dos problemas de seu tempo e de seu espaço.*⁵⁷

⁵² LEAL, Rosemíro Pereira. **Obra citada**. p.77.

⁵³ HERKENHOFF, João Baptista. **Para onde vai o Direito?** - reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p.27.

⁵⁴ posto que o professor deposita certo conhecimento no aluno e este o devolve, nas provas, sem maiores enriquecimentos culturais, apenas o que foi informado.” *ipsis verbis*” – método tradicional de ensino Prussiano.

⁵⁵ O discurso deve apresentar-se lógico, ético e coerente...

⁵⁶ STASIAK, Vladimir: A formação do Acadêmico do Curso Jurídico: reflexões metodológicas sobre as atividades desenvolvidas pelos núcleos de prática jurídica. In: **Revista de Direito Privado**.v.19. Ano 05. jul/set. São Paulo: RT, 2004.p.275-6.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 276.

De modo que, desenvolvendo tais perspectivas, sanar-se-ão, inclusive, outras externalidades - problemas atinentes ao desinteresse e indisciplina dos acadêmicos, haja vista que, para vivenciar tais objetivos, as aulas teóricas demandam uma dinamicidade peculiar, incumbindo ao Professor instigar a participação dos acadêmicos na construção do pensamento crítico. Ou seja,

È fundamental que as Instituições de Ensino, inclusive no ensino da prática (normalmente relegado a um plano secundário e, conseqüentemente, desprestigiado), busquem uma formação simultaneamente humanística e profissionalizante, ‘a fim de os corpos docente e discente possam recusar o papel de objetos passivos a que têm sido condenados por um conservadorismo pedagógico cujo objetivo maior é o de manter-se intocado ao lado do conservadorismo sócio-econômico e político jurídico’

O que se objetiva é, em verdade, conduzir à reflexão de que o ensino deve ser um processo criativo, sob pena de se revelar um instrumento de alienação, a qual é consubstanciada na ‘substituição, no conteúdo da consciência, do que é próprio pelo que é alheio, do pessoal pelo social, do ser-em-si pelo ser-em-função-dos-outros, da pessoa espontânea pela pessoa reconstruída como parte da ordem social e por esta determinada.’⁵⁸

No que tange à preparação desses acadêmicos para a prática efetiva no Núcleo de Prática Jurídica, impende destacar que o **ESTÁGIO** deve acontecer em fases concomitantes às aulas de disciplinas ditas teóricas. Já nos primeiros períodos deve ser trabalhada, com os ingressantes, a noção da existência e obrigatoriedade de frequência ao estágio; além disso, o então acadêmico iniciante deveria ser levado, que seja mensalmente, a conhecer a realidade que o espera – por meio de visitas orientadas para apresentação do Núcleo de Prática Jurídica e demais órgãos e instituições do ramo.

Para, gradativamente, ser possível assimilar teoria com prática, nos próximos semestres, intensificar-se-iam essas visitas, no sentido de que assistir às audiências simuladas ou mesmo observar o cotidiano do estágio real e demais atividades forenses, o fariam refletir sobre suas reais intenções de continuar no curso. De modo que, com o passar dos anos (quando da época oportuna de frequentar o estágio obrigatoriamente), amolde-se o perfil desejado para tal profissional.

Nas situações condizentes a trazer à baila discussões que impliquem o abandono de pensamentos limitativos e desumanos, pois não basta um fenômeno que se cristaliza e toma a forma de caça eternizada pelo taxidermista, é necessária consciência de que

O curso de Direito deve ter como meta a formação de juristas capazes não só de interpretar o fenômeno jurídico – o que redundaria em estéril exegitismo – mas capazes de adquirir um conhecimento integral da sociedade onde se encontra inserido o fenômeno jurídico⁵⁹.

Essa reflexão jurídica do operador do Direito, principalmente da advocacia e demais carreiras forenses, deve ser feita de forma que se possa implementar o paradigma democrático previsto na Constituição Brasileira de 1988 – já descrito formalmente, porém ainda não efetivado. Ou seja, é necessário um profissional que possa pensar e atuar o Direito de forma crítica, apontando as falibilidades de uma ordenamento jurídico anacrônico (leia-se Código Penal de

⁵⁸ Ibidem, p. 286.

⁵⁹ LEITE, Edurado de Oliveira. A aula de direito. Revista série temas universitários – Seis temas sobre ensino jurídico. São Paulo: Ed. Robe/Cabral, 1995, p.25 Apud. STASIAK, Vladimir: A formação do Acadêmico do Curso Jurídico: reflexões metodológicas sobre as atividades desenvolvidas pelos núcleos de prática jurídica. In: **Revista de Direito Privado**.v.19. Ano 05. jul/set. São Paulo: RI, 2004.p.277.

1940; Código de Processo Penal de 1941; CLT de 1943; Código Tributário Nacional de 1966; Código de Processo Civil de 1973 ...) e incompatível, não raro, com os Princípios Constitucionais.

Neste contexto, releva mencionar, quanto ao Exame da OAB, que *mais viável seria um Exame Classificador em bases qualitativas*, isto é, não somente provas objetivas e discursivas a constituírem elementos avaliativos. Necessário um programa específico das matérias, delimitado alternativamente, de modo a conciliar aspectos macros (fundamentos do Direito) e micros (peculiaridades de cada caso concreto a ser futuramente enfrentado pelo jurista) aliados a exame oral avaliador, inclusive, de postura e comportamento psicológico do candidato, assim como método de privilegiar, com alguns pontos, a vida acadêmica e experiência profissional do Bacharel, consoante análise de documentos e comprovações confiáveis devidamente apresentados.

Assim sendo, cumpre enaltecer aspectos relevantes que contribuem para o extirpar de tal Positivismo meramente legalista e alcançar dos objetivos supra-indicados, tais como a **transdisciplinariedade** das ciências correlatas ao mundo jurídico, com destaque especial à Psicologia e Sociologia, indispensáveis no convívio humano e humanitário. De forma que se busque, na prática, o intercâmbio das Ciências, em que ditos profissionais possam estabelecer diálogos construtivos para sanarem as possíveis falhas, em conjunto, vislumbradas.

Outro ponto importante é o desenvolvimento de sensibilidade científica nos operadores do Direito para a **aplicação efetiva dos Princípios Constitucionais consoante a Hermenêutica Constitucional Democrática** - visando à aplicabilidade de um Direito Constitucional Penal, Direito Constitucional Civil, Direito Processual Constitucional ..., visto que é importante frisar a responsabilidade dos juristas no permanente debate público das razões do discutir e decidir (direito de ação irrestrito e incondicionado), propiciando um constante repensar dos fundamentos da convivência política, pautada nas desigualdades materiais, de modo a caracterizar o aspecto inclusivo da cidadania/individualidade no Estado de Direitos Democráticos.

Donde a relevância da Hermenêutica Constitucional, num contexto principiológico no qual se funda a atual ordem jurídica:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza de Direito, quanto ao sentimento de Justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Assim podemos concluir que, sob as exigências da hermenêutica constitucional insita ao paradigma do Estado Democrático de Direito, requer-se do aplicador do Direito que tenha claro a complexidade de sua tarefa de intérprete de textos e equivalentes a textos, que jamais veja como algo mecânico, sob pena de se dar curso a uma insensibilidade, uma cegueira, já não mais compatível com a Constituição que temos e com a doutrina e jurisprudência constitucionais que a história nos incumbe hoje de produzir.⁶⁰

Posto que **os princípios constitucionais, sobretudo o da dignidade humana do qual decorrem os demais**, sobrepujam-se a qualquer regra meramente normativa, não sendo

⁶⁰ NETO, Menelick de Carvalho. Requisitos programáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v.3, p. 482 e 486.

normas generalíssimas que se aplicam a todas as situações, mas apenas em determinadas circunstâncias, é a denominada adequabilidade⁶¹.

São peculiaridades às quais não cabem - neste estudo - maiores discussões quanto a serem conceitos deontológicos/valorativos/normativos ou axiológicos⁶². Mas refletem a necessidade de sua observância quando da e na aplicação da lei ao caso concreto, no manejar de “textos” aliado ao relacionamento pessoal com os sujeitos/detentores em tela, além do estudo e compreensão das novas vertentes do Direito, as quais constituem base teórica para discussão e implementação, destacando-se, resumidamente, as seguintes:

- Revisão do Positivismo Jurídico na obra de Norberto Bobbio

Norberto Bobbio, em *O positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*, aponta, brilhantemente, as várias facetas do Positivismo, com destaque crítico para alguns pontos favoráveis:

*[...] sustentamos que para poder fazer um balanço do positivismo jurídico, para poder estabelecer aquilo que dele deve ser conservado e o que deve ser abandonado ou, como se diz habitualmente quanto às doutrinas, verificar o que está vivo e o que está morto, é necessário não considerar esse movimento como um bloco monolítico, mas distinguir nele alguns aspectos fundamentalmente diferentes.*⁶³

De modo a ressaltar o que deve ser priorizado consoante os novos ditames do contexto social ao qual será aplicado:

*[...] dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado.*⁶⁴

Destaca-se, assim, a importância da dimensão normativa do fenômeno jurídico.

- A Teoria Democrática de Jürgen Habermas

Em apertada síntese, essa teoria destaca-se por visar a construção de uma teoria social crítica e dialética, testemunhando a tentativa de defesa da implementação da democracia e das ações dialógicas e interativas, condicionadoras da legítima convivência social.

Trata-se da elaboração de um paradigma comunicativo-político-deliberativo-procedimental, intuindo criticar o processo destrutivo da razão, fundado numa racionalidade “crítica-dialógica”, contributivo para a efetiva compreensão do Direito e da Democracia na atualidade, através da reaproximação do conhecimento com a práxis histórico-cultural:

Ao contrário da postura da neutralidade axiológica, postulada pelos teóricos positivistas, fundada na oposição arbitrária e ilusória entre conhecimento e interesse, ciência e poder; fatos e valores, ser e dever-ser; Habermas advoga o compromisso do cientista com a democracia, os direitos humanos e com os projetos e reivindicações dos movimentos sociais emancipatórios preocupados com a busca de soluções para graves

⁶¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Compreensão e Constituição: interpretação constitucional após o giro hermenêutico*. 2001.- Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Belo Horizonte: UFMG. p.142.

⁶² Del Vecchio, Bobbio, Alexy, Dworkin, Günther, dentre outros.

⁶³ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Trad de Márcio Pugliesi et al. São Paulo: Ícone, 1995. p.233.

⁶⁴ *Ibidem*, p.238.

*problemas culturais, sociais e ecológicos de nosso tempo.*⁶⁵

Nesse diapasão, é claro que a teoria habermasiana esclarece a necessidade de desvinculação das posturas racionalistas que pregam separações dicotômicas e arbitrárias entre sujeito/objeto e priorizam métodos de conhecimento empírico-analíticos⁶⁶. Também realça a importância da visão das ciências hermenêuticas e históricas, as quais reconhecem as relações diretas entre **teoria e experiência histórica**, - valorizando a intersubjetividade da compreensão dos contextos plurais e individualizados da realidade sócio-cultural, norteadas por um interesse prático e emancipatório.

Em feliz síntese, Suzana Gauer esclarece:

*Os estudos de Habermas são o testemunho de um pensamento dialético e anti-dogmático, de uma atitude intelectual aberta ao diálogo e à crítica democrática.[...] A atitude dialética contrapõe-se ao pensamento dogmático, monológico e impositivo, às críticas arrogantes e destruidoras das teorias contrárias, assim como às soluções únicas, firmadas sem o apoio de bons argumentos em processos deliberativos e racionais de discussão pública democrática.*⁶⁷

Outro ponto de destaque é quanto à necessidade dos sujeitos de direitos contarem com instrumentos e princípios processuais possibilitadores da defesa de direitos:

*[...] direitos elementares de justiça, que garantem a todas as pessoas igual proteção jurídica, igual pretensão a ser ouvido, igualdade de aplicação do direito, portanto, direito a serem tratados como iguais perante a lei.*⁶⁸

Ante tais considerações, nota-se que estudar, discutir e refletir os ensinamentos de Habermas é visualizar o problema do crescente e radical distanciamento da cultura elitista dos “especialistas”⁶⁹ do âmbito cultural, comunicativo e informal da sociedade civil, propiciando campo para revoluções e novas culturas jurídicas, pois os modelos liberal e social burocrático não mais correspondem às necessidades, conflitos e problemas que assolam a sociedade contemporânea.

- Teoria Crítica do Direito e o Pluralismo Jurídico

Estas poucas considerações fundam-se nos ensinamentos de Antônio Carlos Wolkmer, quem estatui diretrizes sobre a **Teoria Crítica do Direito**, frisando condições constitutivas referentes à construção do objeto determinado (delimitação do conceito operacional), ao método escolhido (sistêmico, dialético e semiológico) e ao estabelecimento de objetivos ou metas a serem atingidos na desmistificação da ciência jurídica tradicional e a produção de novas formas de agir no universo jurídico.

*A crítica jurídica tem a propensão de negar o papel da dogmática legal, caindo, muitas vezes, no discurso abstrato e insuficiente que não favorece ao jurista-prático buscar, no ordenamento vigente, as possibilidades de soluções para as reivindicações populares*⁷⁰

Eminente autor analisa a crise e esgotamento do mero Positivismo Racional – “crise dos paradigmas”, - pois tal modelo faz-se limitado e insuficiente para abarcar as novas formas

⁶⁵ VIEIRA, Suzana Gauer. A teoria Democrática de Jürgen Habermas. In: **UNIUS**, Uberaba: UNIUBE, 2001, p.12.

⁶⁶ Transforma a realidade observável num objeto de manipulação técnica, de modo a reduzir a atividade científica a tarefa instrumental/operacional.

⁶⁷ VIEIRA, Suzana Gauer. A teoria Democrática de Jürgen Habermas. In: **UNIUS**, Uberaba: UNIUBE, 2001, p.13-14.

⁶⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p.161-162.

⁶⁹ Suzana, *obra citada*, p.16, exemplifica-os: críticos da arte, cientistas e intelectuais, filósofos, economistas, burocratas e *juristas...*

de vida cotidiana, de organização político-social e parâmetros do saber e cientificidade, frisando que o Direito deve ser entendido não como “controle disciplinar” ou “direção social impositiva”, **mas como meio de resposta às justas necessidades humanas, numa nova ordem cultural jurídica pluralista e participativa, fundada no processo de praxis marcadas por horizontes de frágeis igualdades.** Assim,

Certamente que os primeiros passos na direção da sociedade democrático-pluralista e da justiça social igualitária já foram estabelecidos, sendo que o papel da “crítica jurídica” é fundamental como estratégia didático-pedagógica para criar as condições epistemológicas e político-ideológicas de um Direito ‘novo’, que poderá se expressar, num devir próximo, sob a forma autêntica do pluralismo jurídico comunitário participativo.⁷¹

Dessas considerações, realçada a necessidade de novas visões no estudo e aplicação do Direito, Wolkmer atenta quanto ao reconhecimento de um paradigma cultural de validade para o Direito, o **pluralismo jurídico comunitário participativo⁷²**, o qual se revela aberto, atuante e democrático, capaz de absorver e transformar as carências e necessidades na “positivação de novos direitos”. Sendo o fundamento de uma cultura de auto-regulação compartilhada e comprometida com a dignidade humana, sobreleva a legitimidade de novos sujeitos sociais, a implementação de um sistema de justa satisfação das necessidades, a democratização do espaço público participativo, a realização de uma ética concreta da alteridade e redefinição da racionalidade enquanto emancipação.⁷³

Assim, justifica-se a discussão de tal teoria no meio acadêmico em razão de *[...] grau de significação não está somente na competência do discurso crítico a dessacralizar o formalismo dogmático normativista, por demais comprometido com os mitos ideológicos e com as relações de poder dominante, mas, igualmente, no compromisso pedagógico da “crítica jurídica” com a criação de um espaço alternativo de mudanças, delineado pela discussão e pela participação, gerador de um Direito verdadeiramente justo. Ora, o apelo por um Direito justa nada mais é do que a reafirmação de um “novo” Direito, um Direito insurgente que, sem perder sua dimensão de universalidade, torna-se compatível com a satisfação das necessidades fundamentais de estruturas sócio-econômicas dependentes e periféricas ..., apto a transformar a reflexão crítico-dialética em vivência humanizadora incorporada pela praxis política “conscientização/emancipação”. Logo, proclamar a emergência de outro Direito no contexto da América Latina e nos marcos do pluralismo comunitários, participativo e democrático torna prioritário o reconhecimento por um projeto ético-político emancipador, viabilizador do florescimento de uma nova cultura jurídica.⁷⁴*

- O “des-pensar” o Direito

Tarefa epistemologicamente complexa, ressaltada por Boaventura de Sousa Santos, por implicar uma desconstrução total, mas não niilista, e uma reconstrução descontínua – porém não arbitrária.

⁷⁰ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura para o Direito.** 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. p.141.

⁷¹ Ibidem, p. 144.

⁷² Ratificado, fundamentadamente, pelos artigos da Constituição Brasileira, sobretudo arts. 1º e 3º.

⁷³ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura para o Direito.** 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001. *passim*.

⁷⁴ Ibidem, p.175.

É a análise da “crise do Direito”, numa perspectiva sociológica, que se identifica numa crise vastíssima e profunda do padrão hegemônico de transformação social: modelo da *chamada mudança social normal*. Isto é,

[...] depois de caracterizar este modelo e o papel dominante nela desempenhado pelo direito estatal como uma utopia jurídica, tentei mostrar como e por que razão esse modelo está a atravessar uma crise tão profunda que não pode ser resolvida recorrendo aos mecanismos de ajustamento disponíveis dentro dos parâmetros de transformação normal. Concluí, então, que estamos a entrar num período de transição paradigmática entre a sociabilidade moderna e uma nova sociabilidade pós-moderna cujo perfil é ainda quase imperscrutável e até imprevisível. Uma transição paradigmática é um longo processo caracterizado por uma suspensão ‘anormal’ das determinações sociais que dá origem a novos perigos, riscos e inseguranças, mas que também aumenta as oportunidades para inovação, a criatividade e a opção moral.⁷⁵

No sentido de que o conhecimento antigo não satisfaz mais as atuais exigências, donde a necessidade de uma ciência da turbulência, ou seja, alçada em práticas participativas democráticas e *sensível* às novas posturas intelectuais, políticas e sociais.

Trata-se da tentativa de repensar o Direito (des-pensar), possibilidade a ser instigada nos operadores jurídicos, desde que abandonadas quaisquer limitações racionalistas/positivistas, e alicerçada no processo de democratização do Direito e da sociedade, confirmado no art. 1º da CB/88.

Boaventura⁷⁶ sintetiza bem esta situação ao abordar a necessidade de uma nova postura judiciária:

A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, económica e política. Esta democratização tem duas vertentes. A primeira diz respeito à constituição interna do processo e inclui uma série de orientações tais como: **maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos determinados, na administração da justiça; simplificação dos actos processuais** e o incentivo à conciliação das partes; ... ; **a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes** e do interesse de agir. **A segunda vertente diz respeito à democratização do acesso à justiça. É necessário criar um Serviço Nacional de Justiça, um sistema de serviços jurídico-sociais, gerido pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, que garanta a igualdade do acesso à justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais.** Este serviço não se deve limitar a eliminar os obstáculos económicos ao consumo da justiça por parte dos grupos sociais de pequenos recursos. Deve tentar também eliminar os obstáculos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre seus direitos, sobretudo os de recente aquisição, através de consultas individuais e coletivas através de acções educativas nos meios de comunicação, nos locais de trabalho, nas escolas, etc.

- A valorização humana semelhante ao “Nascimento das Clínicas”

Michel Foucault, pensador e epistemólogo francês contemporâneo, com diversas obras que estudam a epistemologia das ciências, traz importantes reflexões à baila.

Em *Vigiar e Punir*, a história da violência da prisão, há a chamada aos operadores

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. V1. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000. p.186.

⁷⁶ In: **Pela mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000, p.177.

jurídicos quanto ao Direito Penal e sua relação à pena imposta, num prisma da readaptação do delinqüente, o que condiz com a humanização necessária.

Mas, em outro livro, não tão direcionado ao Direito especificamente, porém, passível de interpretação sistêmica e extensiva, Foucault realça a exigência e necessidade da “visão sentimental” e abandono ao formalismo/positivismo: *Nascimento das Clínicas*, no qual aborda questões ligadas à *medicina*, sobretudo quanto ao tipo de configuração que engendra novas formas de conhecimento em novas práticas institucionais.

Com destaque especial no *hospital* - antigo órgão assistencial aos mais carentes e preparação para a morte física – e “agora” local privilegiado de práticas de cura e ensino, substituição da mera salvação por ideais de saúde. No *indivíduo/paciente* como corpo doente demandante de uma especial intervenção voltada à singularidade de cada um. E, principalmente, o “nascimento de uma *medicina do espaço social*, a *consciência explícita da doença como problema político e do médico como autoridade administrativa fundada na competência do seu saber*”.⁷⁷ Pois,

Para que a experiência clínica fosse possível como forma de conhecimento foi preciso toda uma reorganização do campo hospitalar; uma nova significação do estatuto do doente na sociedade e na instauração de uma determinada relação entre assistência e a experiência, os socorros e o saber; foi preciso situar o doente em um espaço coletivo e homogêneo. Também foi preciso abrir a linguagem a todo um domínio novo: o de uma correlação contínua e objetivamente fundada entre o visível e o enunciável...⁷⁸

Neste contexto, a implementação de tais apontamentos e teorias trata do abandono à dogmática jurídica formalista, a qual corresponde a práticas e pensamentos jurídicos tradicionais, para instrumentalizar e realizar o Direito com posturas inovadoras.

Não obstante, impera ressaltar que, com essas considerações, não se quer afirmar a total impertinência do Positivismo, apenas realçar seus aspectos negativos, advindos de um pensar extremo; mas, também, exaltar suas conquistas quanto à noção de *segurança jurídica*⁷⁹, sobretudo quanto à declaração formal dos Direitos Fundamentais. Destacando a *nova praticidade e compreensão/interpretação de aplicá-lo ao caso concreto*, é pensar o fenômeno jurídico em seus outros aspectos, pois este não deve ser analisado apenas em seu crivo normativo e depurado pela ciência do direito - como pretendia Hans Kelsen.

Ante supramencionadas situações e apontar de novos pensamentos, verifica-se a necessária *Revolução* - no sentido sociológico do termo - moral e íntima dos atuais e vindouros operadores do Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vê-se, assim, que, lamentavelmente, a formação do operador do Direito vem sendo comprometida pela imposição de certas posturas advindas do predomínio do pensar Positivo exagerado – mera aplicação literal de regras (lei em sentido restrito).

Fato, conseqüentemente, prejudicial nos atendimentos reais do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Uberaba e, principalmente, acinte ao direito constitucionalmente

⁷⁷ Grifos nossos, nota do tradutor de FOUCAULT, Michel. *O Nascimento das Clínicas*. Trad. Roberto Machado. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *O Nascimento das Clínicas*. Trad. Roberto Machado. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.226.

⁷⁹ Segundo J.I. Gomes Canotilho, “um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito.” - CANOTILHO, J. I. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p.384.

garantido do Devido Processo Constitucional e do Direito de Ação irrestrito e incondicionado – art. 5º, XXXIV “a” e XXXV da CR/88, considerando as demais praxes forenses.

É certo que essa ausência do aspecto humanitário, isto é, tratamento axiológico/valorativo, não se faz constante em outras áreas ligada à UNIUBE, o que demonstra tratar-se de algo diretamente relacionado ao conteúdo ministrado e apreendido/refletido no Curso de Direito.

Deve-se ressaltar também que esta decadência do atual sistema de ensino jurídico não é um problema que assola apenas o Curso de Direito da Universidade de Uberaba. Vários autores enfatizam tais acontecimentos que se perpetuam no contexto das demais Universidades e Faculdades de Direito do país.

Na verdade, o operador do Direito vem sendo transformado em mero técnico de aplicação literal da legislação, sem qualquer comprometimento com sua função social constitucional a ser desempenhada na atual sociedade.

Pois constata-se que a visão Positivista extremada do Direito deve ser vislumbrada apenas como um importante histórico da Ciência Jurídica⁸⁰, na medida em que, atualmente, objeto e objetivos da Ciência Jurídica e do Direito deve ser a aplicação crítica da *Norma*⁸¹ no contexto social, sem preterir a importância da Segurança Jurídica que esta implica.

Daí a necessidade de reformulação do ensino jurídico, com a adoção de novas técnicas e práticas democráticas, no sentido de se desenvolver competências e habilidades para a aplicação do Direito de acordo com a realidade social. Sendo que essas mudanças devem resultar, também, em verdadeira revolução moral dos pupilos, na medida em que estes sejam preparados “gradativamente”⁸², para não mais conceberem o estágio obrigatório e a realidade diuturna do operador do direito como mais uma imposição formal, e, sim, oportunidade de crescimento individual e auxílio ao exercício da cidadania de todas as pessoas que integram a sociedade.

ABSTRACT

In this article, it is tried to show the negativism result of the positivista/ formalist culture imposed in the half academics and forensic customs. And, also, to point the influences of such position in procedural scope, evidenced from the daily one of the operators of the Right in the Nucleus of Practical Legal of the Uberaba University (UNIUBE).

Word-keys: *Positivism. Legal Science. Operator of the right. Legal education. Changes.*

6 REFERÊNCIAS

AGUIAR, Roberto Armando Ramos de. **A Crise da Advocacia no Brasil: diagnóstico e perspectivas**. 2.ed. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

ALVES, Roseli Teresinha Michaloski. As implicações dos Paradigmas Jusnaturalista e Positivista na formação da Educação Jurídica Nacional – In: **Direito em Debate: em busca de alternativas** – Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul: Ed. UNIJUÍ, n.15, jan/jun/2001.

⁸⁰ De solar relevância a contribuição legada por Kelsen no que tange ao reconhecimento da autonomia da Ciência do Direito.

⁸¹ No sentido abarcador de não apenas Leis, mas princípios e regras, sobretudo constitucionais humanitárias.

⁸² Desde o princípio, o acadêmico de Direito deve ser preparado para enfrentar as diversas situações, sob pena de, efetivamente, o Curso tornar-se elitizado. Porém, o futuro aluno deve ter consciência do tempo e dedicação a serem dispendidos no aprendizado necessário visando a cumprir sua função social constitucional.

ANDRADE, M. O. de; PORTELA, P. de O. **Manual de Orientação para Trabalhos Técnico-Científicos e Referências Bibliográficas**. Uberaba: Ed. Universidade de Uberaba, 2001.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. Do Ensino Jurídico: conhecimento e produção criativa do Direito. In: **Direito e Democracia - Revista de Ciências Jurídicas**. Universidade Luterana de Brasília. V2. N1, Canoas: ULBRA, 2001.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia de Direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BODENHEIMER, Edgar **Ciência do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1991

COELHO, Sacha Calmon Navarro. O Objeto do Direito. In: **UNIJUS**. V5.N1. Uberaba: UNIUBE, 2002.

COSSIO, Carlos. **La Valoración Jurídica y La Ciencia Del Derecho**. Buenos Aires: Arayú, 1954.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro e ANDRADE JR, Joel de - Sobre a Função social do Advogado brasileiro no século XXI: realidade, perspectiva e sugestões. In: TETELLI, Lia. (coord). **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. n.11. São Paulo: RI, jan/jun/2003.

DALBERIO, Oswaldo. **Metodologia Científica II: o projeto de pesquisa passo a passo**. Uberaba: Ed. UNIUBE, 2000.

D'AMBROSIO, Ubiratan. **Transdisciplinariedade**. São Paulo: Palas Athena, 1997.

DEL NEGRI, André Luiz. A teoria do Processo como viabilizadora do programa constitucional democrático e a esperada eliminação da vontade pré-suposta do decisor. IN: **UNIJUS**. V5, N1. Uberaba: UNIUBE, 2002.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003

DINIZ, Maria Helena. **A Ciência do Direito** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DOI, Juliane Akemi Belluci. Necessidade e Importância do Estágio de Prática Jurídica. In: **Revista da Faculdade de Direito do Alto Paranaíba - Araxá -MG**, ano 5, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 1980.

FOUCAULT, Michel. **O Nascimento das Clínicas**. Trad. Roberto Machado. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre a facticidade e validade**. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HANS, Kelsen. **Teoria Pura do Direito**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

HERKENHOFF, João Baptista. **O direito processual e o resgate do humanismo**. Rio de Janeiro: Thex Editora, 1997.

_____. **Para onde vai o Direito? - reflexões sobre o papel do Direito e do Jurista**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabri Editor, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

_____. **Teoria Processual da Decisão Jurídica: ato da decisão e legitimidade decisória, hermenêutica decisional na teoria discursiva, legitimidade decisória e devido processo constitucional**. São Paulo: Landy Livraria, 2002

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NALINI, José Renato. **O juiz e o Acesso à Justiça**. 2.ed..São Paulo: RT, 2000.

NEGRI, André Luiz Del. A teoria do Processo como viabilizadora do programa constitucional democrático e a esperada eliminação da vontade pré-suposta do decisor. IN: UNIJUS.V5, N1. Uberaba: UNIUBE, 2002.

_____. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003

NETO, Menelick de Carvalho. Requisitos programáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Revista de Direito Comparado**. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, v.3.

NOVAK, Sara. **Os pesos e as medidas da Justiça: as experiências de uma advogada**. São Paulo: Tipo Editora Ltda, 1983.

PEREIRA, Rodolfo Viana. **Compreensão e Constituição: interpretação constitucional após o giro hermenêutico**. 2001.- Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Belo Horizonte: UFMG

PINCATO, Denise Pires. A Crise do Ensino Jurídico, In: **Direito & Justiça**: Revista da Faculdade de Direito da PUC do Rio Grande do Sul. V2. Ano XXIII, 2001.

POPPER, Karl. **Conhecimento Objetivo**. Belo Horizonte: Cultrix, 1979.

SANTANA, Jair Eduardo. **Direito, Justiça e Espiritualidade**. Belo Horizonte: Inédita, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. V1. Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. São Paulo: Cortez, 2000.

_____. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2000.

SICILIA, Cláudia Beatriz. Repensar o Direito é antes de tudo permitir ao homem pensar seu destino e autodestinar-se. In: UNIJUS, Ano II, nº II, Uberaba: UNIUBE, 1999.

SILVA, Décio Bragança. **A História Viva de Uberaba: o pensamento vivo de ...** Uberaba: Editora Vitória, 1994.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SODRÉ, Ruy de Azevedo. **Sociedade de Advogados: sociedade civil de trabalho**. São Paulo: RT, 1995.

STASIAK, Vladimir. A formação do Acadêmico do Curso Jurídico: reflexões metodológicas sobre as atividades desenvolvidas pelos núcleos de prática jurídica. In: **Revista de Direito Privado**.v.19. Ano 05. jul/set. São Paulo: RT, 2004.

TABORDA, Maren Guimarães. Das razões pelas quais a ‘Filosofia do Direito’ é saber próprio dos juristas. In: **Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da PUC do Rio Grande do Sul**. V.28.Ano XXV, 2003/2. Porto Alegre: EDIPUC/RS, 2003.

VIEIRA, Suzana Gauer. A teoria Democrática de Jürgen Habermas. In: **UNIJUS**, V.3, . Uberaba: UNIUBE, 2001

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____ **Pluralismo Jurídico: fundamentos para uma nova cultura para o Direito**. 3.ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.

NORMAS PARA APRESENTAÇÃO E ENVIO DE TRABALHOS

Texto em três vias com o(s) nome(s) e dados do(s) autor(es). Os artigos devem ser digitados com espaço simples entre linhas e gravado no Word for Windows versão 6.0 ou superior; e ter no máximo 30 páginas. As resenhas devem ter no máximo cinco páginas com o mesmo padrão de digitação dos artigos.

ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

Título: Claro e objetivo, na mesma língua do texto. Nome(s) do(s) autor(es), com titulação e vínculo institucional em notas de rodapé.

Resumo: No caso de artigo, o autor deve apresentar resumo em português, indicando até cinco palavras-chave. Se possível o resumo e as palavras-chave devem ser apresentados também em outra língua.

Conteúdo do artigo: Introdução, desenvolvimento e conclusões, livres. Entretanto, em caso de divergência com a doutrina, com a jurisprudência ou com a legislação vigente, deve o autor, ao menos, fundamentar seu ponto de vista e sugerir a forma de seus aperfeiçoamentos.

As **resenhas** devem apresentar a referência completa da obra analisada, no início do trabalho.

Ilustrações (figuras, desenhos e gráficos): Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Widows. Devem ser indicadas e referenciadas de acordo com a NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Notas de rodapé: Devem estar de acordo com a NBR 10520/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT. Apresentam-se ao pé da página com caracter e espaço de entrelinhas menores do que os usados no texto, e, separadas por um traço horizontal. Cada nota deve iniciar em uma linha com o respectivo número de remissão, que deverá ser em algarismo arábico, numa numeração única e sequencial para todo o texto. As notas explicativas devem ser reduzidas ao máximo. Servirão para considerações suplementares importantes ou para remeter o leitor a outras partes da obra e, também, para indicar informações obtidas por meio de canais informais ou documentos em fase de elaboração, ou, ainda,



para identificar o autor; o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido. As notas de referência servirão para indicar as fontes consultadas e indicadas nas citações. Tanto as notas explicativas como as de referência, além de aclarar melhor o texto, servirão, também, para facilitar o aprofundamento da pesquisa pelo leitor.

Citações bibliográficas: DEVEM SER APRESENTADAS DE ACORDO COM A NBR 10520/2002 DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT.

APRECIACÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelos Conselhos Editoriais e Científicos, quanto ao mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato dos pareceristas. Os originais, quando não aprovados para publicação, não serão devolvidos.

Os textos aprovados, mas que não se enquadrarem nos padrões de publicação da revista, serão encaminhados aos autores para as devidas adaptações no prazo máximo de um mês.

DIREITOS AUTORAIS: Como se trata de revista de divulgação cultural acadêmica, destinada, predominantemente, ao intercâmbio bibliográfico entre Universidades (portanto sem objetivo de lucro e/ou de comercialização, e com disponibilidade pela Internet – www.uniube.br/publicações), os autores/colaboradores não fazem jus à remuneração por direitos autorais. Podem eles, livremente, republicar o trabalho, com ou sem modificação. A reprodução da revista, no todo ou em parte, por outros interessados também é livre, desde que citem a fonte. Eventual disponibilidade da revista aos acadêmicos da UNIUBE ou a outros interessados (a preço subsidiado e com objetivo de reembolso parcial dos custos) não modifica a presente condição.

CORTESIA E RETRIBUIÇÃO: Cada autor fará jus a dez (10) exemplares da edição, como cortesia e retribuição à colaboração. Em caso de produção coletiva, a quantidade acima será dividida entre os autores do artigo publicado.

Os trabalhos devem ser precedidos de carta de encaminhamento assinada por todos os autores, afirmando estar de acordo com as condições acima e solicitando publicação na Revista UNIJUS, indicando:

Título do trabalho
Nome(s) do(s) autor(es) e identificação
Qualificação profissional
Instituição a que está vinculado
Endereço completo para contato (Fax, E-Mail, Telefone).

