

AMAGIS JURÍDICA

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Juiz Gilson Soares Lemes
Diretores

AMAGIS JURÍDICA

Associação dos Magistrados Mineiros

Ano II – Número 4 – jul./dez. de 2010



Belo Horizonte
2010

AMAGIS JURÍDICA

Diretoria Triênio 2010-2012

Juiz Bruno Terra Dias
Presidente

Desembargador Herbert José de Almeida
Carneiro
Vice-presidente Administrativo

Desembargador Luiz Audebert Delage Filho
Vice-presidente Financeiro

Juiz Luiz Carlos Rezende e Santos
Vice-presidente de Saúde

Desembargador Tibagy Salles Oliveira
Vice-presidente de Aposentados e Pensionistas

Juiz Antônio Carlos Parreira
Vice-presidente do Interior

Juiz Maurício Torres Soares
Vice-presidente Sociocultural-Esportivo

Juíza Maria Luiza Santana Assunção
Diretora-secretária

Ivone Campos Guillarducci Cerqueira
Subdiretora-secretária

Juíza Rosimere das Graças do Couto
Diretora de Comunicação

Desembargadora Jane Ribeiro Silva
Diretora do Centro de Estudos da Magistratura

Juiz Luiz Guilherme Marques
Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura

Diretores Culturais

Desembargador Guilherme Luciano Baeta
Nunes

Juíza Mariângela Meyer Pires Faleiro
Juiz Mauro Simonassi

Conselho Deliberativo

Desembargador José Nepomuceno Silva
Presidente

Juiz José Aluísio Neves da Silva
Vice-presidente

Juiz Michel Curi e Silva
Secretário

Assessores Especiais da Presidência

Desembargador Tiago Pinto

Juiz Lailson Braga Baeta Neves

Desembargador Nelson Missias de Moraes

Desembargador Reynaldo Ximenes Carneiro

Desembargador Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Desembargador Márcio Aristeu Monteiro de Barros

Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina

Conselho Editorial da Revista

Desembargadora Jane Ribeiro Silva

Diretora da Revista

Juiz Gilson Soares Lemes

Diretor da Revista

Desembargador Antônio Carlos Cruvinel

Desembargador Belizário Antônio de Lacerda

Desembargador Caetano Levi Lopes

Juiz Gilson Fonseca

Juiz Luiz Guilherme Marques

Juiz Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Juiz Maurício Torres Soares

Desembargador Wander Paulo Marotta Moreira

Coordenador de Comunicação da Amagis

Bruno Gontijo – Mtb-MG: 11008

Jornalistas

Georgia Baçvaroff – Mtb-MG: 08441

Adriano Boaventura – Mtb-MG: 09181

Fernanda Marques – Mtb-MG: 12188

Tiago Parrela – Mtb-MG:14634

ISSN 2175-3849

PARTICIPARAM DESTA EDIÇÃO

ALINNE ARQUETTE LEITE NOVAIS

Juíza de Direito Titular da 4ª Vara Cível da Comarca de Muriaé – MG. Mestre em Direito Civil pela UERJ. Professora de cursos de pós-graduação em Direito na DOCTUM, UNIPAC, EMERJ e Universidade Estácio de Sá 1

BRUNO TERRA DIAS

Presidente da Amagis 25

CYRO MARCOS DA SILVA

Psicanalista. Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo. Juiz de Direito aposentado nos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro. Professor do curso de pós-graduação no Centro Universitário Newton Paiva. Palestrante e autor de diversos artigos e livros sobre o tema, com destaque “Entre autos e Mundos” pela Editora Del Rey 45

FAUSTO BAWDEN DE CASTRO SILVA

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas. Aluno do Curso de Especialização em Direito Processual Civil pela PUC Minas 2009-2011 57

FERNANDO JOSÉ ARMANDO RIBEIRO

Pós-doutor pela Universidade de Berkeley (EUA). Doutor em Direito pela UFMG. Professor dos cursos de Mestrado e Bacharelado da PUC Minas. Juiz Civil do TJMMG 75

v

LUIZ GUILHERME MARQUES

Vice-diretor do Centro de Estudos da Magistratura –
AMAGIS. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível de Juiz de Fora 91

MARCELO CAVALCANTI PIRAGIBE MAGALHÃES

Conselheiro da AMAGIS. Juiz da Vara de Fazenda Pública Estadual e Autarquias de Juiz de Fora. Professor e mestrando na UNIPAC-Juiz de Fora 91

PAULO NADER

Professor Emérito da Universidade Federal de Juiz de Fora..... 103

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA

Juiz de Direito Titular da Justiça Militar de Minas Gerais. Mestre em Direito pela UNESP. Especialista em Direito Administrativo e Administração Pública Municipal pela UNIP. Professor Titular de Introdução ao Estudo do Direito na Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais 121

SAULO VERSIANI PENNA

Juiz de Direito Titular da 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte. Especialista em Direito Processual Civil pela FADIVALE. Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor de Graduação e Pós-graduação em Belo Horizonte. Professor da Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes..... 129

SÉRGIO HENRIQUE CORDEIRO CALDAS FERNANDES

Juiz de Direito da Comarca de Belo Horizonte-MG 153

THIAGO COLNAGO CABRAL

Juiz de Direito em Minas Gerais. Especialista em Direito Civil pela PUC Minas 171

VITOR LUÍS DE ALMEIDA

Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais. Graduado e
Especialista em Direito Público Municipal pela
Unimontes-MG 185

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO..... xi

O ART. 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E
SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Alinne Arquette Leite Novais 1

LIMITES À ATUAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL EM
MATÉRIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR (AUTOGESTÃO)

Bruno Terra Dias 25

LUGAR DE JUIZ

Cyro Marcos da Silva..... 45

CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO E
O REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

Fausto Bawden de Castro Silva 57

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS
NORMAS IMPEDITIVAS DE PROMOÇÃO NA CARREIRA
MILITAR

Fernando José Armando Ribeiro 75

IX

ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA E FORMAÇÃO PERMANENTE DOS JUÍZES DAS COMARCAS DO INTERIOR

Luiz Guilherme Marques / Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães 91

LEI E JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Paulo Nader 103

O EXERCÍCIO DO CICLO COMPLETO DE POLÍCIA NO ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO E DO DISTRITO FEDERAL

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa 121

JUIZ E ÉTICA

Saulo Versiani Penna 129

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TEMPOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes 153

A NOVA REDAÇÃO DO ART. 483, INCISO III, DO CPP, SOB O ENFOQUE DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Thiago Colnago Cabral..... 171

RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Vitor Luís de Almeida 185

APRESENTAÇÃO

Ideias e desafios

A qualidade da produção intelectual jurídica mineira é reconhecida em todo o país. A Revista Amagis Jurídica, cujo 4º número o leitor tem em mãos, mais uma vez vem comprovar que o trabalho dos magistrados mineiros, dentro dos gabinetes, está baseado não apenas em suas experiências práticas, como também em sólida formação teórica, que não se restringe às letras jurídicas, mas envolve todos os âmbitos das ciências humanas.

O objetivo desta publicação é contribuir com a discussão de ideias, mais necessárias do que nunca, no momento em que a sociedade passa por imensas transformações e, como é de sua natureza, o Judiciário deve dar respostas às demandas sociais. Desejamos uma agradável e profícua leitura, certos de que a Amagis tem renovado esforços pela participação do magistrado mineiro no debate nacional.



Juiz Bruno Terra Dias
Presidente da Amagis

1

O ART. 2º DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUA INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Alinne Arquette Leite Novais

“Entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta.”

Lacordaire

INTRODUÇÃO

No Brasil, antes da promulgação do CDC, as expressões “consumidor”, “consumo” e “fornecedor” pertenciam mais ao âmbito de reflexão e discussão de outras ciências que do direito, como a economia¹ e a sociologia², não tendo sido conceituadas pela legisla-

¹ No conceito econômico de consumidor fica claro o elemento teleológico, isto é, o consumidor como destinatário final do processo econômico. Nesse sentido, o seguinte conceito trazido por Maria Antonieta Zanardo Donato: “Conceituam-no, os economistas, como sendo o destinatário da produção de bens, seja ou não adquirente, seja ou não, por sua vez, produtor de rendas. Ou então, como adquirentes de bens e serviços que são os produtos finais do ciclo econômico.” DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. Biblioteca de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1993, p. 45-46.

² Sobre uma análise sociológica do consumo, ver excelente obra do sociólogo francês Jean Baudrillard, intitulada *A sociedade de consumo* (tradução de Artur Mourão). Rio de Janeiro: Elfos, 1995, onde o mesmo faz uma análise do consumo como fenômeno característico das sociedades atuais, revelando-se como um mito. Interessante também é o conceito sociológico de consumidor trazido por

ção³. Assim, acompanhando os ideais que fundamentaram todos os códigos oitocentistas, o Direito brasileiro tratava todas as relações contratuais como relações entre iguais, não cabendo ao Estado nelas intervir.

A teoria socioeconômica⁴, aliada até mesmo à psicologia⁵, muito ajudou para a melhor compreensão, por parte do direito, do fenômeno do consumo, notadamente do consumo massificado da sociedade atual, criando este novo conceito para consumidor – o conceito jurídico, que também não é unitário, ante a multiplicidade de perspectivas de enfoque dessa figura conceitual.

Todavia, ao analisar os conceitos fornecidos pelas diversas legislações e por inúmeros juristas, conclui-se que alguns elementos são constantes nessas definições e outros são meramente acidentais, característicos de concepções distintas, sendo comuns os elementos subjetivo, objetivo e teleológico⁶.

José Geraldo Brito Filomeno, citando Guido Alpa: “‘consumidor’ é qualquer indivíduo que frui ou se utiliza de bens e serviços e pertence a uma determinada categoria ou classe social.” FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 27.

³ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 37. Ver, a respeito da não definição de consumidor nas legislações, notadamente as estrangeiras. BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. In: *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/ago. 1992, v. 2, p. 7-51.

⁴ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor, cit., p. 15-16. Na verdade, os conceitos econômico e sociológico de consumidor se interpenetram e se completam, de modo que alguns estudiosos preferem falar do consumidor na teoria socioeconômica.

⁵ Maria Antonieta Zanardo Donato (*Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 47), bem como José Geraldo Brito Filomeno (*Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 27) fazem referência ao conceito psicológico de consumidor, sendo que este último autor, citando Guido Alpa, esclarece que na conceituação psicológica encara-se “o ‘consumidor’ como o indivíduo sobre o qual se estudam as reações a fim de se individualizar os critérios para a produção e as motivações internas que levam ao consumo”.

⁶ Este é o entendimento de Carlos Ferreira de Almeida, invocado por DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 50.

O elemento subjetivo diz respeito à própria pessoa do consumidor, à sua qualidade de não profissional em relação com o fornecedor profissional⁷. O elemento objetivo leva em conta mais o ato de consumo do que a pessoa do consumidor, já que considera consumidor aquele que realiza tais atos, no sentido de se encontrar em posição de destinatário final do produto ou serviço. O elemento teleológico, também chamado de negativo, diz respeito ao destino que será dado aos produtos ou serviços objetos do consumo, de modo que o consumidor é aquele que utiliza o produto ou serviço como destinatário final, retirando-o de circulação⁸.

No Direito brasileiro, o legislador, tratando de modo diferenciado as relações de consumo, por meio da edição do CDC, Lei nº 8.078, de 1990, delimitou o campo de atuação dessa norma através da conceituação do sujeito tutelado. É interessante notar, contudo, que nem mesmo o nosso legislador adotou um critério único para conceituar o consumidor⁹, trazendo não só um, mas quatro conceitos desse sujeito.

Assim, cabe à doutrina e à jurisprudência procederem à interpretação¹⁰ dos dispositivos legais, sob a perspectiva do sistema como um

⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 45.

⁸ BOURGOIGNIE, Thierry. *O conceito jurídico de consumidor*, cit., p. 23-31.

⁹ Thierry Bourgoignie, ao analisar o conceito de consumidor adotado por algumas legislações ocidentais, chega à conclusão de que não há nas mesmas um conceito unitário de consumidor, assim como ocorre no nosso ordenamento jurídico. *O conceito jurídico de consumidor*, cit., p. 9-10.

¹⁰ Sobre interpretação, integração da lei e hermenêutica ver, dentre outros: Carlos MAXIMILIANO. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamago. Revisão: Ana de Freitas. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian; Maria Helena DINIZ. *As lacunas do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999; MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989; REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996; REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992; BOBBIO, Norberto, *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989; BOBBIO, Norberto. *O positi-*

todo, tendo sempre em vista as normas constitucionais e as demais normas integrantes do nosso ordenamento jurídico.

O CONSUMIDOR PADRÃO

O Código de Defesa do Consumidor traz, inicialmente, em seu art. 2º, *caput*, o conceito básico do agente merecedor de sua tutela, o consumidor padrão ou, como prefere Cláudia Lima Marques¹¹, consumidor *stricto sensu*, ou ainda consumidor *standard*, na expressão de Maria Antonieta Zanardo Donato¹².

Nesse conceito, é possível identificar os três elementos comuns aos conceitos jurídicos de consumidor: o elemento subjetivo (sujeito), o elemento objetivo (objeto) e o elemento teleológico (finalidade).

O elemento subjetivo é formado pelas pessoas que podem assumir a caracterização de consumidoras. De acordo com o dispositivo legal em análise, tanto as pessoas físicas quanto as pessoas jurídicas podem figurar neste polo da relação de consumo. Não obstante a menção expressa da lei às pessoas físicas e às pessoas jurídicas, a melhor doutrina tem entendido não haver qualquer problema em conferir ao ente despersonalizado a qualidade de consumidor, desde que preenchidos os demais requisitos exigidos em lei¹³.

Sob o ponto de vista do requisito objetivo, consumidor é quem adquire ou utiliza produtos e serviços, sendo que tais objetos da relação de consumo estão definidos no art. 3º, §§ 1º e 2º do CDC.

O elemento teleológico, que corresponde à finalidade que será dada ao objeto do consumo, diz respeito à caracterização do consumidor como destinatário final. Todavia, é necessário investigar o que o legislador quis dizer com essa expressão, já que é o elemento teleo-

vismo jurídico: lições de filosofia do direito. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcia Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

¹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 302.

¹² DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 56.

¹³ Acerca deste entendimento. DONATO, Maria Antonieta Zanardo, *ibidem*, p. 79, e COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*, cit., p. 53.

lógico que permitirá a definição do âmbito de atuação do CDC, pelo menos no tocante ao consumidor padrão.

Grande polêmica doutrinária e jurisprudencial envolve a interpretação desse conceito de consumidor, notadamente quanto à expressão destinatário final. Assim, surgiram as correntes finalista e maximalista.

De um lado, está a corrente finalista, defendendo que a proteção dada ao consumidor pela legislação tem como fundamento a consideração de ser este vulnerável, merecendo, portanto, tutela especial, já que o próprio CDC, no art. 4º, I, estabelece como um dos seus princípios basilares o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor. Assim, a expressão destinatário final deve ser interpretada de maneira restrita, não bastando retirar faticamente o produto ou o serviço do mercado de consumo, mas também economicamente.¹⁴

Não obstante a interpretação restritiva de destinatário final defendida pela corrente finalista, no sentido de excluir do âmbito de aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor os profissionais, este posicionamento já sofreu abrandamento, conforme assevera Cláudia Lima Marques¹⁵:

aceitando a possibilidade do Judiciário, reconhecendo a vulnerabilidade de uma pequena empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade, interpretar o art. 2º de acordo com o fim da norma, isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo, e conceder a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a estes profissionais.

Os maximalistas interpretam o art. 2º do CDC de forma extensiva, entendendo as normas do CDC como um novo regulamento do mercado de consumo, ao passo que institui normas e princípios para os agentes do mercado, tutelando tanto o consumidor não profissional quanto o profissional. Para essa corrente, o destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que o retira do

¹⁴ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit, p. 304.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima, *ibidem*, p. 304.

mercado e o utiliza¹⁶, mesmo que como insumo ou elemento da cadeia produtiva¹⁷.

Refletindo acerca do tema, entendemos que há um exagero dos maximalistas em não oferecer qualquer limite à inclusão do profissional na categoria de consumidores e, ao mesmo tempo, há uma deficiência por parte dos finalistas em defender a não inclusão do profissional nessa categoria. Concordamos com Maria Antonieta Zanardo Donato¹⁸ quando a mesma diz que o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor encontra-se na base de toda a sua tutela específica e que é ela presumida, presunção essa relativa, podendo ser afastada por prova em contrário. E tal presunção não atinge apenas um dos tipos de consumidores definidos pelo *caput* do art. 2º do CDC, mas todas as pessoas ali enumeradas.

Cláudia Lima Marques, analisando a jurisprudência do STJ após a entrada em vigor do Código Civil, concluiu que a tendência atual é a de um finalismo aprofundado, “com uma interpretação do campo de aplicação e das normas do CDC de forma mais subjetiva quanto ao consumidor, porém mais finalista e objetiva quanto à atividade ou ao papel do agente na sociedade de consumo”¹⁹.

Em belo voto-vista proferido no Conflito de Competência 41.056/SP, de 23/06/2004²⁰, a Ministra Fátima Nancy Andri ghi fez uma in-

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima, *ibidem*, p. 305.

¹⁷ BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007, p. 54.

¹⁸ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 108.

¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit, p. 347.

²⁰ Ementa: Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada. – Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente – por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda – o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros. – O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão

interessante análise das teorias finalista e maximalista, demonstrando que àquela época, a Quarta e Sexta Turmas do STJ adotavam a teoria finalista ou subjetiva, enquanto que a Primeira e Terceira Turmas adotavam a teoria maximalista ou objetiva, sendo que, no citado precedente, foi adotada a teoria maximalista²¹. Analisando o julgado doutrinariamente, a Ministra relatora assim asseverou:

Assim delineadas as teses opostas, deve-se observar que a teoria subjetiva parte de um conceito econômico de consumidor, como reconhecem os doutrinadores que a adotam, enquanto que a teoria objetiva pressupõe um conceito jurídico de consumidor, resultante de uma exegese mais aderente ao comando legal positivado no art. 2º do CDC, o qual considera consumidor o destinatário final de produto ou serviço adquirido ou utilizado.

Neste contexto, verificada a fruição final do bem ou serviço, o eventual uso profissional da utilidade produzida por pessoa jurídica com intuito de lucro não descaracteriza, por si, a relação de consumo. Protege a norma legal, assim, o destinatário final fático, entendido aquele que retira o bem do ciclo econômico, consumindo-o ou utilizando-o de forma a depreciar, invariavelmente, o seu valor como meio de troca.

Por fim, as ponderações anotadas pelos defensores da teoria subjetiva, de que a utilização do CDC como instrumento de defesa de pessoas jurídicas que exercem atividade econômica poderá implicar em desvirtuamento do sistema protetivo eleito pelo Código, merecem em parte acolhida na jurisprudência deste STJ, a qual, a despeito de não exigir, para fins de incidência do CDC, a prova de ser a pessoa jurídica vulnerável ou hipossuficiente, afasta a caracterização da relação de consumo se verificado o expressivo porte financeiro ou econômico:

de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa. (Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Rel. p/ acórdão Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: S2 – Segunda Seção. Data da Publicação/Fonte DJ 20/09/2004, p. 181).

²¹ A Ministra Fátima Nancy Andrighi, no artigo intitulado *O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça* (Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/604/Conceito_Consumidor_Direito.pdf;jsessionid=4AB3B9CF048173B4184216C1F0ADB0E2?sequence=4>) analisa as doutrinas finalista e maximalista, bem como o julgamento do Conflito de Competência 41.056/SP, concluindo que em seu julgamento foi adotada a teoria objetiva ou maximalista e que tal entendimento era prevalente no STJ.

- i) da pessoa jurídica tida por consumidora;
- ii) do contrato celebrado entre as partes; ou
- iii) de outra circunstância capaz de afastar a hipossuficiência econômica, jurídica ou técnica.

Cite-se, a respeito, precedentes que afastam a relação de consumo na hipótese de aquisição, por pessoa jurídica ou não, de equipamentos hospitalares de valor vultoso, o que afasta a vulnerabilidade e a hipossuficiência dos adquirentes: CC 32.270/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, Segunda Seção, DJ 11/03/2002, AEResp 561.853/MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Terceira Turma, unânime, DJ 24/05/2004, REsp 519.946/SC, Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, unânime, DJ 28/10/2003 e REsp 457.398/SC, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, unânime, DJ 09/12/2002.

No entanto, noticia ainda a Excelentíssima Ministra, em voto proferido no REsp 733.560/RJ, de 02/05/2006, que a Segunda Seção do STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão destinatário final, consolidando a adoção da teoria subjetiva ou finalista²². Do voto da Relatora, extrai-se o seguinte:

Cinge-se a controvérsia principal em saber se uma pessoa jurídica que contrata um seguro contra roubo e furto do próprio patrimônio pode ou não ser considerada consumidora, nos termos do art. 2º do CDC.

a) Da alegada violação ao art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Alega a recorrente que o acórdão recorrido teria violado o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, pois teria, equivocadamente, considerado a recorrida como consumidora da recorrente.

É fato inconteste que os legisladores, quando da redação da Lei 8.078/90, não fizeram nenhuma distinção entre pessoas física e jurídica para se beneficiarem do Código de Defesa do Consumidor. Ao contrário, em seu art. 2º foram claros ao estabelecer que ambas podem utilizar-se da proteção conferida pelo CDC, bastando que, para tanto, os bens ou serviços adquiridos sejam

²² REsp 733.560/RJ; Recurso Especial 2005/0038373-4. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento 11/04/2006. Data da Publicação/Fonte DJ 02/05/2006, p. 315.

provenientes de um fornecedor e que a pessoa que os adquiriu seja ‘destinatário final’ dos mesmos.

Portanto, para se saber se determinada pessoa pode ou não ser considerada consumidora nos termos do art. 2º do CDC, deve-se verificar se ela se enquadra na definição de ‘destinatário final’.

A este respeito, a Segunda Seção deste STJ superou discussão acerca do alcance da expressão ‘destinatário final’, constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor (REsp 541.867/BA, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Rel. para o acórdão Min. Barros Monteiro, DJ 16.05.2005).

Segundo a teoria preferida, a aludida expressão deve ser interpretada restritivamente. Com isso, o conceito de consumidor deve ser subjetivo e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.

Portanto, analisando a jurisprudência do STJ, vê-se que, atualmente as decisões são proferidas com base na análise do caso concreto para, verificando a vulnerabilidade da parte, enquadrá-la e tratá-la como consumidora ou não. Assim é que esse E. Tribunal decidiu, no REsp 716.877/SP, ao analisar a situação de um caminhoneiro, pessoa física, que adquiriu um veículo para ser utilizado em seu trabalho e que apresentou defeito, enquadrando-o como consumidor, por considerá-lo vulnerável em face da empresa fabricante do caminhão:

Ementa: CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumi-

dor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido. (REsp 716.877/SP; Relator Ministro ARI PARGENDLER. Órgão Julgador T3 – TERCEIRA TURMA – Data do Julgamento: 22/03/2007 – Data da Publicação/Fonte: DJ 23.04.2007, p. 257).

Note-se, na decisão supracitada, que, como dito alhures, a interpretação da expressão destinatário final esposada alcança pessoa que, a rigor, pela corrente finalista clássica, não estaria abrangida pelo CDC, mas que, com a interpretação sistemática do CDC, considerando a proteção do vulnerável como seu princípio basilar, foi alcançada pela norma. Note-se, ainda, que essa interpretação, que segundo Cláudia Lima Marques constitui um finalismo aprofundado²³, chega ao entendimento que defendemos, aliados aos ensinamentos, também já citados, de Maria Antonieta Zanardo Donato²⁴.

Em brilhante voto, proferido no REsp 208.793/MT, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito teceu as seguintes considerações sobre o conceito de destinatário final, que ratifica esse entendimento ora exposto:

Em princípio, o destinatário final é aquele que adquire o bem ou o serviço para seu próprio desfrute. Isso quer dizer que a aquisição encerra uma operação sem curso para um terceiro, com intuito de lucro. Todavia, freqüentemente ocorre que as pessoas físicas e jurídicas que estão na cadeia produtiva adquirem bens ou serviços necessários ao seu trabalho profissional. E nessa situação é que surge a dificuldade maior. De fato, pode uma determinada empresa comprar matéria-prima que será utilizada na sua produção, o que quer dizer que o bem adquirido, no caso, será transformado, integrando o novo produto que será destinado ao público, ou, ainda, pode a mesma empresa adquirir um bem que seja necessário ao seu fim, mas que seja consumido por ela própria, sem que participe diretamente do produto que será oferecido, após o ciclo da produção, no mercado. São duas situações bem nítidas que podem facilitar o trabalho do intérprete. Na

²³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 347.

²⁴ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*, cit., p. 108.

primeira, a matéria-prima integra o ciclo produtivo, na segunda, não; na primeira, evidentemente, não é a empresa destinatária final; na segunda, claro, é.

Noutras decisões, o STJ confirma a adoção da teoria finalista, ressaltando a necessidade de analisar o caso concreto e verificando a existência de vulnerabilidade ou não da pessoa, física ou jurídica, que não seja destinatária final econômica do bem, para enquadrá-la na proteção consumerista²⁵. Também essa tendência interpretativa pode ser vislumbrada em decisões de Tribunais estaduais, o que demonstra ser essa a direção jurisprudencial atual²⁶.

É importante salientar que a análise das doutrinas finalista e maximalista é realizada de forma a interpretar o conceito do consumidor padrão, da definição trazida pelo art. 2º, *caput*, do CDC. O reconhecimento dos agentes equiparados e a correspondente interpretação dos demais conceitos legais de consumidor, acarretando a ampliação no entendimento dessa figura, de forma a enquadrar no regramento legal pessoas que, a rigor, pelo conceito padrão, não são consideradas con-

²⁵ Nesse sentido, *vide* as seguintes decisões do STJ: CC 46.747/SP, Rel. Min. Jorge Scartezzini. Órgão Julgador: S2 – Segunda Seção: Data do Julgamento: 08/03/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 20/03/2006, p. 189; REsp 445.854/MS, Rel. Min. Castro Filho. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 02/12/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/12/2003 p. 453).

²⁶ *TJMG*: AI 2.0000.00.351397-3/000(1). Rel. Juíza Maria Elza. Data do Acórdão: 06/02/2002. Data da Publicação: 23/02/2002; Ap. Cív. 1.0024.03.983053-4/001(1). Rel. Des. Unias Silva. Data do Acórdão: 27/02/2007. Data da Publicação: 09/03/2007; Ag. 1.0324.06.046671-5/001(1). Rel. Des. Nilo Lacerda. Data do Acórdão: 18/04/2007. Data da Publicação: 28/04/2007; Ap. Cív. 1.0024.04.449442-5/001(1). Rel. Des. Renato Martins Jacob. Data do Acórdão: 16/03/2006. Data da Publicação: 09/05/2006.

TJDF: AI 20060020153163. Rel. Des. Antoninho Lopes. Data de Julgamento: 11/04/2007. Órgão Julgador : 4ª Turma Cível. Publicação no DJU: 05/06/2007, p. 142; Ap. Cív. 20030110307243. Rel. Des. Ângelo Passareli. Rel. Designado Des. Maria Beatriz Parrilha. Data de Julgamento: 25/04/2007. Órgão Julgador: 4ª Turma Cível. Publicação no DJU: 10/05/2007, p. 125; Ap. Cív. 20010110107739. Data de Julgamento: 01/11/2006. Rel. Des. Nídia Corrêa Lima. Órgão Julgador: 3ª Turma Cível. Publicação no DJ: 30/11/2006, p. 129.

TJPR: EI143639-7/02. Rel. Juiz Conv. Fernando Antonio Prazeres. J 24/01/2007; AI 0412473-2. Rel. Des. Hayton Lee Swain Filho. J. 03/05/2007; Ap. Cív. 0198587-3. Rel. Des. Espedito Reis do Amaral. J. 26/02/2007.

sumidoras, não significam a adoção de uma ou outra posição, já que se trata de extensão conferida pela própria lei e corresponde a outros dispositivos.

A COLETIVIDADE DE CONSUMIDORES

Ao lado da proteção garantida ao consumidor individual, ainda confere o CDC proteção à coletividade de consumidores, assim estabelecendo no parágrafo único de seu art. 2º: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Prevê o legislador a tutela dos direitos ou interesses²⁷ coletivos, equiparando ao consumidor uma universalidade, conjunto de consumidores, ou ainda grupo, classe ou categoria deles, desde que relacionados a um determinado produto ou serviço²⁸. Verifica-se, então, que o legislador dá à coletividade de consumidores a possibilidade de defender seus direitos de forma conjunta.

Uma vez sendo a coletividade equiparada ao consumidor, a mesma tem seus direitos ou interesses garantidos pelo CDC, o qual estabelece, em seu art. 6º, VI, como direito básico do consumidor a prevenção e reparação dos danos patrimoniais, morais, individuais, coletivos e difusos. Prevê, posteriormente, as formas de tutela dos interesses coletivos no seu art. 81.

A tutela coletiva dos consumidores abrange duas categorias de interesses ou direitos. A primeira delas, denominada interesses essencialmente coletivos, compreende os interesses difusos e os interesses coletivos propriamente ditos. A segunda categoria corresponde aos interesses individuais homogêneos, cuja natureza coletiva só diz

²⁷ Kazuo Watanabe, na já citada obra *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 623, ao comentar a respeito da tutela coletiva dos consumidores, esclarece que “os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”.

²⁸ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 31.

respeito à forma de sua tutela. Vale ressaltar que do conceito desses interesses se incumbiu o legislador no art. 81 do CDC²⁹.

Importante ressaltar que pelo conceito ora em análise, para ser considerado consumidor não há necessidade de haver aquisição de produtos ou serviços, bastando que tal aquisição seja potencial³⁰.

Diante da previsão desses três tipos de interesses, o Código de Defesa do Consumidor disciplina um único gênero de interesses, os chamados direitos coletivos. Equiparando a coletividade ao consumidor individual, o parágrafo único do art. 2º do Código garante defesa aos direitos de um grupo de pessoas determinadas, bem como a um grupo de pessoas indetermináveis, isto é, que poderão vir a ser ou não identificadas³¹. Segundo Maria Antonieta Zanardo Donato:

Será, pois, a partir do parágrafo único do art. 2º do CDC, que a proteção de todos os direitos que emanam das normas consignadas no CDC serão tutelados de forma coletiva, quer seja a pretensão a ser defendida caracterizada como difusa, coletiva ou individual homogênea.³²

²⁹ Os interesses difusos são caracterizados pela indeterminação dos seus titulares e a inexistência de uma relação jurídica-base, havendo tão somente um liame factual, no aspecto subjetivo, e a indivisibilidade do direito juridicamente tutelado, no aspecto objetivo (WATANABE, Kazuo. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 624). Pela definição legal ficam bem claros os interesses coletivos, possibilitando-nos sua imediata identificação. Quanto aos interesses coletivos, são seus elementos caracterizadores a determinabilidade dos titulares, por fazerem parte do grupo, categoria ou classe, o vínculo jurídico, denominado pelo Código de relação jurídica base, e o interesse indivisível, comum da coletividade. Nos interesses individuais homogêneos, a natureza coletiva não se refere ao interesse que, como seu próprio nome diz, é individual. Contudo, por serem os mesmos de origem comum, permite a lei que sua tutela seja coletiva. Kazuo Watanabe esclarece que “origem comum” não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”, isto é, para que se caracterize a origem comum dos interesses a serem tutelados, não há a necessidade de que eles surjam em decorrência de um fato acontecido ao mesmo tempo para todos. (WATANABE, Kazuo, *ibidem*, p. 629).

³⁰ FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 38.

³¹ DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor*: conceito e extensão, cit., p. 170.

³² *Idem*, *ibidem*, p. 175.

A legitimidade ativa para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos está prevista no art. 82 do CDC.

O dispositivo confere legitimidade *ad causam*, dentre outros e de forma concorrente, ao Ministério Público, conforme se confirma pelo julgamento da Segunda Turma do STJ no REsp 520.548/MT:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AÇÃO COLETIVA – SERVIÇOS DE TELEFONIA – CONTAS TELEFÔNICAS DISCRIMINADAS – LIGAÇÕES INTERURBANAS – ESPECIFICAÇÃO DO TEMPO E DESTINO DAS LIGAÇÕES TELEFÔNICAS – INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO ESPECÍFICO – MINISTÉRIO PÚBLICO – LEGITIMIDADE – DIREITOS COLETIVOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS E DIFUSOS – PRECEDENTES. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública em defesa dos direitos de um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária através de uma única relação jurídica (direitos coletivos). (Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. Data do Julgamento: 20/06/2002. Data da publicação/Fonte: DJ 11/11/2002, p. 171)

Tal legitimação do Ministério Público, antes de ter previsão no CDC, tem base constitucional, já que o art. 129, III, da CRFB prevê como sua função institucional promover o inquérito civil e a ação civil pública, para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, como os assegurados ao consumidor. Além disso, há legitimidade para defesa dos interesses individuais homogêneos que, embora se individualmente considerados, sejam disponíveis, como são homogêneos, ou seja, decorrentes de origem comum, envolvem interesse social compatível com a finalidade do próprio Ministério Público³³.

³³ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 818. A este respeito, importante decisão do STJ, no REsp 684.712/DF (Rel. Min. José Delgado. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 07/11/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 23/11/2006, p. 218), em que o relator faz referência a um trecho das contrarrazões recursais do Ministério Público, onde este exatamente esclarece que a defesa dos interesses individuais homogêneos, em razão do interesse coletivo que eles representam, faz surgir a ordem pública (art. 1º do CDC), desaparecendo qualquer característica de disponibilidade de direitos, ainda que versem sobre direito patrimonial.

A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal também são legitimados a tutelar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos do consumidor. Como entes estatais, recebem tal função da própria Constituição da República, que estabelece a defesa dos direitos do consumidor pelo Estado como um dos direitos fundamentais, em seu art. 5º, XXXII³⁴. Terá tal legitimação o ente da federação que possuir algum vínculo com os consumidores titulares dos interesses a serem tutelados, podendo, inclusive, ser ela concorrente entre vários entes públicos, porém sempre disjuntiva. Tal concorrência, aliás, pode existir entre Estado e Município, entre vários Municípios, ou entre mais de um Estado. De outro lado, se não houver qualquer vínculo entre o ente e os consumidores lesados, ele não terá legitimação ativa.

Para a tutela de direitos coletivos do consumidor também é conferida a legitimidade ativa às entidades ou órgãos da administração direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC. Isso quer dizer que tais entidades ou órgãos somente têm legitimação ativa para defesa dos direitos do consumidor se tais direitos têm correlação com seus fins institucionais, ou seja, se uma de suas finalidades é a defesa dos direitos do consumidor.

Com base na legitimação conferida pelo art. 82, III, do CDC, ora em comento, é que se admite que órgãos, como o Procon, possam propor ações para defesa dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos dos consumidores. Além desse órgão, o STJ decidiu que outros órgãos, como o Nudcon³⁵, da Defensoria Pública do Estado

³⁴ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 820.

³⁵ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO. I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos

automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial. II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender às políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes. Recurso especial provido. (REsp 555.111/RJ. Rel. Min. Castro Filho. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 05/09/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 18/12/2006, p. 363). Interessante notar que noutra decisão o STJ entendeu que tal órgão, o NUDECON, não tem legitimidade ativa para a defesa de direitos coletivos: Ementa: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA DOS INTERESSES DOS CONSUMIDORES DE ENERGIA ELÉTRICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. NULIDADE DO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. I – O Tribunal *a quo* julgou satisfatoriamente a *lide*, pronunciando-se sobre o tema proposto, tecendo considerações acerca da demanda, tendo apreciado a questão afeita à tempestividade da apelação interposta pelo ora recorrido, entendendo que lhe é assegurado o prazo em dobro para recorrer, não havendo, portanto, que se falar em nulidade do acórdão hostilizado. II – A hipótese em tela diz respeito a ação civil coletiva, ajuizada pelo Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro – NUDECON, em defesa dos consumidores de energia elétrica daquele Estado, contra Light Serviços de Eletricidade S/A e CERJ – Companhia de Eletricidade do Rio de Janeiro, em que postula a ilegalidade de artigos da Portaria nº 466/97 do DNAEE, com a abstenção das rés em suspender o fornecimento de energia elétrica, bem como em calcular a dívida dos consumidores com base em tal regramento legal, condenando aquelas na repetição de valores pagos indevidamente. III – A Defensoria Pública não possui legitimidade para propor ação coletiva, em nome próprio, na defesa do direito de consumidores, porquanto, nos moldes do art. 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, não foi especificamente destinada para tanto, sendo que sua finalidade institucional é a tutela dos necessitados. IV – O Supremo Tribunal Federal, reforçando o entendimento sufragado, por meio da ADIN nº 558-8/MC, exarou entendimento no sentido da legitimidade da Defensoria Pública para intentar ação coletiva tão-somente para representar judicialmente associação desprovida dos meios necessários para tanto, não possibilitando a atuação do referido órgão como substituto processual, mesmo porque desprovido de autorização legal, a teor do art. 6º do CPC. V – Recursos especiais providos, para determinar a ilegiti-

do Rio de Janeiro, e a Procuradoria de Assistência Judiciária de São Paulo³⁶, também têm tal legitimidade.

Por fim, estabelece o Código de Defesa do Consumidor que cabe às associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que inclua entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo próprio Código, dispensada a autorização assemblear. Kazuo Watanabe esclarece que a referência às associações prevista no art. 82, IV, do CDC, abrange os sindicatos, as cooperativas e todas as demais formas de associações, conforme prevê o art. 174, § 2º, da Constituição Federal, desde que preenchidos os requisitos legais³⁷.

O primeiro requisito para que a associação tenha legitimidade ativa é, segundo o próprio inciso IV do art. 82 do CDC, que a constituição da associação tenha ocorrido há pelo menos um ano, exigência

timidade ativa *ad causam* do NUDECON, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, restando prejudicada a apreciação acerca do prazo em dobro para o recorrido apelar. (REsp 734.176/RJ. Rel. Min. Francisco Falcão. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Data do Julgamento: 07/03/2006. Data da Publicação/Fonte: DJ 27/03/2006, p. 196).

³⁶ Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLOSÃO DE LOJA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNIOS. LEGITIMIDADE ATIVA DA PROCURADORIA DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO. VÍTIMAS DO EVENTO. EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDORES. I – Procuradoria de assistência judiciária tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando indenização por danos materiais e morais decorrentes de explosão de estabelecimento que explorava o comércio de fogos de artifício e congêneres, porquanto, no que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimidade ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor expressamente que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”. II – Em consonância com o artigo 17 do Código de Defesa do Consumidor, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vem a sofrer as conseqüências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança. (REsp 181.580/SP. Rel. Min. Castro Filho. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 09/12/2003. Data da publicação/Fonte: DJ 22/03/2004, p. 292).

³⁷ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 821.

que, no entanto, pode ser dispensada pelo juiz, nas ações previstas no art. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, conforme dispõe o § 1º do art. 82. Assim, tal dispensa somente poderá ocorrer para a propositura de ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos, sendo este o entendimento do E. STJ, conforme se pode ver no seguinte julgado³⁸:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. DEFESA DOS INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. DISPENSA DE PRÉ-CONSTITUIÇÃO PELO MENOS HÁ UM ANO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DA AÇÃO COLETIVA SUPERADA. Presente o interesse social pela dimensão do dano e sendo relevante o bem jurídico a ser protegido, como na hipótese, pode o juiz dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação de que trata o inciso III do parágrafo único do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, que cuida da defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos. A regra contida no art. 6º/VII do Código de Defesa do Consumidor, que cogita da inversão do ônus da prova, tem a motivação de igualar as partes que ocupam posições não-isotômicas, sendo nitidamente posta a favor do consumidor, cujo acionamento fica a critério do juiz sempre que houver verossimilhança na alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, segundo as regras ordinárias da experiência, por isso mesmo que exige do magistrado, quando de sua aplicação, uma aguçada sensibilidade quanto à realidade mais ampla onde está contido o objeto da prova cuja inversão vai operar-se. Hipótese em que a ré/recorrente está muito mais apta a provar que a nicotina não causa dependência que a autora/recorrida provar que ela causa. Ainda que possa a inicial ter confundido a

³⁸ Além da ementa citada, o mesmo entendimento foi firmado pelo STJ em outros julgados, com os seguintes: REsp 520.454/PE. Rel. Min. Barros Monteiro. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 15/04/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 01/07/2004, p. 204; REsp 145.650/PR. Rel. Min. Barros Monteiro. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 01/04/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 14/06/2004, p. 221; REsp 121.067/PR; Rel. Min. Barros Monteiro. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 17/04/2001. Data da Publicação/Fonte: DJ 25/06/2001, p. 182; REsp 106.888/PR; Rel. Min. César Asfor Rocha. Órgão Julgador: S2 – Segunda Seção. Data do Julgamento: 28/03/2001. Data da Publicação/Fonte: DJ 05/08/2002, p. 196.

ação que objetiva promover a defesa coletiva dos interesses ou direitos individuais homogêneos, com a ação que tem por fito defender interesses pertinentes a pessoas já definidas e identificáveis, mediante a legitimação ordinária de certas entidades associativas para representarem judicialmente os seus filiados, na defesa de seus direitos, prevista no inciso XXI do seu art. 5º, da Constituição Federal, pode-se permitir o prosseguimento do feito desde que se perceba, como na hipótese, que o objetivo primordial é o de defender os direitos individuais homogêneos, uma vez que se deve extrair da inicial o que possa haver de maior utilidade, relevando certos deslizes formais que sejam periféricos para a compreensão da controvérsia, pois o processo judicial moderno, como já lembrava Couture, não é uma missa jurídica, de liturgia intocável. Ação proposta contra companhias fabricantes de cigarros. Recurso não conhecido. (REsp 140.097/SP. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Data do Julgamento: 04/05/2000. Data da Publicação/Fonte: DJ 11/09/2000, p. 252).

Ainda prevê o art. 82, IV, do CDC, como requisito para a legitimação ativa das associações, que elas incluam, entre seus fins institucionais, a defesa dos interesses e direitos protegidos pelo CDC, dispensada a autorização assemblear. Assim, para que a associação tenha legitimidade para propor ações em defesa de interesses coletivos do consumidor, é necessário que ela tenha sido constituída para tal fim. No entanto, não é necessário que essa finalidade seja exclusiva, podendo a associação ter outros fins. Note-se que não há necessidade, ainda segundo o dispositivo em comento, de autorização da assembleia dos associados. Isso porque, segundo Kazuo Watanabe³⁹, a autorização está ínsita na própria razão de ser das associações, que têm entre suas finalidades a defesa do consumidor, estando permanentemente autorizadas, desde a sua constituição, o que decorre, até mesmo, da norma constitucional estabelecida no art. 5º, XXI.

Assim é que têm legitimidade para a defesa dos interesses coletivos do consumidor em juízo o Idec⁴⁰, a Associação das Donas de Casa

³⁹ WATANABE, Kazuo. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto, cit., p. 822.

⁴⁰ AgRg no REsp 138.030/SP. Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 29/06/2006. Data da Publicação/Fon-

e Consumidores de Minas Gerais⁴¹, a Adcon – Associação Brasileira de Defesa do Consumidor, da Vida e dos Direitos Civis⁴², conforme decidiu o E. STJ.

CONCLUSÃO

Dois dos quatro conceitos de consumidor previstos no Código de Defesa do Consumidor estão no seu art. 2º, no *caput* o conceito básico, no parágrafo único, o primeiro dos conceitos de consumidor por equiparação, em que a coletividade que haja intervindo nas relações de consumo é considerada consumidora para fins de proteção legal.

Não obstante a previsão legal expressa do sujeito merecedor da tutela protetiva, cabe aos nossos estudiosos e tribunais a interpretação dos conceitos, buscando a *mens legis*, não perdendo de vista todas as normas que convivem em nosso sistema aberto, imantadas pela Constituição da República, verdadeiro centro do ordenamento e com a qual todas as normas devem estar em consonância.

O Superior Tribunal de Justiça e nossos tribunais de justiça, ao interpretarem o conceito de consumidor consubstanciado no *caput* do art. 2º do CDC, considerando a necessidade de análise do caso concreto, para verificar a vulnerabilidade real, seja econômica, jurí-

te: DJ 04/09/2006, p. 272; AgRg no REsp 150.195/SP. Rel. Min. Barros Monteiro. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 08/11/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 19/12/2005, p. 411; AgRg na MC 6.200/SP. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 11/04/2003. Data da Publicação/Fonte: DJ 02/06/2003, p. 294; AgRg no REsp 196.517/SP. Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 19/12/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 24/02/2003, p. 236; REsp 175.746/SP. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 26/11/2002. Data da Publicação/Fonte: DJ 24/03/2003, p. 223.

⁴¹ REsp 579.096/MG. Rel. Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: T3 – Terceira Turma. Data do Julgamento: 14/12/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 21/02/2005, p. 173.

⁴² REsp 575.102/RS. Rel. Min. Barros Monteiro. Órgão Julgador: T4 – Quarta Turma. Data do Julgamento: 04/10/2005. Data da Publicação/Fonte: DJ 07/11/2005, p. 290.

dica ou técnica, do adquirente ou utente, ao invés de adotar uma das teorias, finalista ou maximalista, de maneira estanque, estão dando real sentido à norma, interpretando a mesma em conformidade com o espírito da Constituição da República, quem tem como um de seus objetivos fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Essa também é a preocupação observada na interpretação do parágrafo único do art. 2º do CDC, em que a jurisprudência, notadamente do STJ, enquadra entre os legitimados ativos para promover a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos várias entidades criadas para a defesa de seus direitos e, ainda, afasta a exigência de pré-constituição, conforme autorizado pelo § 1º do art. 82 do CDC, para a atuação das associações na defesa de tais interesses, sempre que observado o manifesto interesse social.

Ora, os princípios basilares do Código de Defesa do Consumidor nada mais são que concreção dos princípios constitucionais. Convivendo com um sistema do tipo aberto, diferentemente daquele pregado pelo positivismo liberal, a Constituição tem hoje importância máxima no ordenamento jurídico, ocupando o lugar que era do Código Civil. Assim, todas as demais normas, estando subordinadas a ela, devem corresponder aos seus preceitos.

Assim, a interpretação constitucional dos conceitos de consumidor indica o caminho adotado pela jurisprudência atual, no sentido de, sempre, analisar a situação posta como única, que merece análise concreta e, então, a decisão de se enquadrar na proteção do CDC.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. O conceito de consumidor direito e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. *In* Revista de Direito Renovar. Rio de Janeiro: Renovar, maio/ago. 2004, n. 29, p. 1-11. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/604/Conceito_Consumidor_Direto.pdf;jsessionid=4AB3B9CF048173B4184216C1F0ADB0E2?sequence=4>. Acesso em: 26/09/2010.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Tradução: Artur Mourão. Rio de Janeiro: Elfos, 1995.

BESSA, Leonardo Roscoe. *Aplicação do Código de Defesa do Consumidor: análise crítica da relação de consumo*. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução: Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Polis, 1989.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Compiladas por Nello Morra. Tradução: Márcia Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOURGOIGNIE, Thierry. *O conceito jurídico de consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/ago. 1992, v. 2, p. 7-51.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.

DINIZ, Maria Helena. *As lacunas do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: RT, 1993.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 27.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991. 34 p.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução: José Lamego. Revisão: Ana de Freitas. 2. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. *Interpretação e integração dos negócios jurídicos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *A teoria contratual e o Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. *Os novos paradigmas da teoria contratual: o princípio da boa-fé objetiva e o princípio da tutela do hipossuficiente*.

te. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 17/54.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 359 p.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-216.

2

LIMITES À ATUAÇÃO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL EM MATÉRIA DE SAÚDE SUPLEMENTAR (AUTOGESTÃO)

Bruno Terra Dias

1. INTRODUÇÃO

Para justa compreensão do tema proposto à abordagem, importante revela-se o tracejamento de algumas considerações preliminares, sem o que a confusão reinante não se dissipará. A falta de um melhor esclarecimento tem ensejado postulações e decisões judiciais heroicas ou voluntaristas, sem sopesar consequências sociais e econômicas, além de frequentemente ofender princípios basilares da atividade regulada e o equilíbrio atuarial da relação jurídica travada entre operadora de saúde suplementar e consumidores/usuários.

Assim, em sede introdutória, propõe-se breve digressão, sempre considerado o setor de saúde suplementar, sobre: a) serviço público de saúde; b) serviço privado de saúde; c) ideologia e princípios; e d) normatização e atores.

1.1 Serviço público de saúde

1.1.1 Saúde como serviço e dever do Estado

A temática da saúde suplementar vem historicamente imbricada com iniciativas privadas e jogos do interesse público. Sem considerar

os meandros das discussões em torno do conceito de serviço público no Direito Administrativo, podemos colher de José dos Santos Carvalho Filho¹ o seguinte conceito:

... toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da sociedade.

Pode-se dizer, portanto, que se trata de serviços prestados diretamente pela Administração Pública, ou por quem dela receba delegação, para atendimento do interesse da coletividade, sob regime jurídico de direito público, onde predomina a subordinação ao interesse da coletividade.

Enquanto direito de todos e dever do Estado, a saúde é tutelada pelo art. 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988, organizada sob sistema único e submetida aos princípios da descentralização, atendimento integral e participação comunitária (art. 198). Nesse campo vigem as regras divergentes do regime concorrencial do setor privado, até mesmo em virtude da universalidade do atendimento.

1.1.2 Execução direta ou por delegação dos serviços de saúde pública

Os serviços de saúde podem ser prestados diretamente pelo Estado, por meio de seu quadro de funcionários, ou indiretamente, por interposta pessoa que receba delegação, compondo o sistema único.

Por meio de rede regionalizada, descentralizada e hierarquizada, o aparelhamento estatal presta serviços de saúde pública à coletividade, independentemente de *status* jurídico ou político, de posses, sexo, credo ou origem.

Para custeio de tais serviços, o sistema único tem, dentre outras, como fonte o orçamento da seguridade social (art. 195).

¹ *Manual de Direito Administrativo*. 3. ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

1.2 Serviço privado de saúde

1.2.1 Direito à saúde e iniciativa privada

Também com dignidade de tratamento constitucional (art. 199), porém submetido a uma diversidade de tratamento, normas e princípios, encontra-se o serviço privado de saúde. Sua abrangência não alcança a cobertura universal imposta ao Estado, mas limita-se ao contratado, às normas de direito público emanadas da atividade interventiva do Estado e à normatização por agência reguladora especialmente criada para o setor (Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS).

Já no alvorecer da nova ordem constitucional, assim já se posicionava J. Cretella Júnior²:

No comentário nº 3 deste volume, ao analisar o art. 170, que alude à *Ordem Econômica*, fundada na *livre iniciativa*, mostramos que esta se relaciona de modo estreito com a *liberdade de profissão e trabalho*, bem como com a *liberdade de associação*, ressaltando que *livre iniciativa* é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem coação do Poder Público, dentro, é claro, dos limites da *lei* e da *ordem pública*.

No campo da *assistência à saúde*, ao lado do *serviço público* existe o *serviço privado*, como sempre existiu, no Brasil, porque do contrário a estatização, nesse setor, nada mais seria do que a socialização da medicina e dos serviços sanitários, o que iria chocar-se com o *princípio da liberdade de profissão e trabalho*, que a própria Constituição proclama.

Com propriedade, já não sob o prisma constitucional tão somente, mas numa análise de evolução política, discorre Telma Maria Gonçalves Menicucci³:

... E mesmo que a criação do Sistema Único de Saúde (SUS), que traduziu institucionalmente a reformulação do setor, tenha significado a consolidação de um processo gradativo de expansão da

² *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 8, p. 4357.

³ *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2007, p. 15/16.

cobertura pública, a ampliação de seu escopo com a universalização formal é bastante significativa em termos de um reordenamento ideológico e institucional.

Entretanto, a criação desse sistema nacional de saúde inclusivo não logrou incorporar todos os cidadãos à assistência pública, uma vez que um expressivo contingente deles já vinha sendo absorvido por formas privadas de assistência à saúde ... O debate no Congresso Nacional e na sociedade em geral em torno da regulamentação e do controle governamental da assistência privada contribuiu para tornar transparente a relevância que ela já tinha assumido no Brasil como alternativa ao sistema público.

Intuitivamente é fácil perceber a divergência de regulamentação e princípios entre serviços de saúde pública e serviços de saúde privada. Embora o serviço privado tenha importância histórica sem a qual a administração pública não conseguiria sequer perseguir suas metas constitucionalmente estabelecidas, não pode ser confundido com o serviço público, nem submetido ao princípio da cobertura universal.

1.3 Ideologia e princípios

As prestações a cargo do Estado e do setor privado diferenciam-se principiologicamente e ideologicamente. Especificamente o setor privado submete-se a regulação concorrencial em mercado crescentemente valorizado pela insuficiência do setor público em dar resposta às pretensões sempre atualizadas de incorporação tecnológica nas intervenções médicas, assim como em satisfazer um público carente que não tem condições de assumir atividades e hábitos preventivos das mais diversas patologias. Essa debilidade do sistema oficial em atender os reclamos da cobertura universal de saúde mobiliza um contingente cada vez maior no rumo do setor privado, seja na contratação direta, seja por intermédio das atividades das entidades representativas de classe (acordos e convenções coletivas de trabalho, constituição de autogestões, etc.).

A atuação do setor privado, ao mesmo tempo em que supre de meios a quem não deseja submeter-se à aparente precariedade do atendimento oficial, obedece princípios estabelecidos na disciplina constitucional da ordem econômica e a normatização reguladora,

veiculada em leis como emanadas de agência especialmente criada. Isso revela uma atuação dual, algo esquizofrênico, por parte do Estado, conforme esteja a prestar serviços ou a exercer atividade regulatória e fiscalizatória. Essa aparência esquizoide da atuação estatal não poderia ficar erma de influência no público e no aparelhamento judiciário, destinado a dirimir pretensões resistidas.

Frutos de inadequada percepção de setores diferenciados, confundindo-os como se houvesse entre eles certa identidade, pretensões e decisões judiciais respectivas prodigalizam uma cornucópia de quebras de princípios e sacrifícios atuariais, num sem cessar de violações contratuais, que justificam plenamente nova transcrição do percuciente magistério de Menicucci⁴:

Aparentemente, esses dois processos – a implantação do sistema de saúde público e universal e o estabelecimento de uma política regulatória da assistência privada – ocorreram de forma independente, envolvendo, em grande parte, atores privados e agências governamentais distintas. Isso significa que essa regulação não se deu no sentido de definir a inserção de mecanismos de mercado na estrutura da assistência de responsabilidade estatal e de caráter universal, mas de consolidar o funcionamento do sistema privado de forma independente do sistema público. ... Por um lado, a atuação estatal se dá no sentido de garantir o acesso universal às ações e aos serviços de saúde como elemento que integra a noção de direito à saúde. Por outro lado, a política de saúde passa, formalmente, a incorporar a assistência privada ao escopo da intervenção governamental na forma de regulação do mercado privado de assistência, com vistas a desenvolver esse mercado, garantindo os direitos do consumidor. Ao fazer isso, a própria política consagra e legitima o caráter dual da assistência. Nessa perspectiva, a ação governamental orienta-se por duas lógicas distintas: a lógica da assistência como um direito de cidadania, que traz implícitas as idéias de universalidade e igualdade; e a lógica da assistência como um bem oferecido e adquirido em um mercado que, por sua vez, remete à diferenciação por segmentos e produtos, definida com base no poder de compra ou em condições privilegiadas de acesso ao consumo de serviços de saúde.

⁴ Id. *Ibid.*, p. 16.

Uma certa vocação ou inclinação à doutrina e à ideologia do Estado de Bem-Estar preside a intenção constitucional de cobertura universal posta sobre os ombros do setor público. É assim que o art. 196 impõe e vincula o Estado a assumir ações e políticas de saúde na perspectiva do bem-estar e da justiça social⁵.

Os princípios da livre iniciativa, livre exercício de atividade econômica, propriedade privada e livre concorrência, próprios do capitalismo, temperados pelos princípios socializantes da valorização do trabalho humano, existência digna, justiça social, função social da propriedade privada e defesa do consumidor, dentre outros, informam a atividade empresarial e estendem sua influência sobre a prestação organizada de serviços de saúde suplementar.

1.4 Normatização e atores

No centro das discussões atuais está o poder normativo das agências reguladoras, frequentemente acusadas de desprestigiar a atividade legislativa e de criar “déficit democrático” no direito regulatório.

Uma interpretação restritiva do inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988 pode levar ao entendimento de reserva legal estrita, com desconhecimento da legitimação constitucional da normatização levada a cabo pelas agências reguladoras, e muito particularmente a ANS. Tal entendimento já não é comportado pelo estado atual do desenvolvimento da teoria constitucional à luz da nova ordem econômica e social. A propósito, mais uma vez vem a talhe o magistério de Tojal⁶:

... é de se reconhecer que a norma do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, em virtude da qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, há de ser tomada como uma garantia constitucional de ninguém estar obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da ação normativa do Estado. Nessa medida, salta a toda evidência que o que garante a legitimidade do comando normativo não é a retórica da legalidade formal, mas sim a materialidade

⁵ TOJAL, Sebastião Botto de Barros. A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: direito sanitário. In: *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Márcio Iorio Aranha (org.). Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 28.

⁶ Id. *Ibid.*, p. 34.

desse mesmo comando normativo. Pretender o contrário, isto é, que a lei, como tal formalmente considerada, seja tomada como a única fonte primária legítima de direitos e obrigações, importa em desprestigiar o próprio texto constitucional, pelo que ele tem de mais caro, vale dizer, a condução do Estado no sentido da edificação de uma nova ordem econômica e social, legítima por seus próprios fundamentos e finalidades.

Uma vez respeitados os princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988 (legalidade, igualdade, moralidade, publicidade e eficiência) assim como os princípios postos no *caput* do art. 2º da Lei 9.784/99 (finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade e interesse público), a normatização emanada da ANS há de ser respeitada, ficando a salvo da pecha de inconstitucionalidade, o que tornará os atos em tal regulação fundados igualmente aptos à produção válida de efeitos no mundo das relações jurídicas travadas entre operadoras de saúde suplementar e consumidores/usuários.

Como atores do setor, as operadoras de saúde suplementar ficam adstritas à regulação e fiscalização da ANS, devendo suas condutas e decisões ser submetidas ao crivo judiciário tendo em consideração sobredita normatização. Enquanto não extrapolado o poder regulamentar por parte da agência governamental, sua estrita observância não deve acarretar sanções à operadora de saúde suplementar; decisão judicial, mesmo lastreada em legislação consumerista ou civil, que afronte o poder regulatório estará, indiretamente, decidindo pela ilegalidade ou inconstitucionalidade do ato normativo, o que exige específica fundamentação nesse autêntico controle difuso. Derrogar o direito regulatório no caso concreto, provocando o Judiciário com postulações que subvertem a implementação do princípio da democracia direta em consultas públicas realizadas pela ANS previamente à edição de seus atos normativos, em nada contribui para a harmonização do sistema, com eliminação de contradições e reforçamento de sua coerência interna⁷.

⁷ DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário, *in* Direito Sanitário e Saúde Pública, Márcio Iorio Aranha (organizador), Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 59/60.

2. JURISDICIONALIZAÇÃO DA SAÚDE

Postas as necessárias noções introdutórias, torna-se ingressar na temática da jurisdicionalização da saúde, algo que vem acontecendo sem atenção à harmonização e coerência da disciplina específica do setor, como se tudo pudesse ser resumido a relações jurídicas de fornecimento e consumo, como se as operadoras de saúde suplementar tivessem todas as mesmas características e não houvesse pressupostos de atuação. Assim é que, por efeito ilusório das conveniências e arranjos de interesses pode-se verificar, em cada época, a existência de verdades que soam como mentiras e mentiras que angariam acatamento de verdades irrefutáveis⁸.

Pressionado inicialmente pela notória insuficiência do atendimento do serviço oficial, larga faixa da população procura o setor de saúde suplementar como tábua de salvação, evitando filas, demoras e um crônico déficit tecnológico. Mas a busca dá-se frequentemente conjugada com o anseio da cobertura universal prometida pela Constituição Federal de 1988, art. 196, fundindo, como se possível fosse, orçamento da seguridade social com previsão atuarial, desconhecendo subordinação das operadoras a listagem de procedimentos estabelecida em ato normativo emanado de agência governamental.

2.1 Privatização da saúde e judicialização

A privatização da saúde, tema tão em voga nas discussões pertinentes a coberturas por parte das operadoras de saúde suplementar, não aconteceu linearmente em todo o mundo, nem mesmo na América Latina. Cada país, a partir de decisões políticas fundamentais,

⁸ FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*, São Paulo: Edições Loyola, 1996, p. 34/35, discorre interessantemente sobre algo que nos parece hoje tão natural, mas que no século XIX ofendia os postulados do pensamento oficial; trata-se do discurso de Mendel sobre o traço hereditário como objeto biológico e que em sua época foi renegado. Assim também parecem certas postulações e decisões judiciais, firmando verdades irrefutáveis sobre o alicerce movediço do déficit de visão holística do setor de saúde suplementar e do desconhecimento do direito sanitário.

adotou, ou não, um modelo próprio. Assim, o Brasil optou pela concômnia de dois sistemas: um que atende a todos, independentemente da condição de trabalhador empregado ou não, e outro regulado e fiscalizado pelo poder público, com prestação onerosa a quem dele deseje utilizar-se.

A respeito da força do setor privado e das equivocadas ideias que circulam a respeito da privatização da saúde e conseqüente fortalecimento do setor privado, vale aqui, mais uma vez, trazer à colação o magistério de Menicucci⁹:

O crescimento do setor privado no Brasil – traduzido seja na prestação de serviços por unidades privadas, seja na existência de formas privadas de financiamento, gestão e acesso a serviços de saúde – é anterior ao movimento de valorização do mercado, fruto das reformas econômicas dos anos 90 no país, e, portanto, não pode ser visto como uma simples resposta às pressões e mudanças geradas na conjuntura nacional e internacional. O desenvolvimento recente da política de saúde encontra seus fundamentos no próprio formato institucional da prestação da assistência à saúde no Brasil, caracterizada, desde sua constituição, por formas híbridas, com justaposição ou articulação de mecanismos privados e públicos, quando foram feitas escolhas por formas privadas.

2.2 Judicialização da saúde: alguns casos do Juizado Especial Cível

2.2.1 Argumentos e equívocos

Ainda que considerando rápida consulta a julgados das Turmas Recursais instaladas em Belo Horizonte, alguns argumentos são comumente encontrados, frequentemente faltos de coerência com o conjunto normativo regente do setor de saúde suplementar, desconsiderando mesmo critérios hermenêuticos, tudo indicando sinceros propósitos em meio a inadequada compreensão do regime jurídico e das implicações sociais e econômicas das postulações formuladas e das

⁹ Op. cit., p. 45/46.

decisões exaradas. É comum o subsídio de acórdãos do TJMG como reforço argumentativo, ainda que padecendo dos mesmos vícios de entendimento. Alguns argumentos serão postos a teste, identificando acórdãos do TJMG que trilham mesma senda argumentativa e serviram (ou podem ter servido) de norte orientador.

A) Reconhecimento de dano moral ao consumidor/usuário por negativa de cobertura

No Processo nº 1.0384.03.022734-0/001(1), figurando como apelante Copass (autogestão de saúde suplementar dos funcionários da Copasa), reconheceu-se: 1) haver relação de consumo; 2) aplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal de 1988 à operadoras de saúde suplementar; 3) com expressa equiparação de responsabilidade do ente privado à do ente público; 4) ser devida cobertura universal, independente do contratado e do constante do direito regulatório, sob invocação da boa-fé objetiva; e 5) haver ilícito na negativa de cobertura universal, ensejando compensação por dano moral em favor do usuário.

Do corpo do acórdão extrai-se:

A natureza assistencial de uma das partes, por manter um plano de saúde de autogestão, modalidade também contemplada na Lei nº 9.656/98, não descaracteriza a relação de consumo existente entre os envolvidos na relação contratual (...)

E mais:

Também é possível dizer que o tema merece um enfoque constitucional.

Determina o art. 196 da Constituição Federal:

‘A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação’.

Por sua vez, dispõe o art. 199, também da CR/88: ‘A assistência à saúde é livre à iniciativa privada’.

Da norma supratranscrita, emerge a conclusão de que à iniciativa privada é facultado ingressar na atividade voltada à assistência à saúde.

Se assim o faz, como no caso da apelante principal, deve bem assumir o seu papel, equiparando-se ao Estado na responsabilidade pela sua prestação, em conformidade, aliás, com os princípios constitucionais de justiça social e de relevância dos serviços de saúde.

Mais além:

Na hipótese dos autos, a ré nem mesmo negou haver a necessidade da internação e conseqüente tratamento, de forma a impedir a evolução da doença.

Registre-se que a autora é beneficiária do plano de saúde há vários anos, cujos pagamentos são efetuados mensalmente pela associada sua filha, não se podendo admitir que, no momento em que sua vida corre sérios riscos, lhe seja recusada a cobertura do tratamento.

Portanto, flagrante o abuso perpetrado pela apelante.

E mesmo que houvesse avença, em tese, a desautorizar o pedido, deveria ser tida por incompatível com a boa-fé objetiva – grande pilar do Direito moderno – pois frustraria a expectativa do contratante acerca da efetiva contraprestação do serviço, cabendo ao julgador aferir a validade de tal avença em face da lei, bem como se ela está acorde com a equidade do respectivo contrato.

Certo é que o fato de a ré ter deixado, de modo abusivo e infundado, a beneficiária do plano, uma senhora de idade avançada, portadora de grave doença, em iminente risco de agravamento do seu quadro clínico ante a progressão da doença, sem o devido tratamento, configura conduta deplorável e antijurídica, que conduz à obrigação de indenizar pelo dano moral sofrido.

Finalmente:

Reconhecida a ilegalidade da não cobertura do tratamento médico, resta configurado o ilícito e a responsabilidade indenizatória.

Posto sob enfoque neutro e registrado na primeira parte do presente trabalho, o raciocínio proposto pelo eminente relator do acórdão, sobretudo voluntarioso e esforçado, não resiste, embora faça escola na primeira instância da Justiça Estadual e do Juizado Especial Cível. Assim é que: 1) uma operadora de autogestão, tendo por associado o próprio usuário ou seu dependente, não se encaixa no conceito de fornecedor adotado pelo CDC, revelando-se equivocada a classificação

da relação jurídica como consumerista; 2) o art. 196 da Constituição Federal de 1988 dirige-se ao Estado, sendo reservada à iniciativa privada, às operadoras de saúde suplementar, a disciplina da ordem econômica, art. 170; 3) submetidas a disciplinas diversas, previstas em pontos distintos do mesmo texto constitucional, equivocada revela-se a equiparação de responsabilidade do ente privado à do ente público; 4) a cobertura universal é dever constitucionalmente imposto ao Estado, não ao setor privado, cujo direito regulatório estabelece os lindes próprios; 5) o princípio da boa-fé objetiva, aplicável às operadoras de saúde suplementar em geral, tem como parâmetro o direito regulatório, com a cobertura restrita nele disciplinada; 6) se a operadora cumpre integralmente a disciplina própria do direito regulatório a ela imposto, absolutamente equivocada apresenta-se a afirmativa de ilícito na negativa de cobertura universal, contaminando do mesmo vício a condenação ao pagamento de compensação por dano moral em favor do usuário, posto que da licitude não decorre sanção como consequência.

B) Derrogação do direito regulatório

No Processo nº 1.0183.06.105763-8/001(1), afirmou-se:

Tratando-se a assistência médica contratada de relação de consumo, com aplicação do Código de Defesa do Consumidor, devem as cláusulas do pacto ser interpretadas de forma mais favorável ao consumidor, considerando-se abusivas aquelas que negam cobertura ao procedimento pleiteado, sob o argumento de que referido procedimento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar elaborado de acordo com lei atinente à matéria.

Embora a agravante tenha sido cooperativa médica, o raciocínio constante do corpo do acórdão não distingue as diversas modalidades de operadoras de saúde suplementar, dirigindo-se indistintamente a todas, e exerce influência sobre o juízo singular da Justiça Estadual como sobre o Juizado Especial Cível.

Novamente, não resiste o raciocínio adotado no respeitável acórdão quando submetido ao crivo neutro do quanto exposto na primeira parte do presente trabalho. Negar o direito regulatório emanado de

agência criada com o específico fim de balizar e fiscalizar o setor de saúde suplementar é descartar a ordem econômica e social prescrita no texto constitucional vigente. O disposto no art. 5, II, da Constituição Federal de 1988 merece releitura para melhor entendimento como impositividade da ordem normativa emanada do Estado, ampliando a observância da lei em sentido estrito para alcançar a regulação emanada de órgão estatal próprio, nos limites de suas atribuições.

Raciocinar da forma proposta pelo eminente relator implica em retrocesso político institucional, na medida em que submeteria o Poder Legislativo a regular estritamente toda e qualquer atividade, sem os avanços das agências reguladoras; a cada novidade corresponderia a necessidade de nova lei em sentido estrito. Num setor que diuturnamente incorpora novas tecnologias, aguardar o processo legislativo para disciplinar cada novidade surgida implicaria em impor à população o fardo do atraso. Note-se que o direito regulatório, normalmente precedido de consultas públicas legitimadoras, impõe às operadoras observância ágil às novas tecnologias e eventual vácuo proporcionado pela derrogação do direito regulatório frustraria o atendimento num sem número de casos por falta de impositividade da nova tecnologia reconhecida pela classe médica.

C) Revisão de cobertura, quebra do equilíbrio atuarial

No Processo nº 1.0024.06.275997-2/001(1), afirmou-se:

Na interpretação dos contratos, deve-se ter sempre em mente a intenção de ambas as partes, sem abandonar a equidade e a utilidade social, afastando-se eventuais excessos contratuais. Consideram-se abusivas cláusulas contidas em contrato de plano de saúde que negam cobertura ao procedimento pleiteado pelo autor, sob o argumento de que o referido procedimento não consta do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar, elaborado de acordo com lei atinente à matéria, porque aquele rol não é taxativo.

Mais adiante, do corpo do acórdão ainda se extrai:

Assim, à luz dos textos constitucionais ora invocados, denota-se que a saúde, inobstante constitua um dever primacial do Estado, não é um monopólio deste, configurando-se uma atividade

aberta à iniciativa privada, valendo ainda anotar que a mesma não se caracteriza como uma mercadoria qualquer, e nem pode ser confundida com outras atividades econômicas (...) o particular, prestando os serviços médicos e de saúde, possui os mesmos deveres do Estado, consistentes no fornecimento de assistência médica integral para os aderentes dos respectivos serviços.

Partindo dessa conformação constitucional, o fato de a assistência à saúde afigurar-se livre à iniciativa privada não garante aos particulares a prerrogativa de se desobrigarem de dar ao conveniado assistência integral, à vista de não se constituir como absoluta a liberdade econômica.

Mais uma vez a confusão se instaura entre deveres do Estado e atividades regidas pela ordem econômica e social, como se as operadoras de saúde suplementar tivessem fonte de custeio no orçamento da seguridade social e não tivessem receita vinculada a cálculo atuarial, em que considerada a cobertura determinada pelo direito regulatório, com os aditivos proporcionados pelo contrato. O fato de não ser taxativo o rol de procedimentos fixado pela ANS não implica em possibilidade de ampliação da cobertura sem revisão da contrapartida devida pelo consumidor/usuário.

A repercussão da decisão judicial ampliativa da cobertura, em autêntica revisão contratual, sem considerar o impacto atuarial correspondente, deságua em duas possibilidades: se a operadora absorve o impacto, diminui sua possibilidade de continuação no setor, o que não é de se acreditar que aconteça; se a operadora não absorve o impacto, onera o consumidor/usuário, o que pode conduzi-lo ao inadimplemento e conseqüentemente à exclusão. A decisão de índole protetiva acabaria por se tornar algoz do economicamente débil, reconduzindo-o ao atendimento pelo SUS.

D) Tratamento experimental

No Processo nº 1.0145.07.415726-7/001(1), ementou-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – PLANO DE SAÚDE – EXCLUSÃO DE COBERTURA – TRATAMENTO EXPERIMENTAL – ÔNUS DA PROVA – INTERPRETAÇÃO FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR – CARÁTER SATISFATIVO. – Cabe à

operadora do plano de saúde comprovar que o tratamento prescrito no relatório elaborado por profissional médico especializado é experimental. – Interpreta-se de forma restritiva a cláusula que exclui da cobertura tratamentos e cirurgias experimentais. – É lícita a cobertura de tratamentos experimentais pelos planos de saúde, desde que exista acordo prévio entre as partes e o responsável pela aplicação do procedimento experimental. – A discussão sobre ‘caráter satisfativo’ refere-se às medidas cautelares, tendo em vista sua dependência em relação ao processo principal, não tendo qualquer relevância no caso da antecipação dos efeitos da tutela.

Na mesma linha argumentativa, no Processo nº 1.0024.07.393151-1/001(1), ementou-se:

EMENTA: DIREITO CIVIL – AÇÃO ORDINÁRIA – PLANO DE SAÚDE – BOMBA DE INFUSÃO DE MORFINA – COBERTURA QUE SE IMPÕE – PEDIDO PROCEDENTE. – Não se tolera, porque eivada de nulidade, a prevalência de cláusula contratual excludente de cobertura dita pautada em tratamento experimental quando, por limitar direitos indispensáveis à garantia de vida e bem-estar do usuário de plano de saúde, revela-se contrária à finalidade básica do contrato.

Os acórdãos sob comento, em que pese a inegável autoridade dos eminentes relatores, impõem às operadoras a cobertura de tratamentos excluídos expressamente, seja pelos contratos firmados, seja pelo Código de Ética Médica e pelo rol de procedimentos da ANS. O fundamento das decisões está na invocação de cobertura universal com escopo de alcançar a dignidade da vida humana.

Por evidente que a contratação de um plano de saúde tem por finalidade assegurar qualidade e dignidade de vida. Entretanto, os meios de viabilização dessa finalidade sofrem limitações, tanto éticas quanto técnicas, de modo a permitir dimensionamento dos riscos e fixação de custos à cobertura, sem risco de demanda por danos materiais ou morais causados pelo emprego de técnicas não consagradas. As decisões sob comento, impondo tratamentos experimentais ou não éticos, ampliam riscos e custos, mas implicam exclusão de responsabilidade, em todas as órbitas, por danos materiais ou morais decorrentes do tratamento determinado judicialmente; não poderia a operadora responder por consequências de atos cuja prática não foi voluntária.

2.2.2 Discussões que não se travam

O acervo jurisprudencial disponível não menciona questões relevantes à temática da saúde suplementar que merecem maior cuidado e atenção. Com o propósito de que não fiquem no esquecimento, pontuaremos algumas dessas questões relevantes, motivadoras das discussões que não se travam.

A) Correção diagnóstica e terapêutica indicada

Normalmente não se vislumbra na jurisprudência específica a discussão relativa à correção diagnóstica e terapêutica indicada. Na relação jurídica processual passa quase despercebido um personagem que não sofre consequências de sua participação: o médico. Efetivamente, todas as postulações relativas à saúde suplementar têm por suporte um documento médico que, após considerar resultados de exames, apresenta um diagnóstico e propõe um determinado tratamento, recomendando atos cirúrgicos, utilização de próteses e órteses (notadamente de origem estrangeira) e emprego de medicamentos (nem sempre disponíveis no mercado nacional).

Os temas relativos à correção diagnóstica e terapêutica, por demandarem conhecimentos científicos próprios da medicina, escapam à competência dos Juizados Especiais Cíveis, visto que a discussão que se estabeleça determinará, necessariamente, a realização de perícia. Sem elementos para corroborar ou negar a qualidade do documento médico que lastreia a pretensão, o Juiz tem somente a opção de acatar cegamente o que lhe é apresentado para aquilatar o cabimento de uma eventual antecipação de tutela. Mas, mesmo depois de intimadas a cumprir ordem judicial para realização de certo e determinado procedimento, previsto ou não no contrato e/ou no direito regulatório, as operadoras de saúde suplementar limitam-se a agravar (se ajuizada a demanda perante o juízo singular da Justiça Estadual), discutindo questões de direito, mas sem colocar em pauta a questão médica subjacente.

Aparentemente, os advogados das operadoras de saúde suplementar não imaginam ou não são orientados a buscar opinião médica dos auditores da empresa para enriquecimento do debate judicial.

B) Valor da causa na discussão de cláusula contratual

Outra discussão que não se trava, mas que é de específica importância no Juizado Especial Cível, é relativa ao valor da causa em demandas que discutem validade de cláusulas excludentes de determinadas coberturas, ou mesmo a constitucionalidade do direito regulatório excludente de determinadas coberturas.

Normalmente atribui-se valor de alçada a esse tipo de demanda sob argumento de não ter conteúdo econômico imediato, sendo assim de valor inestimável. Entretanto, se a discussão é travada para fins de viabilizar um certo e determinado procedimento, o conteúdo econômico será o valor do procedimento a ser viabilizado, frequentemente superior ao limite prevaiente para a competência do Juizado Especial Cível. Vale dizer, uma discussão do valor da causa assim travada deslocaria a competência para juízo singular da Justiça Estadual, onde é possível instrução exauriente e o manejo de modalidades recursais não previstas na legislação pertinente aos Juizados Especiais.

C) Incompatibilidade da saúde suplementar com o Juizado Especial Cível, na perspectiva da causa complexa, dependente de perícia

Os enunciados prevaientes no XXIV Fórum Nacional de Juizados Especiais – Fonaje, realizado de 12 a 14 de novembro de 2008 – Florianópolis/SC, especialmente os de nº 12 e 54, devem ser objeto de estrita consideração, estando assim redigidos:

Enunciado 12 – A perícia informal é admissível na hipótese do art. 35 da Lei 9.099/1995.

Enunciado 54 – A menor complexidade da causa para a fixação da competência é aferida pelo objeto da prova e não em face do direito material.

Em matéria de saúde, é inadmissível a denominada perícia informal, vez que sempre dependente de conhecimentos científicos e demonstrações técnicas incompatíveis com a informalidade que preside a atuação do Juizado Especial Cível. Deve-se considerar como inaplicável ao setor de saúde suplementar o Enunciado nº 12 – Fonaje.

Por igual, sendo o setor de saúde suplementar regido por direito regulatório próprio, que não se exaure em leis federais em sentido estrito, mas que engloba atos normativos diversos, deve-se considerar a existência de causa complexa em face do direito material toda vez que o debate judicial travar-se em torno da sua existência, teor e vigência (o art. 337 do CPC foi redigido quando ainda não se cogitava neste país da criação de agências reguladoras e muito menos da existência de direito regulatório, sendo recomendável acrescentá-lo ao rol do dispositivo que determina à parte fazer prova de teor e vigência). A aplicabilidade do Enunciado nº 54 – Fonaje há de ser vislumbrada com cautelas no que condiz com o setor de saúde suplementar, posto que não somente o objeto da prova é apto a definir a causa de maior complexidade.

D) Ressarcimento ao SUS

Já se encontra devidamente regulamentado o art. 32 da Lei 9.656/98 (Resolução Normativa 185, de 30 de dezembro de 2008), que trata do ressarcimento ao SUS, pelas operadoras de saúde suplementar, dos atendimentos feitos aos consumidores/usuários de planos de saúde, nos limites das respectivas coberturas. Assim, eventual falta de atendimento pela operadora de saúde suplementar não acarretará ao SUS ou ao consumidor/usuário qualquer prejuízo; se devido o atendimento, ressarcidos serão os cofres públicos.

Há que se considerar, ainda, que o atendimento de consumidor/usuário por procedimento que extrapole o contrato ou o direito regulatório não confere à operadora de saúde suplementar direito de ressarcimento contra o SUS, a quem cabe constitucionalmente o cumprimento da promessa de cobertura universal (art. 196).

De tal sorte, diante de casos de recusa de atendimento que não representem flagrante ofensa ao contrato e ao direito regulatório, recomenda-se a realização do procedimento pelo SUS, em proteção à vida e à dignidade da pessoa, reservando-se a discussão da cobertura contratada para embate entre a autarquia federal e a operadora de saúde suplementar. Assim estará assegurado o direito à vida e existência digna do usuário/consumidor, sem comprometimento sistêmico.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No breve espaço deste trabalho, algumas observações vêm a talhe, como pontos de reflexão sobre a realidade que se vive e a que se deseja. Assim é que no eterno conflito entre liberdade de escolha, justiça e segurança jurídica algumas opções políticas fundamentais devem nortear a conduta do Estado e dos seus cidadãos.

Vivemos um momento de incipiente compreensão das regras próprias do setor, com patentes reflexos na seara judicial, tudo ensejando decisões que ferem a equação econômico-financeira da operadora de saúde suplementar. Sem se dar conta, o Poder Judiciário está por se colocar na encruzilhada do dilema de Robespierre: tentando moralizar a falta de adequada atenção à saúde da população pelo Estado, impõe à iniciativa privada fardo superior ao previsto no contrato, na lei e no direito regulatório. Sem se aperceber de que a repetição de decisões, como as acima elencadas, não provocará reação estatal de atenção integral à saúde da população, estará o Poder Judiciário contribuindo, indiretamente, para o encarecimento da prestação devida pelas operadoras de saúde suplementar, o que certamente inviabilizará a fração mais modesta dos consumidores/usuários o acesso à cobertura diferenciada ofertada pela iniciativa privada.

4. BIBLIOGRAFIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 3. edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 217.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993, v. 8, p. 4.357.

DALLARI, Sueli Gandolfi. *Direito Sanitário*. In: ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Sanitário e Saúde Pública (organizador)*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 59/60.

FOUCAULT, Michel. *A Ordem do Discurso*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 34/35.

MENICUCCI, Telma Maria Gonçalves. *Público e Privado na Política de Assistência à Saúde no Brasil: atores, processos e trajetória*. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2007, p. 15/16.

TOJAL, Sebastião Botto de Barros. *A Constituição Dirigente e o Direito Regulatório do Estado Social: direito sanitário*. In: ARANHA, Márcio Iorio (org.). *Direito Sanitário e Saúde Pública*. Brasília: Ministério da Saúde, 2003, p. 28.

3

LUGAR DE JUIZ

Cyro Marcos da Silva

A criança vem ao mundo desvalida, num desamparo fundamental. Precisa de um outro a seu lado, do *Nebenmensch*, como diz Freud. Então, já não é um outro qualquer, mas um Outro, com O maiúsculo, e é dele que o bebê vai receber a fala e todo o investimento amoroso. Este Outro, geralmente, é encarnado pela mãe. O que faz laço entre esta criança e este Outro, é o encadeamento de palavras, com endereçamento. E assim, esta criança, desde antes de nascer, já fica matriculada numa determinada família. Qualquer família traz a história das gerações, seus mitos, ideais, fracassos, seus ditos, seus ditados e seus silêncios, contidos numa espécie de caixa preta. E Lacan disse aos americanos que é completamente diferente ter nascido em sua casa ou na casa do vizinho.

O *infans* não é tão apenas um mamífero, um animal, um natural. O biológico estará ali sim, mas, como vimos, já subvertido pela linguagem, desnaturado.

Se o humano nasce desvalido, prematuro, em desamparo fundamental, então o que lhe resta para não morrer já tão precocemente? Resta-lhe a escolha forçada: entregar-se, ficar à mercê, alienar-se a este Outro, do qual, depois, deverá se separar um pouco. Mas essa escolha é forçada, como na escolha “a bolsa ou a vida?” Embora Drummond já nos informe que ambas estão vazias, mesmo assim, uma das duas, como dizem, vai dançar.

Dizendo sim ao império da linguagem, a criança terá acesso ao campo das representações, a este registro que damos o nome de *simbólico*. É hora de lembrar que essas representações são parciais, são

incompletas, não conseguem representar tudo. Este impossível, este inacessível que denominamos *real*, não se dá todo a representar. Há sempre algo que escapa, algo inominável, algo impossível. Da parcela possível de representação, resulta a realidade.

A linguagem funda, portanto, aquilo que escapa a si mesma, ou seja, aquilo que não consegue entrar no campo da fala, das representações, aquilo que escapa, o inconsciente. Com isso vamos ter que nos haver, com esta Outra cena, com a linguagem, com o Inconsciente, com este Outro que nos antecede no mundo e sempre se apresenta por meio do *Nebenmensch*. Nos primeiros momentos de nossa vida é a mãe quem o introduz.

Temos na linguagem um tesouro, não vamos dizer de palavras – mas de significantes, como nos ensina Lacan. Um significante sozinho, é como uma andorinha, não faz verão. O significante se encadeia, remete a outro. Dessa cadeia surge não um indivíduo autônomo e independente, mas, sim, um submetido ao encadeamento, um sujeito submetido a estes significantes. A criança, nos seus primeiros tempos, fica entregue a uma língua que, antes de se tornar familiar, lhe é estrangeira. Essa operação fundamental, de tornar familiar o que lhe é estrangeiro, será a sua base constitucional, donde alguns sentidos vão surgindo. Vão surgindo precariamente, não todo fechado, não todo concluído, sempre dependente da modulação, dos eixos de metáfora e metonímia com a qual estes restos de sons escutados, isto que chamamos significantes, se encadeiem.

Se, como já vimos, o significante não vai dar conta de representar tudo, de dizer tudo, haverá sempre um resto impossível de dizer. Esse mesmo resto vai sempre insistir em ser representado e aí se desencadeia a repetição. Isso nos faz ver que a repetição está na estrutura e, assim, não há como evitá-la. No entanto, quando acontece que algo se fixa e não desliza, surge a compulsão a repetir. O trabalho analítico nos ensina isso diariamente.

Estivemos falando até agora da função simbólica, e por isso já podemos começar a delinear a função simbólica do juiz.

O juiz, por representar de forma bem circunscrita este Outro, não está numa simetria, numa semelhança, está para além disso, está na disparidade.

É claro que na nossa ilusão da realidade, de que somos autônomos e autênticos, estamos aí guiados pela consciência, pelo eu, que desconhece inclusive sua parte inconsciente. O eu, (que não é o mesmo conceito de sujeito), sempre se ilude com uma não sujeição, com autonomia, independência, liberdade, em comandar e entender o “caráter” de um fato – (como diz a lei) e, como ainda diz a lei penal, “se determinar de acordo com este entendimento”. Porém, uma vez que não escapamos nem do inconsciente, nem de suas formações ou deformações (nossos sonhos, nossos sintomas, por exemplo), o eu cai do cavalo. Como nos lembra Freud, não passa de um inquilino de sua própria casa, ainda que com suas ilusões de senhorio.

Então, levando em conta isso tudo, de que ponto começaremos a pensar a função do juiz? O que o juiz deve colocar em funcionamento? Um lugar, este lugar tertio, terceiro, este ponto de vazio imposto pela linguagem que nunca diz tudo, este ponto cego.

É neste e para este ponto que ele é nomeado e aí se inscreve, “no lugar de”, como uma metáfora, representação. No funcionamento das instituições temos o ponto de vazio recoberto por representações as mais variadas, a partir da ancoragem no nome do pai e de suas metonímias: professor, papa, imperador, rei, juiz, que cito como exemplos. Contudo, quando muitas vezes este lugar é sequestrado, encarnado, ele se torna obturado pela corrupção das instituições e, por consequência, da função: a ditadura declarada ou acovardada, por exemplo, escancara isso.

Todo aquele, como tirano, que se acredita detentor, senhor, e não servidor deste lugar, daí irá ditar o que supõe ser o bem do outro. E, em nome do bem, os horrores iniciam seu desfile.

Quando falamos, então, do Outro, marcado com esta maiúscula na escrita, não estamos falando de um ente superior, maior ou pior, mas da diferença, de um lugar sempre terceiro e, que por mais familiar que seja, por cancelar nossa submissão à linguagem, carregará sempre uma bagagem de estrangeiro. É familiar e é estranho. Só quando este lugar terceiro é levado em conta, só quando vigora algo para além do mercado negro humano, onde circulam as moedas das paixões – amor, ódio e ignorância – só quando algo fica a desejar, só aí que se pode barrar a avalanche da devastação. Os juízes que têm

um certo saber disso, sabem que, para julgar, devem fazê-lo enxutos, desossados, não guiados pelas paixões.

Cernindo sempre essa função do Juiz, neste lugar do Outro, é possível agora até evocar aqui a teoria de Chiovenda sobre a jurisdição, nomeada teoria da substitutividade, segundo a qual o juiz é substituto das partes na composição do litígio. Ele diz que a jurisdição, a função do Juiz, é a função do Estado “que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da *substituição*, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particular ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

Se, equivocadamente, tomássemos aí a palavra substituição no seu sentido simétrico, como se uma coisa pudesse equivaler à outra, toma lá dá cá, uma série de questões jurídicas cairia no imaginário e poderíamos até ser levados a pensar que o juiz substitui uma revanche privada.

Não! Não é por aí. Substituir vontade das partes, levando em conta o simbólico, ou seja, chancelando nossa submissão ao significante, ao simbólico, é mais que isso: é reconhecer o Outro, fazendo com que as partes cedam, com que as partes não queiram, unidas, ainda que pelo ódio, fazer um todo, ou tudo fazer. É importante que desloquem a cena dual, para a ternária, que já é quaternária (uma parte, outra parte, juiz e a lei), para que a atividade jurisdicional, a instituição, para além das pessoas envolvidas, faça a regência.

O que está aí sendo marcado é justamente o lugar do Outro a que as partes estão remetidas e submetidas, este lugar diferente, aquém das nascentes do Direito, e além de suas vontades. O juiz está referido a este lugar na estrutura e é para a sustentação deste que foi nomeado. Daí emanarão as decisões. Como importante sujeito e operador desta função simbólica, fica então marcado por uma certa atopia, por um “não *de-ter*” lugar. Cabe ao magistrado coisa muito mais séria e difícil que deter um lugar, que se fixar em um lugar. Cabe-lhe, rigorosamente, já que não age em nome próprio, mas “em nome de”, sustentar, marcar e jamais ocupar, como sendo seu, este lugar vazio.

Isso é extremamente difícil, pois convoca uma outra ética que nada tem a ver com manuais moralistas. É interessante notar que os próprios Códigos Processuais não dizem coisa diversa do que estamos

apontando. Nenhum deles perde tempo tentando dizer o que é, o “ser” juiz. Os códigos descrevem, sim, a função de um juiz, e vão dando uma direção de como sustentar este lugar. Os dispositivos processuais são copiosos no sentido de apontar um modo de fazer, um modo de posicionar-se, mas não dão um pio para dizer o que é um juiz, um pio sobre ontologia de juiz.

Pelo próprio efeito da linguagem, e porque um significante, por si só, não faz coisa alguma sem remeter a outra significante, nunca teremos acesso ao real, ao ser juiz. Por isso mesmo é inevitável que do juiz, todos, inclusive os juízes, tentem pelo menos fazer uma imagem.

O imaginário, como sabemos, não se curva a limites e, quando se desembesta para tentar dizer sobre o juiz, dá início a uma incursão que vai desaguar numa certa consistência piegas de ordem religiosa ou épica. Surgem então suposições de “sacerdócio”, “missão espinhosa”, e outras de uma certa “*pastoral da magistratura*”, já decolando para áreas reservadas aos deuses do Olimpo. Neste voo desvairado acontece a decolagem da degradação da função que deveriam preservar. As turbinas deste voo acionam os louvores que alimentam o eu e a imagem. Felizmente nem sempre acontece o pior, ou seja, que os próprios juizes tombem, caiam devotos desta crença e se entreguem a estas armadilhas. Por vezes, abrindo mão da prudência, alguns se entregam às miragens e ao lado sedutor do olhar, esquecidos de que no olhar também podemos topar, como dizem os matutos mineiros, com o mal-olhado. A lenda de Narciso nos ensina algo importante: para que ele não se afogasse na sua imagem, bastaria que a água da fonte se fizesse um pouco turva, não o refletisse tão fielmente, que a água se mexesse, se fizesse ponto cego.

Nesta reflexão, muito pode nos ajudar também, a leitura de Jean Genet.

Na primeira metade do século passado, uma peça teatral escrita por Jean Genet ficou proibida, durante alguns anos, de ser encenada na França. A peça é “O BALCÃO”, nome de um bordel, ou como exige sua mantenedora, Mme. Irma, uma “Casa de Ilusões”. Balcon em francês é terraço, uma varanda, alpendre, suspenso sobre uma fachada de edifício. Pois bem. Então é ali mesmo, nesse bordel, que desfilam, a cada noite, alguns homens comuns da cidade, cada qual

entrando em um salão onde lhes esperam as vestes e todos os signos e aparatos que cobrem as nobres funções da sociedade, quais sejam, entre tantas, as que mais se sobressaem e que são o objeto da peça teatral: a do bispo, a do juiz e do general. Estão presentes: o bispo para gozar com sua pecadora, o general, gozando daquela que simula ser a sua égua e o juiz, este fazendo seu gozo depender da ladra, a qual, assim como a pecadora, confessa reiteradamente seu crime.

Em suma, cada um está com sua *partner*, moças que trabalham para Mme. Irma, e que se empenham na obtenção do gozo do freguês.

Por ordem de entrada em cena, vemos o bispo, o juiz e o general. Não me pareceu ser indiferente essa ordem de entrada, pois o direito tem nascedouro na religião e, uma vez colocado, sua eficácia é patrocinada pela força.

Estes visitantes tentarão SER juiz, SER bispo e SER general. Mas para tentarem SER, eles têm que se valer de uma rigorosa ordem que só mesmo um bordel (ou Casa de Ilusões) poderia oferecer. Desfilam-se então as cenas fixas, com seus rígidos, invariáveis e intocáveis pormenores, sem autorização de uma mínima alteração ou mínimo fraquejar na rígida performance a ser desempenhada. A imagem ali se faz consistente e se pretende perfeita, sem vacilações, condição absoluta para que dela possam gozar. Reina, o tempo todo, a absoluta, e monótona ordem de uma cena inalterável para que o desfrute, o gozar, não se abale, nem se atrapalhe com uma mínima surpresa, um mínimo detalhe das mazelas da vida diária.

Neste trabalho que apresento, não iremos perturbar nem o bispo, nem general. Aqueles que quiserem ler a peça poderão ir lá ver como a coisa se passa com eles. Iremos nos ocupar do juiz. Ou perturbá-lo.

Como então *ser* juiz? Uma imagem, sabemos, é o que resulta da incidência da linguagem sobre um real inominável.

Uma imagem, quanto mais consiste, quanto mais se cristaliza, mais compromete a possibilidade de construção de outras imagens, congelando os efeitos do simbólico e se afastando da incidência das palavras que norteiam a função. É então por essa razão, não podendo contar aí, salvo por fixações, com uma imagem muito sólida, que ficamos diante de um certo enigma que nos interroga. Já que a imagem

é enganadora, onde vamos nos ancorar? O que podemos esperar, em termos de efetividade, de trabalho, enfim, é da função.

A imagem que do juiz se faz, inclusive a que ele próprio faz de si, é tributária de uma fantasia, como o Balcão de Genet nos mostra. Retomando assim, o que nos ensina a Casa de Ilusões, o que temos? Enquanto lá, num dos salões do Bordel, nosso juiz está tentando *ser* juiz ou gozar como juiz, o que dá no mesmo, do lado de fora está acontecendo a revolução. Resultado: o mundo está virando de cabeça para baixo.

Aliás, não é outra coisa que acontece, quando o juiz deixa a função de lado, para se dedicar a gozar, a gozar do ser, do ser juiz. Não acontece o mesmo com outras funções, como, por exemplo, com os pais? E também com os analistas?

O que é surpreendente é que, na falência das funções lá fora do bordel, no mundo exigente, quando a revolução tem que instalar novos mestres, novos senhores, como faz toda revolução, surge uma convocação. A esta altura da peça, convoca-se aquele “visitante-juiz” não mais para gozar como juiz, mas para funcionar como juiz. O mesmo apelo é feito ao bispo e ao general, aqueles que, desde há muito tempo, já estavam tão habituados a gozar tentando ser o que suas fantasias lhe impunham, que nem mais sabiam se haver com as exigências do mundo. De tanto ficarem entregues ao gozo, não mais se engajavam responsabilmente com o Outro. Confortavelmente instalados apenas dentro da moldura do desfrute, até então, o que importava era gozar.

Genet, com seu talento, passa a convocar o juiz enquanto função, e assim descortina até onde este sempre se achava enredado. É findo o tempo de só gozar, é a hora de funcionar!

E o que acontece então, com aqueles três visitantes, quando estes são convocados a se apresentarem à multidão?

Surge o impasse!!!

Ah, gozar aqui dentro, como juiz, bispo e general, tudo bem. Aqui estamos no quentinho, no conforto, com tudo previsto. Ao juiz nunca faltava a ladra para ser juiz, pois só há juiz se há ladra, ele diz. E então, se afligem os três, o bispo, o juiz e o general, acuados por essa situação. Viviam repetidos no gozo, nada querendo saber do exercício da função lá fora. Enquanto gozavam nas tentativas extenuantes de

realizar suas fantasias, ficavam poupados do imprevisto, já que, como sabemos, para o exercício de qualquer função, inclusive a de juiz, é sempre o imprevisto que está na sala de espera.

Mas como se resolve a situação? Como se desenrola o restante da peça? Convido-os a lê-la e vou agora deixá-los a desejar; vou deixar sem resposta.

– Ah, mas os juízes, sempre não têm sempre que responder? Não têm que julgar?

É verdade! Isso faz parte da função, mas o pior é que vicia!.

Se esse vício leva boa parte deles a acreditar que com provas e mais provas alcançarão e terão toda a verdade, isso causará a tentativa de manter estoque de respostas prontas, não deixando vigorar a mínima falta. Nesta via, confiada na inteligência, na consciência e no conhecimento acumulado (assim como se acumulam ilusões na Casa de Mme. Irma), sem dúvida a resposta não levará em conta o mais importante, que é aquilo que escapa e governa, ou seja, o Inconsciente.

Mas, e aí? Vamos fugir, nos esconder, tentar escapar do que nos escapa? Se cairmos nessa cilada, vamos nos deparar com uma consequência inexorável: quanto mais fugirmos do que não sabemos, menos saberemos do que estamos fugindo.

O lugar institucional do juiz não é o do encontro marcado, de hora e tempo certo, com o gozo no bordel, mas, sim, do desencontro a qualquer hora, convocado e exigido pela função.

Mas não é assim que funcionam as instituições, quando estão sob boa direção?

Exercer uma função e, no caso, a função de juiz, implica em desossar, retirar os excessos de selvagens fantasias e de gozos ou usufruições suspeitas.

Já falamos do simbólico e do imaginário. Vamos ao real. Com que real topa um juiz? Diante do que terá que responder? Em que muro se choca?

Ao juiz, como ao analista, ninguém chega para decantar loas à vida. O que ali chega, aos trancos e barrancos, é sempre um grande mal-estar, é toda e qualquer litigiosidade que saltou, que se desconteve e que, de repente ou insidiosamente, escapou ao controle institucio-

nal que o direito material se esforça dia e noite para manter. Quando a questão chega ao juiz, muitas vezes ela já passou por tentativas outras de regularização. O sintoma do mal-estar na cultura não poupa nem os juízes, nem os analistas e todos nós ocupamos um lugar que irá acolher o mal-estar. Se o juiz esperava outra coisa, que fosse então, como dizia Freud, colher cogumelos. Entretanto, o que é curioso, é que os cogumelos que não fomos colher nos chegam, mas apenas aqueles repletos de veneno!

Diante do real, o que cabe aos juízes? É o que cabe ao direito: cortar, repartir, redistribuir, regular o bolo das usufruições, o gozo, enfim.

Terão que decidir. Suas decisões não podem deixar de levar em conta o seguinte paradoxo: o sujeito tem a responsabilidade sobre tudo que lhe aconteça ainda que, ao mesmo tempo, ele já se ache predeterminado pelo sistema inconsciente, por uma Outra cena, por aquela cena fundante do inconsciente a que já me referi lá no início deste texto. Essa submissão é constitutiva de nossa divisão, causa de não estarmos nunca muito bem e inteiros ali onde pensamos e que não permite que pensemos inteiramente ali onde estamos. Sempre, por partes, como partes, estamos e pensamos de um modo desinteirado e descontraído, o que contamina qualquer lugar, e claro, assim, inclusive o lugar de juiz.

O trabalho que a magistratura lhes traz, é sempre portador de muitos enigmas, que convocam muito trabalho, não só de compreensão, mas de pontos que vão tocar, em cada um, o ponto nunca decifrável, o real, ou, como dizia Freud, o umbigo dos sonhos.

Algo preocupante, já agora em modalidade deferente e já distante daquela certa pastoral da magistratura, a que me referi e que se apoia em um imaginário de que o juiz teria missões e sacerdócios a cumprir.

Outra coisa começa a ocorrer nos dias atuais. Se não está tão mais à moda endeusar juízes, o tratamento agora, por força de certas contingências, mudou e aponta outra faceta. É bem verdade que assistimos muitas vezes, na história dos desempenhos judiciais, incidência de muitos abusos de poder, negligências, ultrapassagens de prazos para decidir, alguns até mesmo motivadas por graves neuroses que impedem os juízes de por um ponto de basta em um processo. Assim,

para tentar resolver a morosidade abusiva e para controlar aquilo que já seria possível de ser controlado por corregedorias, surgiu o Conselho Nacional de Justiça. Esse tem sua mira e sua pontaria direcionada, preferencialmente, para o trabalho dos juízes.

Inspirados e estimulados pela ferocidade do mercado, os juízes estão agora às voltas com algo obsessivo no trabalho, mas com novo rosto. Se antes, não conseguiam decidir, porque decidir implica em fazer escolhas e perder, agora algo de outra ordem acontece. Totalmente mergulhados no imperativo de ordem mercadológica, assim como acontece com empregados de grandes lojas de departamentos – como Magazine Luiza, Casas Bahia, ou ramo que o valha, (“Venha ser feliz” ou “Dedicação total a você”) –, os magistrados estão sendo empurrados e açodados a cumprimentos de metas. Para constatar isso, basta acessar alguns *sites*, entre eles o do próprio Conselho Nacional de Justiça. Isso traz sérias consequências, já que a prioridade quantitativa vai se sobrepor à qualitativa, queira-se ou não este resultado.

E qual seria a questão que o horizonte de “metas” traz? A questão, enquanto colocada, tem um mandamento, um imperativo supergóiico, levando em conta apenas, mais uma vez, um dever de gozo. Não mais o gozo enquanto faculdade, enquanto direito, mas, à moda da Casa das Ilusões, o gozo torna-se um dever, um imperativo, uma “voglia di godere” como nos ensina Pasolini em Sodoma. A pulsão também tem meta, meta de satisfação, mas diferentemente da meta do mercado, o que mantém um sujeito vivo e desejante é que a meta pulsional, de fato e de direito seja, por constituição, insatisfeita.

É preciso, pois, levar isso em conta, mesmo porque no novo perfil que vem sendo desenhado, os magistrados não mais são tratados como tal, mas como gestores, como pode se constatar à vista do *site* do mencionado Conselho. Para confirmar isso, nos ofícios endereçados aos magistrados, é outro signifiicante que capitaneia. O pronome de tratamento não é mais Meritíssimo, ou Senhor Juiz, ou algo nesse tom, mas, sim: “Senhor Gestor”.

Como dizia Freud, começa-se cedendo nas palavras e já, muito em breve já se vai ceder nos atos.

Tomar posição é ter uma ideia de lugar. Cabe aos juízes se posicionarem em diferentes circunstâncias, seja diante do que está ocorrendo

nos autos que cotidianamente lhes competem julgar, seja ainda diante de qualquer eventual degradação institucional. É preciso que fiquem atentos para que seus ofícios não sejam reduzidos a metas mercadológicas, que ficam jungidos a cumprir, para atenderem a alguns ideais de performance.

Desde que o mundo conhece os juízes, desde as notícias bíblicas, aos juízes são entregues, por dever de ofício, faca e queijo na mão, para daí, cortar. O difícil não é encontrar a faca: a lei fornece. Nem achar o queijo: o mal-estar o entrega todo dia. O difícil é cortar. Quem pode nos orientar nisso?

Quem sabe, podemos ver alguma pista numa velha história sobre um juiz e um corte? Vou lhes recordar esta história de um rei juiz.

Vamos abrir, como diz Marguerite Duras, o livro dos livros: o velho Testamento. A Salomão é atribuída a famosa história de que duas mulheres foram ao seu palácio. Duas mulheres tiveram filhos juntos, um dos filhos morreu e a mãe do que morreu, pegou o da outra mãe. De manhã, ela percebeu que aquele que tinha morrido não era seu filho e começaram a discutir. Foram até o palácio do Rei Salomão e contaram-lhe a história. Ele mandou chamar um dos guardas e lhe ordenou: “Corte o bebê ao meio e dê um pedaço para cada uma.” Falado isso, uma das mães começou a chorar e disse: “Não, eu prefiro ver meu filho nos braços de outra do que morto nos meus”, enquanto a outra disse: “Pra mim é justo.” Salomão, reconhecendo a mãe na primeira mulher, mandou que lhe entregassem o filho.

Qual de nós teria coragem de cortar o queijo desse modo, com o risco de perdê-lo?

Só poderia cortar a questão dessa forma, alguém que, como aquele juiz, já tivesse o saber de que a mãe será sempre aquela que poderá perder seu filho para uma outra, para uma mulher.

Se assim não fosse, o infantil nunca sairia do *incesto*, as instituições não existiriam.

O dever funcional de cada juiz é aquele que lhe impõe, com cortes sem temor e sem piedade, fazer sempre funcionar a única forma de controlar razoavelmente os seres falantes agrupados: a instituição, a chancela da linguagem, a submissão ao significante.

A questão não é só honrar a instituição, honrar pai e mãe, o que já é muito importante, mas, como Salomão, devemos ir além disso, devemos ir ao caminho sem volta, ao caminho da radical perda, para além da moral e dos bons costumes, ao caminho no qual, como Salomão, consentimos no inevitável: que a letra mate para vivificar.

Enfim, o que aquele juiz nos ensinou, foi apostar nos efeitos da palavra.

4

CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO E O REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

Fausto Bawden de Castro Silva

1. INTRODUÇÃO

A união estável foi oficialmente introduzida no sistema jurídico brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988.

O artigo 226 da CF/88 traçou linhas gerais sobre a legitimidade das uniões entre homem e mulher não casados entre si, como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento.

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

A partir dessa orientação constitucional foram editadas Leis Federais Ordinárias, estabelecendo direitos aos conviventes, iniciado pela Lei n. 8.971, de 29.12.1994, pela Lei n. 9.278, de 10.05.1996, e, finalmente, com a edição do Código Civil por meio da Lei n. 10.406 de 10.01.2002.

Neste estudo, vamos identificar na legislação vigente a orientação para o procedimento de conversão da União Estável em Casamento, e sua implicação no regime de bens que vai reger o casamento decorrente da conversão.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA UNIÃO ESTÁVEL

A Lei n. 8.971/94, de forma tímida mas inovadora, possibilitou à companheira ou ao companheiro, preenchidas algumas condições, pleitear alimentos para si, desde que provada a necessidade e ainda conferiu o direito de participar da sucessão do(a) companheiro(a).

Referida lei exigia a prova de convivência por período superior a cinco anos, ou da qual tenha surgido prole.

A Lei n. 9.278/96, com objetivo de regulamentar o § 3º do artigo 226 da CF/88, traçou os requisitos básicos gerais para a caracterização da união estável (art. 1º), delimitou os direitos e deveres dos conviventes (art. 2º), estabeleceu como regra a comunhão dos bens adquiridos por um ou por ambos os conviventes na constância da união estável e, a título oneroso (art. 5º), reforçou a possibilidade de concessão de alimentos a algum dos conviventes que deles necessitar, uma vez dissolvida a união (art. 7º) ela passou a prever a possibilidade dos conviventes requererem a conversão da união estável em casamento (art. 8º).

A Lei n. 9.278/96 passou a ser um marco quanto à possibilidade de conversão da união estável em casamento, sendo a primeira norma infraconstitucional a tratar do assunto.

Assim, a partir de 10 de maio de 1996 passou a ser possível pleitear a conversão da união estável em casamento.

A partir da nova codificação civil, com a entrada em vigor da Lei n. 10.406 de 10.01.2002, a união estável foi definitivamente regulamentada pelos artigos 1.723 a 1.727, sendo objeto deste estudo os artigos 1.723, 1.725 e 1.726 que tratam da possibilidade da conversão da união estável em casamento e do regime de bens.

3. IMPEDIMENTOS PARA RECONHECIMENTO DA UNIÃO ESTÁVEL

Para o reconhecimento da união estável, exige a lei civil, artigo 1.723, § 1º, que os conviventes não se encontrem em alguma das situações que também os impediriam de se casar, elencadas no artigo 1.521 do CC/2002.

Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A única exceção é feita ao artigo 1.521 – VI – “*as pessoas casadas*”, cuja proibição não se aplica à união estável, desde que o convivente casado se encontre separado de fato ou judicialmente no período da convivência, o que vem estabelecido no artigo 1.723, § 1º, parte final do CC/2002.

Referida exceção, trata a união estável de foram diversa do casamento, naturalmente porque se trata de instituto diverso.

A pessoa casada que se encontra separada de fato ou judicialmente pode perfeitamente viver em união estável com terceira pessoa, sendo a prova da separação requisito inarredável para o reconhecimento da união estável pretendida.

Aquele que pretender ver reconhecida união estável, não poderá se encontrar em alguma das situações previstas nos incisos I a VII do artigo 1.521 do CC/2002, observando-se que o impedimento do inciso VI não se aplica ao convivente que esteja separado de fato ou judicialmente de seu cônjuge.

O artigo 1.723, em seu § 2º, estabelece que “as causas suspensivas do artigo 1.523 não impedirão a caracterização da união estável”.

As causas suspensivas do artigo 1.523 não impedem o casamento, logo não teria motivo para que elas servissem de motivo para impedir a união estável.

Apesar de não impedir a união estável, aplicam-se à ela, da mesma forma que se aplicam ao casamento, sendo um mecanismo hábil a evitar confusão patrimonial de convivente que não fez a partilha de

união anterior ou se encontrava com obrigação legal como tutor ou curador.

Tem-se como conveniente que o convivente primeiramente resolva a situação patrimonial de sua união anterior, antes de dar início à nova união, a fim de evitar confusão de patrimônio e subseqüentes litígios.

Havendo união estável, onde algum dos conviventes tenha infringido as causas suspensivas do artigo 1.523 CC/2002, ficarão os conviventes sujeitos à questionamentos de terceiros, caso causem prejuízos às pessoas elencadas no referido artigo.

4. REGIME DE BENS NA UNIÃO ESTÁVEL

O artigo 1.725 do CC/2002 estabelece que na união estável, à falta de estipulação por escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

A lei possibilita aos conviventes estipular, por meio de contrato escrito, qual será o regime de bens que irá reger a união estável, podendo ser estipulado qualquer regime de bens dentre os previstos no CC/2002, pois *conforme o artigo 1.725*, “permite-se que os companheiros contratem acerca de seu regime patrimonial e, na ausência desse negócio, aplicar-se-á, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens. Cuida-se do denominado contrato de convivência, que permite uma série de normas de cunho patrimonial, a exemplo dos pactos antenupciais, como veremos”. (VENOSA, 2006, p. 51).

A estipulação do regime de bens deve ser feita por meio de contrato escrito podendo ser por instrumento público ou particular, e deve ser elaborado ao início da relação, ou no curso da união, podendo ocorrer inclusive mudanças de regime no curso da relação, pois o legislador não fez qualquer vedação à mutabilidade do regime de bens. “Pode ser firmado antes e durante a convivência, bem como pode ser alterado no curso da união entre os companheiros, aspecto que fálo diferir grandemente dos princípios do pacto antenupcial. Esse contrato representa o instrumento pelo qual os sujeitos dessa relação regulamentam sua situação de fato”. (VENOSA, 2006, p. 373).

À falta de contrato escrito estabelecendo o regime de bens que regerá a união estável, será adotado o regime da comunhão parcial de bens, por expressa determinação do artigo 1.725 do CC/2002.

Havendo a exigência de contrato escrito, torna-se claro que tal contrato deve ser elaborado no início da união estável ou quando decidirem pela alteração do regime anteriormente adotado. Não é possível elaborar contrato no curso da união estável regulamentando o regime de bens para o passado. A estipulação de regime de bens somente tem efeitos para frente ou *ex nunc*.

Em uma união estável que os conviventes não estipularam por escrito o regime de bens, será aplicado por expressa disposição legal o regime de comunhão parcial de bens, artigo 1.725 do CC/2002, e se em algum momento da convivência os conviventes resolverem fazer a estipulação por escrito definindo o regime de bens, o efeito da estipulação será para frente ou *ex nunc*, não abrangendo o período anterior de união estável em que não havia estipulação escrita.

Assim, terá vigência na união estável a seguinte regra a respeito do regime de bens: a) o regime de comunhão parcial de bens, que regerá a união quando não houver estipulação escrita; b) o regime de bens que for estipulado por escrito pelos conviventes, dentre os previstos no Título II do Livro IV do CC/2002, que regerá a união a partir do momento que fora feita a estipulação.

Para a estipulação do regime de bens na união estável, devem ser observados os regimes previamente estabelecidos no Código Civil para o casamento.

Trata-se de instituição similar ao casamento, e o legislador expressamente inseriu a união estável no capítulo que trata da família e do casamento tanto na Constituição Federal de 1988 como no Código Civil de 2002, especificamente quando estipulou que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento, artigo 1.726 do CC/2002.

Tal situação reforça a ideia de que na estipulação do regime de bens que vai reger a união estável deve-se adotar algum dos regimes estabelecidos no CC/2002, elencados nos artigos 1.639 a 1.688.

Os conviventes podem estipular em contrato de convivência, por escritura pública ou instrumento particular, a respeito de seus bens

atuais e futuros, desde que não incorram em infração às normas de ordem pública, aos bons costumes. Porém as cláusulas que conferem efeito retroativo à estipulação terão efeito apenas entre os conviventes, não podendo prejudicar terceiros.

4.1 Regime de Bens – Convivente maior de 60 anos

Incidem na união estável as regras dos incisos II e III do artigo 1.641 do CC/2002, que estabelecem a obrigatoriedade de adoção do regime da separação de bens, para a pessoa maior de sessenta anos e para todos os que dependerem de suprimento judicial para casar.

Uma pessoa maior de sessenta anos que vai iniciar uma união estável deverá, obrigatoriamente, adotar o regime da separação de bens. Ainda que se estipule por contrato escrito regime diverso, a estipulação não terá qualquer valor, pois assim como é obrigatório para o casamento de pessoa maior de 60 anos a adoção do regime da separação de bens, deve-se aplicar tal exigência à pessoa maior de 60 anos que pretenda se unir em união estável.

Admitir o contrário seria autorizar a burla ao regime de bens obrigatório ao casamento, prevista expressamente no artigo 1.641 do Código Civil.

5. CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Aberta a possibilidade de conversão da união em casamento a partir da Lei n. 9.278/96 e, principalmente, a partir do artigo 1.726 do CC/2002, surgiram dúvidas acerca do procedimento que deveria ser adotado para a conversão.

Também surgiram dúvidas acerca dos efeitos da conversão da união estável em casamento, questionando-se se os efeitos do casamento seriam a partir do ato de conversão ou retroagiriam à data do início da união estável. Também surgiram dúvidas sobre o regime de bens, principalmente ante a omissão de regulamentação de regime na união estável que lhe precede ou na hipótese de pedido de conversão de união estável em casamento, formulado por pessoa maior de 60

anos onde o regime obrigatório do casamento, deveria ser o da separação obrigatória de bens.

É certo que “o casamento foi, e parece que continuará sendo, na cultura ocidental, o mais forte paradigma de constituição de família. Diante disto, para a regulamentação das relações patrimoniais na união estável, o regime de bens no casamento foi tomado como referência”. (RODRIGO, 2003, p. 206 – nota ao artigo 1.725 do CC/2002)

5.1 Impedimentos para Conversão da União Estável em Casamento

Como visto acima, para o reconhecimento da união estável, não se exige integralmente o cumprimento dos requisitos do artigo 1.521 do CC/2002 e não é exigido o cumprimento dos requisitos do artigo 1.523 do CC/2002.

Todavia para a conversão de união estável em casamento, os conviventes deverão satisfazer todos os requisitos que são exigidos para o casamento. Portanto, não poderão se encontrar em nenhuma das circunstâncias de impedimento para o casamento do artigo 1.521 do CC/2002 e também não poderão se encontrar em nenhuma das causas suspensivas do casamento elencadas no artigo 1.523 do CC/2002.

Se para o reconhecimento da união estável não se exige o cumprimento dos requisitos do artigo 1.521, VI, e do artigo 1.523 do CC/2002, para a conversão da união estável em casamento, tais exigências se mostram de forma plena.

Os conviventes a partir do desejo de converter união estável em casamento tornam-se nubentes devendo preencher todos os requisitos legais exigidos para o casamento.

5.2 Regime de Bens do Casamento

Na conversão da união estável em casamento, os nubentes poderão estabelecer o regime de bens que melhor lhes convier, dentre os previstos no CC/2002.

Caso se trate de união estável sem estipulação escrita de regime de bens, será adotado o regime de comunhão parcial de bens. Caso no subsequente casamento os nubentes não estipulem outro regime de bens, esse será regido pelo regime de comunhão parcial de bens.

Via de regra, o regime da comunhão parcial de bens irá reger tanto a união estável como também o casamento subsequente.

Porém, os nubentes podem estipular um regime diverso do regime da comunhão parcial de bens para o casamento subsequente. Nesse caso, deverão estabelecer o pacto antenupcial, artigo 1.639, CC/2002, que deverá ser feito por escritura pública, conforme artigo 1.653 do CC/2002.

O casamento nesse caso será um divisor de águas entre o regime de bens que era vigente na união estável e o regime de bens que for adotado para o casamento.

O regime de bens que for estipulado pelos nubentes regerá a união a partir do casamento, e não terá efeitos retroativos à união estável. Ou seja, apenas valerá para regular o patrimônio dos nubentes a partir da data do casamento, efeitos *ex nunc*.

Havendo alteração do regime de bens a partir do casamento, o casal terá duas situações jurídicas distintas regendo seu patrimônio, uma relativa ao período da união estável e outra a partir da conversão da união estável em casamento com adoção de regime de bens distinto.

5.3 Regime de Bens de Casamento de Pessoa maior de 60 anos

Como visto acima, se a união estável tiver início quando um ou ambos os conviventes já houver completado sessenta anos, o regime de bens entre eles será o da separação obrigatória de bens, em obediência ao artigo 1.641, II, do CC/2002.

Sendo postulada a conversão dessa união estável em casamento, o regime desse, obrigatoriamente, será o da separação obrigatória de bens, pois o casamento está sucedendo uma união estável que teve início quando era vigente a exigência legal de regime obrigatório.

Essa regra comporta exceção, pois pode ser que a união estável, cuja conversão se pretende, tenha tido início quando ambos nubentes tinham idade inferior a sessenta anos, e, portanto, não lhes era exigido adoção de regime obrigatório de separação de bens.

Iniciada uma união estável onde os conviventes têm idade inferior a sessenta anos, e estabelecido por contrato escrito o regime de bens que regerá a união, este regime terá vigência por toda a vida dos conviventes, caso não seja modificado por vontade de ambos.

Caso, no curso da união, após um ou ambos os conviventes completarem sessenta anos de idade e for postulado a conversão da união estável em casamento, poderá ser adotado para esse o mesmo regime de bens que regia a precedente união estável.

Ora, se a união estável teve início antes da exigência de adoção de regime obrigatório de separação de bens, o casamento que a sucede pode ser realizado com o mesmo regime de bens, pois a união fora estabelecida antes de estarem os nubentes sujeitos ao regime obrigatório.

Nesse caso, não estaria ocorrendo burla à vedação do artigo 1.641 do CC/2002, pelo fato de que o início da união estável, ocorreu quando ambos os conviventes tinham menos de sessenta anos de idade, ou seja, antes da existência do obstáculo legal.

Neste sentido, a orientação de Diniz, 2006, p. 189/190, que ao dissertar sobre o tema faz referência ao Enunciado 261 do Conselho da Justiça Federal (...) “Porém, se, nessa hipótese, suceder união estável de mais de dez anos consecutivos ou da qual tenham nascido filhos, não se aplicaria a regra, podendo os nubentes, de acordo com o art. 45 da Lei n. 6.515/77, escolher livremente o regime matrimonial de bens? E se os nubentes já viviam há muitos anos em união estável ou se esta, tendo-se iniciado sob a égide da Lei n. 9.278/96, foi convertida em casamento, seria viável, ou não, tal separação obrigatória de bens? Pelo Enunciado n. 261 do Conselho da Justiça Federal, aprovado na III Jornada de Direito Civil: “A obrigatoriedade do regime da separação de bens não se aplica a pessoa maior de sessenta anos, quando o casamento for precedido de união estável iniciada antes dessa idade.” Se é imposto, por lei, o regime de separação para evitar que o casamento se dê por interesse econômico, logo, por isso, parece-nos que, nas hipóteses acima mencionadas, pelos artigos 4º e 5º da Lei de Introdução

do Código Civil, poder-se-ia, ante a omissão do novo Código Civil, para evitar a lacuna axiológica que se instauraria no sistema mediante a imposição do artigo 1.641, admitir a comunhão parcial (Lei n. 9.278/96, art. 5º, CC, art. 1.725, 2ª parte), que já regra as relações patrimoniais do casal ou, então, o regime escolhido por eles, anteriormente em pacto anteconcubinário, respeitando-se, assim, ato jurídico perfeito”.

5.4 Outras Hipóteses de Regime Obrigatório de Separação de Bens

Todos os que dependerem de suprimento judicial para se casar, assim entendido os casos previstos nos artigos 1.517, 1.519, 1.634, III, 1.747, I, e 1.774, todos do CC/2002, deverão fazê-lo adotando o regime obrigatório de separação de bens.

Os nubentes que não se enquadrem nas hipóteses de regime de separação obrigatória de bens, mas que desejem adotar o regime de separação de bens convencional, deverão firmar convenção antenupcial prevista no artigo 1.639 do CC/2002.

6. PROCEDIMENTO PARA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

A Lei n. 9.278 e o CC/2002, estabelecem que os conviventes poderão a qualquer tempo promover a conversão da união estável em casamento, o que é facultado de forma explícita no artigo 1.726 do CC/2002.

Todavia, o legislador não disciplinou na legislação processual civil ou na lei de registros públicos, o procedimento por meio do qual se dará tal conversão.

Ante a omissão legislativa, as Serventias de Registro Civil vinham adotando procedimentos diversos, o que motivou Corregedores de Justiça de diversos Tribunais a normatizar situação a fim de padronizar o procedimento a ser seguido para atender à previsão legislativa, sem desprezar as regras cogentes do casamento.

Em Minas Gerais, foi editado o Provimento n. 190/CGJ/2009 regulamentando a conversão da união estável em casamento (anexo 1).

6.1.1 Procedimento Administrativo

A conversão da união estável em casamento, sem reconhecimento da data do início da união estável, é procedimento simplificado que terá tramitação exclusivamente na Serventia de Registro Civil.

O procedimento administrativo terá início com requerimento firmado pelos conviventes ao Oficial do Registro Civil, quando terá início o processo de habilitação de casamento, com publicação do edital de proclamas e será submetido à homologação do Juiz de Direito.

Concluído o processo de habilitação, o Oficial do Registro Civil fará o registro da conversão da união estável em casamento, prescindindo-se da celebração e das solenidades previstas nos artigos 1.533 a 1.535 do CC/2002. Todavia, do assento não deve constar a data de início da união estável, parágrafo único do artigo 4º do Provimento n. 190/CGJ/2009.

6.1.2 Procedimento Judicial

Para a conversão da união estável em casamento, com reconhecimento da data de início da união estável, deve o pedido ser dirigido ao Juiz de Direito, que será o Juiz da Vara Cível ou Juiz de Família onde houver vara especializada.

Ante a omissão legislativa acerca do rito procedimental que deve ser adotado para a conversão da união estável em casamento, deve ser aplicado o Procedimento Especial de Jurisdição Voluntária, previsto nos artigos 1.103 a 1.112 do CPC.¹ Trata-se efetivamente de jurisdição voluntária, que visa atender apenas ao interesse dos conviventes, e está previsto a participação do Ministério Público, que deverá ser citado para intervir no feito que admite a ampla produção de provas,

¹ O Provimento n. 190/CGJ/2009 do TJMG, estabelece no artigo 5º que deverá se adotado o procedimento de justificação previsto no artigo 861 e seguintes do CPC. Divergimos dessa orientação ante a necessidade de ser produzida prova e ao final ser prolatada sentença com pronúncia sobre o mérito da prova, reconhecendo ou não a existência da união estável, e fixando-se a data de início dela e o regime de bens, o que não é possível de ocorrer em procedimento de justificação.

e ao final haverá ser a prolatada decisão reconhecendo ou negando a existência da união estável, e fixando o período da mesma.

Marinoni e Mitidiero (2010, p. 939) defendem que o procedimento comum de jurisdição voluntária (artigos 1.103 a 1.111 do CPC) pode servir para tutela de posições jurídicas não expressamente contempladas pela legislação infraconstitucional para cuja tutela inexistia litígio entre os interessados. Pode cumprir a função de módulo processual atípico para tutela de posições jurídicas ainda não expressamente reconhecidas pela legislação infraconstitucional. Trata-se de campo particularmente fecundo para tutela de situações substanciais dessa ordem ligadas aos biodireito – como, por exemplo, autorização de aborto terapêutico, fertilização assistida, destinação de embriões excedentários e redesignação de sexo.

E adiante, em comentário ao artigo 1.112 do CPC, esses autores esclarecem que o rol do referido artigo é meramente exemplificativo, *“e de modo geral o procedimento comum de jurisdição voluntária serve para tutela de posições jurídicas ainda não reconhecidas expressamente pelo legislador infraconstitucional”*. (2010, p. 939, grifos nossos).

Os nubentes serão chamados de interessados e deverão formular pedido conjunto, por meio de advogado, postulando o reconhecimento da união estável e a conversão em casamento – indicando a data do início da união e instruindo o pedido com as provas documentais necessárias: a) certidões de nascimento ou casamento de ambos nubentes comprovando a inexistência de impedimento para reconhecimento da união estável e para o casamento; b) contrato de união estável, por meio de instrumento público ou particular (com firma reconhecida) lavrado à época do início da união, ou outras provas através das quais pretendem comprovar a ocorrência da união; c) certidão de habilitação para o casamento emitida pelo Registro Civil; d) indicação do regime de bens de regência da união estável, e de regência do futuro casamento; e) caso postulem o regime diverso do regime de comunhão parcial deve ser juntado o pacto antenupcial; f) eventuais pedidos de alteração de nome; e g) demais requisitos da petição inicial previstos no artigo 282 do CPC.

O procedimento terá a participação obrigatória do representante do Ministério Público, e após a produção da prova postulada, será

prolatada sentença, que reconhecendo a existência da união estável fixará a data de início da mesma e o regime de bens; e converterá a união estável em casamento, determinando o regime de bens que regerá o casamento.

Será determinada na sentença a expedição de mandado para que o Oficial do Registro Civil lavre o assento da conversão da união estável em casamento, do qual deverá constar a data de início da união, conforme parágrafo único do art. 5º do Provimento n. 190/CGJ/2009.

6.2 Efeitos do Casamento Originário de Conversão de União Estável

Ainda que se trate de conversão de união estável em casamento, deve ser lembrado que são institutos jurídicos distintos e com requisitos também distintos, pois o casamento é ato solene, sendo obrigatório para a validade dele o cumprimento integral das disposições legais que regem a espécie.

Além disso, o artigo 1.514 do CC/2002 estabelece que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Assim podemos concluir que os efeitos do casamento somente podem ser feitos para frente, e nunca para regular situações pretéritas, salvo nos casos expressamente previstos em lei como no artigo 1.541, § 4º, do CC/2002.

Os efeitos do casamento serão *ex nunc*, ou seja, a partir da data da conversão da união estável em casamento – para frente, não retroagindo à data de início da união estável.²

Assim, o regime de bens definido no casamento valerá para o futuro, devendo reger a pretérita união estável, ou o regime da comu-

² Todavia, o parecer de Vicente Arruda ao Projeto de Lei n. 6.969/2002, que altera a redação do artigo 1723 do CC/2002, dispõe: “Na conversão judicial da união estável em casamento, far-se-á a prova da convivência e, desse modo, os efeitos do casamento retroagirão até a data do início da união (sentença declaratória com efeitos *ex tunc*). Já na habilitação feita perante o oficial do registro civil, seria apenas demonstrada a inexistência de impedimentos para a realização do casamento, que teria seus efeitos daí para adiante (*ex nunc*)”. (Diniz, 2006, p. 406).

nhão parcial de bens, artigo 1.725 do CC/2002 (que tem aplicação na falta de estipulação em contrato escrito) ou o regime que tiver sido estipulado por contrato escrito ao início da união.

7 CONCLUSÃO

A conversão da união estável em casamento prevista no artigo 226, § 3º, da Constituição Federal foi regulamentada inicialmente pela Lei n. 9.278/96 em seu artigo 8º, e com a vinda do novo Código Civil em 2002 a situação foi definitivamente admitida no sistema jurídico brasileiro por meio do artigo 1.726.

O CC/2002 estabelece a necessidade de procedimento judicial ao prever a necessidade de requerimento ao juiz e assento no Registro Civil.

Apesar da tentativa do legislador de simplificar a conversão da união estável em casamento, vemos que por se tratar de institutos distintos e por ser o casamento cercado de regras rígidas para que seja considerado válido, o procedimento simplificado somente é possível para a conversão de união estável em casamento, sem constar a data de início da união estável, adotando-se o procedimento administrativo junto ao Registro Civil, onde o ato é tratado como o casamento.

Para a hipótese de constar no registro civil a data de início da união estável agora convertida em casamento, necessário se faz o procedimento judicial que se dará pelo procedimento especial de jurisdição voluntária, onde será produzida prova da efetiva ocorrência da união estável, e também deverá ser juntado o certificado de habilitação de casamento expedido pelo Registro Civil, sendo um procedimento não tão célere.

Os conviventes poderão estipular o regime de bens que lhes aprouver para o futuro casamento, desde que não incorram em hipóteses de regime obrigatório de separação de bens, dentre as elencadas no CC/2002. Exceção se concede aos nubentes que tenham iniciado a união estável antes de atingir os sessenta anos, quando poderão adotar para o casamento o regime de bens que regia a união estável que lhe precede.

Caso pretendam os nubentes adotar regime de bens diverso do regime de comunhão parcial de bens, deverão elaborar o pacto antenupcial estipulando o regime que lhes convier, desde que previsto no CC/2002.

Ao final do procedimento judicial, preenchidas as exigências legais e produzida a prova necessária, será prolatada sentença reconhecendo a união estável, marcando a data de seu início e convertendo a referida união em casamento. Na sentença será fixado o regime de bens dentre os previstos no CC/2002 que seja cabível, sendo expedido mandado judicial, para registro no Registro Civil onde será anotado a data de início da união estável.

8. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/2002. *Saraiva Códigos 4 em 1*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Código Processo Civil. Lei 5.869/1973. *Saraiva Códigos 4 em 1*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 5º volume, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MINAS GERAIS. Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, disponibilizado em Diário Judiciário eletrônico de 13.08.2009. [Anexo único]

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Código Civil. Da Família e Legislação correlata*. 2. ed. Porto Alegre: Sintese, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil. Direito de Família*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

10. ANEXO ÚNICO

Provimento n. 190 da Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais
PROVIMENTO Nº 190/CGJ/2009

Regulamenta a conversão da união estável em casamento e dá outras providências.

O Corregedor-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e XIV do art. 16 da Resolução nº 420, de 1º de agosto de 2003, com a redação dada pela Resolução nº 530, de 5 de março de 2007 e pela Resolução nº 563, de 4 de agosto de 2008, e Resolução nº 602, de 15 de junho de 2009, da Corte Superior do Tribunal de Justiça, que dispõe sobre o Regimento Interno do Tribunal de Justiça, e

Considerando a necessidade de adequação da normatização desta Casa Corregedora que regulamenta a conversão da união estável em casamento à norma do art. 1.726 do Código Civil, às normas constantes do art. 8º e seguintes da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, e à norma do § 3º do art. 226 da Constituição da República:

PROVÊ:

Art. 1º. Para simples conversão da união estável em casamento, deve-se cumprir o ditame constitucional, garantindo-se o procedimento mais simplificado possível.

Art. 2º. Nos termos do art. 8º da Lei nº 9.278/96 o requerimento da conversão da união estável em casamento deve ser feito junto ao Oficial de Registro Civil.

Art. 3º. Para verificar a superação dos impedimentos, nos termos do art. 1.521 do Código Civil, e o regime de bens a ser adotado no casamento, o Oficial do Registro Civil iniciará processo de habilitação, o qual deve ser submetido à homologação do Juiz de Direito na mesma forma do previsto no art. 1.526 do Código Civil, e publicará edital de proclamas.

Art. 4º. Uma vez habilitados os requerentes, deve-se registrar a conversão de união estável em casamento, prescindindo-se da celebração e das solenidades previstas nos arts. 1.533 a 1.535 do Código Civil.

Parágrafo único. Do assento não deve constar data de início da união estável, não servindo este como prova da existência e da duração da união estável em período anterior à conversão.

Art. 5º. Para conversão em casamento com reconhecimento da data de início da união estável, deve o pedido ser direcionado ao Juiz de Direito, que apurará o fato de forma análoga à justificação prevista no art. 861 e seguintes do Código de Processo Civil.

Parágrafo único. Reconhecida a união estável, o Juiz fará expedir mandado ao Oficial do Registro Civil para que lavre o assento da conversão da união estável em casamento, do qual deve constar

a data de início de tal união, apurada no procedimento de justificação.

Art. 6º. Ficam revogados o Provimento nº 133/CGJ/2005, o Provimento nº. 138/CGJ/2005 e o Provimento nº. 184/CGJ/2008.

Art. 7º. Este provimento entra em vigor na data de sua publicação.

Belo Horizonte, 11 de agosto de 2009.

(a) Desembargador Célio César Paduani

Corregedor-Geral de Justiça

(Disponibilizado no Diário do Judiciário

eletrônico: <www.tjmg.jus.br>, em 13 de agosto de 2009)

5

O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AS NORMAS IMPEDITIVAS DE PROMOÇÃO NA CARREIRA MILITAR

Fernando José Armando Ribeiro

1. INTRODUÇÃO

Temos assistido, no Brasil dos últimos anos, um rico debate acerca da restrição imposta por leis a direitos fundamentais. O assunto encontra amparo tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sendo acirrada a discussão que permeia alguns dos desdobramentos da questão. Na seara do Direito Militar estadual, a polêmica tem sido levantada em face do conteúdo do art. 203, inciso IX, do Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais, com a redação dada pelo art. 11 da Lei Complementar n. 109, de 22/12/2009, que assim dispõe:

Art. 203. Não concorrerá à promoção nem será promovido, embora incluído no quadro de acesso, o Oficial que:

[...]

IX – estiver preso à disposição da justiça ou sendo processado por crime doloso previsto:

- a) em lei que comine pena máxima de reclusão superior a dois anos, desconsideradas as situações de aumento ou diminuição de pena;
- b) nos Títulos I e II, nos Capítulos II e III do Título III e nos Títulos IV, V, VII e VIII do Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar;
- c) no Livro II da Parte Especial do Código Penal Militar;

- d) no Capítulo I do Título I e nos Títulos II, VI e XI da Parte Especial do Código Penal;
- e) na Lei de Segurança Nacional.

A questão que pretendemos analisar diante de tal dispositivo diz respeito à compatibilidade do mesmo com preceitos constitucionais, mais especificamente com o princípio da presunção de inocência, constante no art. 5º, inciso LVII, da Constituição da República. Assim, a pergunta que guia nossas reflexões neste trabalho diz respeito à compatibilidade ou não da norma estadual regulamentadora do Estatuto dos Militares do Estado de Minas Gerais com os parâmetros normativo-princípiosológicos insculpidos na Constituição da República do Brasil de 1988.

2. A LEGITIMIDADE DA RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é despidendo lembrar que nenhum direito, por mais importante que seja, pode ser considerado absoluto. Os direitos fundamentais comportam sim um âmbito de validade que não pode ser jamais absolutizado. Isso porque, conforme ensina a doutrina contemporânea, as sociedades complexas de nossos dias, que se organizam politicamente como Estados Democráticos de Direito, têm no pluralismo um de seus eixos fundamentais. Ao ganhar roupagem jurídico-normativa, as diversas ideologias, valores e os múltiplos projetos de vida são incorporados à Constituição do Estado, passando a nela refletir um poliedro normativo que não se unifica em torno de uma unidade axiológica. Ao contrário, passa-se a conceber como possível, e mesmo desejável, a presença de normas cujo sentido e o teor podem revelar-se antinômicos quando de sua aplicação. São normas cujos funtores, apesar de não apresentarem contradição ou contraditoriedade, podem revelar-se antinômicos no momento da decisão de casos concretos. É o que a doutrina tem denominado conflito entre princípios, ou tensão entre normas constitucionais.

A legitimidade de tais restrições a direitos fundamentais é reconhecida até mesmo pela Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, cujo art. 29 assim prescreve:

[...] toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades *todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.* (Grifamos)

Posicionamo-nos aí diante de um problema novo com o qual não se deparava as teorias clássicas de Kelsen (1992), de Bobbio (1997), entre outros. É que, se para a antiga teoria do Direito, o fenômeno da antinomia apenas se apresentava diante da contradição dos funtores lógicos das normas jurídicas (é dizer, dos vocábulos de *permissão*, *proibição* ou *prescrição*), isso se dava em virtude de serem essas vistas por meio de uma interpretação que deveria se exaurir na dimensão semântica da linguagem. Destarte, a antinomia seria um problema passível de ser detectado por uma mera leitura dos textos normativos.

Em nossos dias, diferentemente, as Constituições democráticas passaram a inserir em seu texto normas que, conquanto abstratamente compatíveis, podem revelar-se em posição de tensão diante dos casos concretos. É o que ocorre, por exemplo, com a dignidade da pessoa humana e o direito à liberdade de expressão. Apesar de inexistente qualquer contradição lógica entre elas, quando abstratamente consideradas, revelam-se contudo potencialmente tensionadas nos inúmeros casos em que alguns, ao exercerem sua suposta liberdade de expressão artística ou intelectual, veem suas ações colidirem com o interesse de outros que se sentem violados em sua dignidade.

3. AS RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB O PRISMA DA PROPORCIONALIDADE

O desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo caminhou para afirmar a existência de exceções possíveis a serem estabelecidas aos direitos ou aos princípios fundamentais, as quais não constituem negação de sua validade, mas resultado de legítimo exercício do Poder Legislativo, ou do adequado e correto processo de interpretação e concretização normativa que passa a ser, de resto, o norte de toda

hermenêutica jurídica. Nesse contexto, um método que passa ressurgir – com um novo perfil – e do qual muito se valerão os juristas, e sobretudo as Cortes Constitucionais da Europa é o da proporcionalidade. É que, como ensina Paulo Gustavo Gonet Branco (2009, p. 216):

Assentado que um direito assume a forma de princípio, há de ser tido como um mandamento de otimização, o que o torna maleável às possibilidades não somente fáticas como também jurídicas. Daí resulta que poderá ter a sua abrangência normativa comprimida ou distendida conforme o peso de princípios constitucionais que se lhe contraponham parcial ou totalmente.

É imperioso observar que, se os direitos fundamentais têm sua origem história vinculada à proteção dos indivíduos em face do Estado, a convivência social em uma sociedade politicamente organizada não dispensa a estipulação e a vinculação dos indivíduos a deveres e obrigações que limitam o espectro de suas liberdades afirmadas. Isso se faz primacialmente diante da imperiosa necessidade de resguardar outros valores também importantes, em situações cujos contornos fáticos assim o recomendem.

Assim é que, seguindo aquela tendência descortinada no Direito alemão, tem-se desenvolvido recentemente na jurisprudência brasileira a chamada ponderação de valores (ou de interesses). Suas bases metodológicas encontram-se fundamentalmente na escola da Jurisprudência dos Valores e, também, mais contemporaneamente, no publicista e jusfilósofo alemão Robert Alexy (2008, 2010). Na doutrina nacional, tem sido acolhida e sustentada por autores como Luis Roberto Barroso (2006 e 2009), Daniel Sarmento (2003), Gilmar Mendes (2007), Virgílio Afonso da Silva (2005), Paulo Gustavo Gonet Branco (2009), dentre muitos outros. As premissas da escola fazem-se presentes em diversos julgados, notadamente do Supremo Tribunal e dos Tribunais Superiores, como os a seguir colacionados:

EMENTA: PROCESSO PENAL. PRISÃO CAUTELAR. EXCESSO DE PRAZO. CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. INOCORRÊNCIA. INDIVIDUALIZAÇÃO DE CONDUTA. VALORAÇÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE EM *HABEAS CORPUS*. 1. (...) 6. *Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos*

fundamentais previstos no art. 5º, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa. 7. Ordem denegada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 93.250, 2008)

O inciso LVI do art. 5º da Constituição, que fala que ‘são inadmissíveis... as provas obtidas por meio ilícito’ não tem conotação absoluta. Há sempre um substrato ético a orientar o exegeta na busca de valores maiores na construção da sociedade. A própria Constituição Federal Brasileira, que é dirigente e programática, oferece ao juiz, através da ‘atualização constitucional’ (*Verfassungsaktualisierung*) base para o entendimento de que a cláusula constitucional invocada é relativa. A jurisprudência americana, mencionada em precedente do Supremo Tribunal Federal, não é tranqüila. Sempre é invocável o princípio da ‘razoabilidade’ (*Resonableness*). O princípio da exclusão das provas ilicitamente obtidas (*Exclusionary Rule*) também lá pede temperamentos. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, HC 3.982, 1996, p. 4.084)

Em julgado que despertou acesa controvérsia no Plenário do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à investigação de paternidade e a realização de exame de DNA, assim se pronunciou em voto lapidar o Min. Francisco Rezek:

EMENTA – INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DE DNA – CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. DISCREPA A MAIS NÃO PODER, DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS IMPLÍCITAS E EXPLÍCITAS. Vale destacar que o direito ao próprio corpo não é absoluto ou ilimitado. Por vezes a incolumidade corporal deve ceder espaço a um interesse preponderante, como no caso da vacinação, em nome da saúde pública. Na disciplina civil da família o corpo é, por vezes, objeto de direitos. Estou em que o princípio da intangibilidade do corpo humano, que protege um interesse privado, deve dar lugar ao direito à identidade, que salvaguarda, em última análise, um interesse também público.

Lembra o impetrante que não existe lei que o obrigue a realizar o exame. Haveria, assim, afronta ao artigo 5º, II, da CF. Chega

a afirmar que sua recusa pode ser interpretada, conforme dispõe o artigo 343, § 2º, do CPC, como uma confissão. Mas não me parece, ante a ordem jurídica da república neste final de século, que isso frustre a legítima vontade do juízo de apurar a vontade real. A Lei 8.069/90 veda qualquer restrição ao reconhecimento do estado de filiação, e é certo que a recusa significará uma restrição a tal reconhecimento. *O sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado com o interesse do investigador*, bem assim a certeza que a prova pericial pode proporcionar ao magistrado. (grifos nossos). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, HC 71. 373, 1996, p. 45.686)

4. A TENSÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS E O JUÍZO DE ADEQUABILIDADE

Dizer que os direitos e garantias fundamentais não são absolutos significa que eles podem sofrer limitações, sejam abstratas, quando a própria lei os restringe, sejam concretas, quando impostas pelo Poder Judiciário. Aquelas, produzidas pelo legislador, configuram o resultado da ponderação de diversos valores, interesses e bens juridicamente tutelados, estabelecendo limites normativos que constituem parâmetro de exercício de todo e qualquer direito. Já as limitações em concreto, dão-se quando, diante do conflito juridicamente instaurado, determina o Poder Judiciário, após rigorosa apreciação de todas as circunstâncias envolvidas, qual deve ser o direito aplicável à situação concreta.

Nesse sentido, preferimos nos filiar a posição dos que entendem que, em se tratando da dimensão jurisdicional, melhor seria falar-se em um *discurso de adequação*,¹ a um juízo de ponderação. É que só a

¹ Para uma melhor compreensão do discurso de adequação deve-se atentar para as obras de GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004; HABERMAS, J. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho em términos de teoria del discurso*. Madrid: Trotta, 1998. Entre nós, fundamentais são as reflexões desenvolvidas, dentre outros, por SOUZA CRUZ, Álvaro R. *Habermas e o direito brasileiro*. São Paulo: Lumen Juris, 2006, e *Hermenêutica jurídica (e)em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003; e GALUPPO, Marcelo C. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

instância legislativa, respaldada por amplo procedimento representativo eleitoral, estaria legitimada a efetivar uma ponderação de valores. Ao juiz cabe lidar com valores já convertidos pelo Código do Direito, vale dizer, tornados deontologicamente observáveis. Mas a dimensão do devido, inerente aos direitos, também não lhes eliminaria as tensões internas decorrentes da própria vivência democrática.

Assim sendo, nesta quadra da história, devemos sempre encarar os direitos e princípios constitucionais sob o espectro da tensão que entre eles se estabelece. No que tange ao princípio da presunção de inocência, constatamos que esse se insere em meio aos direitos e garantias de natureza penal e processual penal, tendo, portanto, no conceito de culpa elemento nuclear de seu âmbito de proteção. Aliás, é esse o sentido primeiro advindo de uma interpretação topológica e gramatical do texto normativo constitucional invocado como parâmetro de constitucionalidade para o caso, dispondo que: “Art. 5º, inciso LVII – *Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.*”

Todavia, mesmo no que diz respeito a tal núcleo de proteção (penal e processual penal) vemos que há notórias e assumidas restrições à absolutização dos efeitos da norma, considerando-se válidas as prisões preventivas, em flagrante, por pronúncia e por sentenças condenatórias sem trânsito em julgado. Mesmo no que concerne às prisões cautelares, têm o Supremo reconhecido a legitimidade de sua adoção em situações que não se revelem como antecipação do cumprimento de pena (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl. 2.391, 2008).

A missão do Judiciário revela-se, assim, em reconstruir e concretizar, da maneira mais adequada e efetiva, o sistema aberto pelo qual o Direito historicamente se manifesta. Uma norma não é nunca idêntica ao seu texto, sendo já resultado da interpretação deste. E esta, como nos ensina a moderna hermenêutica, é intrinsecamente sistemática, só podendo ser auferida mediante o conjunto dos diversos preceitos normativos e principiológicos que compõem o sistema.

Seguindo a metódica de Friedrich Müller (2005 e 2007), temos que a interpretação no Direito não pode nunca desconsiderar o conjunto das teorias e técnicas interpretativas, bem como todos os princípios que concorrem perante as características fáticas trazidas ao processo

de aplicação. Assim, a decisão adequada envolve muito mais que uma aparente subsunção de norma a fato concreto, sendo diferente também de uma ponderação de valores. Considerando a concorrência de todas as normas, princípios, doutrinas e técnicas interpretativas do sistema jurídico, chegaremos à resposta correta, vale dizer, à aplicação mais adequada e justa. Com Dworkin (2001, *passim*, 2010, p. 76 ss), podemos dizer que chegaremos à posição de que um ou outro princípio oferece a melhor justificação de algum aspecto da realidade jurídica. Isso significa, segundo o festejado autor norte-americano, que obtaremos o melhor no sentido interpretativo, isto é, melhor porque melhor se ajusta ao conjunto de elementos conformadores da história viva das normas e da interpretação do Direito.

5. A CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 203, IX, DA LEI 5.301/69 (ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DE MINAS GERAIS)

Tendo em vista as considerações acima desenvolvidas, devemos então nos perguntar qual a melhor resposta, aquela que confere maior dinâmica, concretude e coerência com todas as demais normas e princípios envolvidos no âmbito de aplicação normativa do art. 203, IX, da Lei n. 5.301/69? Primeiramente, verificamos que a presunção de inocência não é o único princípio aplicável a essa situação concreta. Ele coloca-se em tensão com princípios orientadores da Administração Pública, insculpidos no art. 37 da Constituição Federal, dentre os quais destacamos os *princípios da moralidade e da eficiência*.

Deve-se ter sempre em mente que, num Estado Democrático de Direito, a moralidade atinge o patamar de condição legitimadora do exercício de funções públicas. É que não mais nos contentamos com a simples legitimação originária. Por mais que tenha alguém concorrido com méritos ou com vasto apoio majoritário para obter o título ao exercício de função pública, esta somente se fará legitimada pela comprovação diuturna das condições técnicas (eficiência) e éticas (moralidade) que lhe são constitucionalmente exigidas. Constata-se assim uma série de disposições normativas que tem por fim esse propósito. Senão vejamos.

No que tange, por exemplo, à magistratura, a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Loman) – Lei Complementar n. 35, de 14 de março de 1979, consagra norma que autoriza explicitamente o afastamento de magistrado do exercício de suas funções sem que haja a formação da culpa. Leia-se:

Art. 27. O procedimento para a decretação da perda do cargo terá início por determinação do Tribunal, ou do seu órgão especial, a que pertença ou esteja subordinado o magistrado, de ofício ou mediante representação fundamentada do Poder Executivo ou Legislativo, do Ministério Público ou do Conselho Federal ou Secional da Ordem dos Advogados do Brasil.

[...]

§ 3º O Tribunal ou o seu órgão especial, na sessão em que ordenar a instauração do processo, como no curso dele, poderá afastar o magistrado do exercício das suas funções, sem prejuízo dos vencimentos e das vantagens, até a decisão final.

Seguindo esse mesmo entendimento, a Lei Complementar n. 65, de 16 de janeiro de 2003, que organiza a Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, dispõe que:

Art. 63. Poderá concorrer à promoção por merecimento o membro da Defensoria Pública que:

[...]

III – não tenha sofrido penalidade disciplinar nos doze meses anteriores à formação da lista nem esteja submetido a processo disciplinar ou administrativo;

IV – não esteja respondendo a ação penal por infração cuja sanção cominada seja de reclusão nem esteja cumprindo pena;

Cumprе salientar, também, que a Constituição do Brasil veda a promoção dos Magistrados e dos integrantes do Ministério Público até mesmo sem instalação de processo ou procedimento. É o que está consagrado nos seguintes dispositivos:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

II – promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antiguidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

[...]

e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão.

[...]

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

§ 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93.

Por fim, não podemos desconsiderar a força e o impacto da norma insculpida no § 9º do art. 14 da Constituição da República que, tendo por fim proteger a moralidade no exercício de mandato legislativo veio tornar possível a criação de outros casos de inelegibilidade que não aqueles regulados no texto constitucional. Veja-se sua disposição:

Art. 14 [...]

§ 9º Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício de mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.

Essa norma tem muito a nos ensinar sobre as pretensões do constituinte no que diz respeito a moralidade no exercício de função pública. Sem entrarmos em qualquer apreciação sobre a tão falada “Lei da Ficha Limpa”, constatamos que, até mesmo para o caso de cargos públicos que já gozam, intrinsecamente do controle direto por parte do titular de todo o poder – o povo –, mesmo aí fez a Constituição questão de abrir a possibilidade de controle formal de seu comportamento ético. Perguntamos: se em relação aos magistrados, promotores, defensores e mesmo de agentes políticos que sobejam normas que controlam não apenas a promoção, mas impõe restrições ao próprio exercício da atividade funcional, seriam logo os militares, a quem a Constituição outorgou responsabilidades e códigos éticos tão particulares e severos, que deveriam ficar à deriva de um controle mais efetivo da moralidade no exercício funcional?

Data venia, penso que não. Ao contrário, devemos sempre nos lembrar das especificidades do serviço público prestado pela polícia militar, considerada força auxiliar do exército, nos termos do § 5º do art. 144 da Constituição Federal, cuja estrutura se assenta nos vetores da hierarquia e da disciplina. Se tais pilares foram previstos em lei, não o foram por simples capricho legislativo, mas, fundamentalmente, porque são imprescindíveis para o cumprimento das relevantes e desafiadoras funções inerentes às demais que a Constituição lhes incumbiu. A restrição à promoção aos militares que estejam enquadrados nas situações previstas no art. 203, inciso IX, da Lei n. 5.301/69, a meu sentir, tem como escopo a manutenção da disciplina junto à tropa, no sentido de a Administração cercar-se de maiores cautelas em relação àqueles que estejam respondendo a processo disciplinar e, de outro lado, possibilita estabelecer maiores incentivos para a retidão da conduta do militar.

Ademais, não se há de desconsiderar que a condenação de militar, em qualquer dos crimes previstos no artigo retromencionado, ofenderia tão mais a honra e o pundonor da classe quanto maior fosse a sua graduação, até mesmo pela ligação entre respeito, hierarquia e disciplina. Esses são vetores básicos e estruturais para as forças militares, encontrando guarida e reconhecimento constitucional.

Ressalto que essas considerações estão assentadas na premissa fundamental de que a legislação estadual assegura ao militar o direito de promoção, com efeitos retroativos, na eventual hipótese de absolvição – inteligência do § 1º do art. 203 da Lei n. 5.301/69. Essa condição foi considerada fator primordial em precedente do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, o qual concluiu que o militar denunciado em processo penal militar por crime doloso, beneficiado por *sursis* processual, previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, não faz jus à promoção enquanto não for decretada a extinção da punibilidade. O direito do militar à promoção ficaria suspenso e, se e quando cumpridas as condições estabelecidas no período de prova, poderia ele ser promovido (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar, Ap. Cív. 405, 2009).

Ademais, é ela condição fundamental a garantir a proporcionalidade e razoabilidade do dispositivo da Lei n. 5.301/69. A sua existência transmite-nos certeza da razoabilidade normativa que norteou o legislador ao medir os seus critérios. É que a reintegração do *status quo ante* torna-se

factível e viável mediante os procedimentos por ela mesma previstos. A importância de tal dispositivo ressalta ainda mais quando, tomando o argumento *a contrario*, deixamo-nos conduzir pela sólida fundamentação do Min. Cezar Peluso, no julgamento de Reclamação envolvendo a discussão sobre os limites e legitimidade da prisão cautelar. Assim se posicionou o hoje presidente do Supremo Tribunal Federal:

Além de infringir princípios básicos de justiça – porque uma eventual reforma da decisão, em que o réu tenha sido preso, não encontra nenhuma medida no campo jurídico capaz de restaurar o estado anterior, pois se trata de privação de liberdade, nem sequer a indenização de ordem pecuniária, prevista na Constituição, por erro absolutamente incompatível – e aqui invoco o princípio da proporcionalidade. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Rcl. 2.391, 2008).

Vemos assim a importância atribuída à capacidade ou não da norma de retroceder à situação ou ao estado original, que os antigos romanos conheciam como *status quo ante*. Trata-se, a nosso ver, de medida que não apenas resguarda a integridade do princípio da presunção de inocência, como também evita as temerárias situações em que seríamos lançados com a adoção do entendimento oposto. Vale dizer, se de um lado temos como assegurar que o militar inocentado retomará integralmente a situação inicial a que teria direito, o mesmo não ocorreria caso permitíssemos incondicionadamente a sua promoção, a qual poderia gerar também a sua inclusão na reserva, com remuneração a partir daí tornada inatingível.

Esse é o entendimento também consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, em decisão de sua 2ª Turma, em que a restrição ao direito à promoção do militar não foi considerada ofensiva ao princípio da presunção de inocência, uma vez que resguardada a promoção retroativa em caso de absolvição. Confira-se:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PROMOÇÃO DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR. EXCLUSÃO. ABSOLVIÇÃO. RESSARCIMENTO. PRECEDENTE.

A jurisprudência do Supremo é no sentido da inexistência de violação do princípio da presunção de inocência [CB/88, artigo 5º,

LVII] no fato de a lei não permitir a inclusão de oficial militar no quadro de acesso à promoção em razão de denúncia em processo criminal. 2. É necessária a previsão legal do ressarcimento em caso de absolvição. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, RE 459.320, 2008)

6. CONCLUSÕES

Em célebre trabalho publicado ao fim do século XX, o notável pensador e jurista Norberto Bobbio pontuou estarmos vivendo na “Era dos Direitos”. A consagrada alcunha bem traduz, de fato, um dos elementos fundamentais de nossas sociedades contemporâneas. Não apenas a expansão do espectro de proteção dos direitos, mas a percepção de novas dimensões de sua extensão conceitual. Evidentemente, se o espectro de proteção dos direitos se amplia, amplia-se conseqüentemente a possibilidade de antinomias no sistema jurídico, o qual, sendo agora compreendido como um sistema aberto, não recobra uma unidade axiológica como fundamento. Teremos então um novo perfil para as antinomias jurídicas, as quais não mais deverão ser vistas como simples contradição lógica entre seus modalizadores deontológicos. É dizer, as tensões são decorrentes do próprio processo de interpretação e aplicação inerente à “vida dos direitos”.

Dos juristas passa-se, pois, a exigir mais. Exige-se, sobretudo, a contínua busca pela interpretação que encontre, no amplo e complexo poliedro normativo do Direito, a norma que consagre a melhor resposta aos conflitos de interesses concretos, com atenção não apenas às inúmeras normas que potencialmente se tencionam, mas também a todas as particularidades do caso concreto. A busca pela correção normativa torna-se assim, a fórmula contemporânea da própria “luta pelo Direito”.

A questão motivadora do presente estudo revela-se um exemplo performático da complexidade da tarefa hermenêutica nesta quadra da história. Nela vemos a potencial tensão de normas constitucionais em face de uma situação particular. Estaria a norma que impede a progressão na carreira de militar processado por algumas modalidades de crime doloso em conflito com a Constituição? Os que assim, sustentam, procuram ver o princípio da presunção de inocência como

único parâmetro de constitucionalidade. Como visto, ousamos divergir desse entendimento, posto que ele não confecciona a melhor adequação dos preceitos constitucionais. É que há outras normas e princípios constitucionais igualmente aplicáveis a essa situação, não sendo possível fechar os olhos, como demonstrado, aos princípios constitucionais da moralidade e da eficiência, que atingem o patamar de condição legitimadora do exercício de funções públicas. Tampouco se deve desconsiderar a ampla regulamentação existente em relação aos magistrados, promotores, defensores e mesmo agentes políticos, onde sobejam normas que controlam, não apenas a promoção, mas impõe restrições ao próprio exercício da atividade funcional. Por fim, torna-se elemento fundamental, que jamais deve ser olvidado, a premissa de que a legislação estadual assegura ao militar o direito de promoção, com efeitos retroativos, na eventual hipótese de absolvição – inteligência do § 1º do art. 203 da Lei n. 5.301/69.

Por todas essas razões, entendemos que o art. 203, inciso IX, da Lei n. 5.301/69 (Estatuto dos Militares de Minas Gerais) é plenamente compatível com a normatividade estatuída pela Carta Magna de 1988, sendo, pois, constitucional.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 71.373. Relator: Marco Aurélio. Brasília, acórdão de 10 de nov. 1994. *Diário da Justiça*, Brasília, 22 nov. 1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso especial n. 459.320. Relator: Eros Grau. Brasília, acórdão de 22 de abr. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 23 maio 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 93.250. Relatora: Ellen Gracie. Brasília, acórdão de 10 de jun. 2008. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 27 jun. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação n. 2.391. Relator: Marco Aurélio. Brasília, acórdão de 9 de set. 2003. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 16 maio 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas corpus* n. 3.982. Relator: Adhemar Maciel. Brasília, acórdão de 5 de dez. 1995. *Diário de Justiça*, Brasília, 26 fev. 1996.

BOBBIO, Norberto. *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo. *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *A justiça de toga*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GALUPPO, Marcelo. *Igualdade e diferença*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado Democrático de Derecho em términos de teoria del discurso*. Madrid: Trotta, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Coimbra: Almedina, 1992.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva/IDP, 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça Militar. Apelação Cível n. 405. Relator: Fernando Armando Ribeiro. Belo Horizonte, acórdão de 15 de jan. de 2009. *Diário do Judiciário*, Belo Horizonte, 11 fev. 2009.

- MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do direito em Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Teoria estruturante do direito*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Habermas e o direito brasileiro*. São Paulo: Lumen Juris, 2006.
- SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo. *Hermenêutica jurídica (e)em debate*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

6

ESCOLA NACIONAL DA MAGISTRATURA E FORMAÇÃO PERMANENTE DOS JUÍZES DAS COMARCAS DO INTERIOR

Luiz Guilherme Marques

Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães¹

1. NECESSIDADE DE APERFEIÇOAMENTO CONSTANTE PARA OS OPERADORES DO DIREITO

Por ser o Direito uma Ciência Social – cujo conteúdo é dinâmico, mutável, conforme evolui a sociedade – seus protagonistas (Advogados, Assistentes Sociais, Membros do Ministério Público, Magistrados, dentre outros) têm sempre o dever de estar abertos ao Novo, afinados com seu tempo e preocupados com sua própria formação constante e permanente.

Os Estatutos deontológicos fundamentais que regulamentam estas profissões procuram enfatizar esse aspecto. O Código de Ética dos Advogados, do Ministério Público e o recente Código de Ética da Magistratura possuem previsão expressa a respeito²; e assim acontece com os diversos outros diplomas, nacionais e alienígenas.

¹ Os autores foram nomeados como coordenadores da Escola Nacional da Magistratura para o triênio 2011/2014.

² São deveres do advogado: “IV – *empenhar-se, permanentemente, em seu aperfeiçoamento pessoal e profissional*”. Lei nº 8.906/94, art. 2. *O novo Código de*

Evidentemente que tal exigência não é despropositada. Está inscrita exatamente porque ocorre de fato no mundo da vida. Consta-se que há uma tendência dos operadores do Direito em geral para a acomodação, pouco entusiasmo pelas atualizações, a estagnação, a preguiça mental, o misoneísmo e a preocupação, muitas vezes, unicamente com a estabilidade no emprego, nos casos de funcionários públicos.

Por isso revela-se imprescindível ao operador do Direito hodiernamente a necessidade de atualização de sua formação e de atualização, principalmente em razão dos efeitos da globalização rápida, da evolução dos meios de comunicação, da velocidade da circulação das informações, da cibernética e da Internet.

Hoje não se discute mais se o desmatamento abusivo na Amazônia causa o efeito estufa; é notório que uma oscilação na Bolsa de Valores na Ásia traz consequências imediatas e em cadeia nas demais Bolsas de Valores do outro lado do mundo; e já se afirma até que o bater de asas de uma simples borboleta pode influenciar o curso natural das coisas e, assim, talvez provocar um tufão do outro lado do mundo.³

A velocidade e as mudanças são rápidas. No dizer que ZYGMUNT BAUMAN,⁴ vivemos num tempo marcado pela flexibilidade, onde se perdeu o aspecto durável e sólido das coisas, sendo tudo passível rapidamente de mudança.

1.2 E por que tais aspectos são de tanta importância para a questão da formação dos magistrados?

A explicação está no próprio exercício da alta função de prestar jurisdição, consistente em julgar conflitos de interesses alheios, relacionado não poucas vezes aos direitos mais importantes da humanidade, como os direitos à vida, à liberdade, à personalidade, ao meio ambiente, dentre outros.

Ética da Magistratura nos arts. 29 a 36 sobre A exigência de conhecimento e de capacitação permanente dos magistrados.

³ Teoria do “efeito borboleta” de Edward Lorenz.

⁴ Professor emérito de Sociologia das Universidades de Leeds e Varsóvia, conhecido por sua difundida tese intitulada de “sociedade líquida”.

Por isso o Judiciário, como instituição, deve-se compor de profissionais de alta capacitação, não só intelectual, mas também cultural, psicológica e humanística. O Juiz ideal há que ter um cabedal de conhecimentos revisados constantemente, afinado com o que pulsa não só na sua Comarca, mas com tudo o que ocorre no mundo.

O Juiz do Século XXI, esteja onde estiver, mesmo na mais longínqua Comarca, há que estar “antenado” e acompanhar o ritmo das mutações que na sociedade ocorrem e atuar como amortecedor das alterações ou portador das mudanças na comunidade em que atua.

E o Judiciário – instituição – deve proporcionar os meios necessários para que essa percepção da realidade seja constante e ocorra não só quando do ingresso na carreira, mas também enquanto permanecer no cargo.

2. FORMAÇÃO DO MAGISTRADO EM MINAS, NO BRASIL E NO MUNDO. BREVÍSSIMAS ANOTAÇÕES HISTÓRICAS

Como se sabe, a formação dos juízes no mundo ocorre em dois momentos e com características distintas: 1) inicial, ou de recrutamento, que pode ocorrer por nomeação, por concurso ou por eleição, dependendo do modelo adotado pelo País; e 2) permanente, no transcurso da vida profissional.⁵

Na maioria dos países civilizados como Canadá, EUA, Portugal dentre muitos outros, a formação permanente é incentivada, quando não obrigatória. Devendo-se registrar que foi na França que se inaugurou a primeira Escola de Magistratura, em 1958, e mais recentemente foi realizada pesquisa de opinião pública denominada os franceses e a Justiça,⁶ chegando-se ao seguinte resultado:

⁵ No Brasil, a Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009, do CNJ unificou as regras para ingresso na magistratura de todos os ramos do Poder Judiciário no que tange aos concursos públicos.

⁶ Pesquisa do Direito e da Justiça pesquisou junto aos franceses sobre a imagem que eles fazem da Justiça assim como sobre suas expectativas em relação à mesma. Uma pesquisa por amostragem de 1000 pessoas e por entrevista com 21 profissionais do Direito e da Justiça foi realizada em junho passado. (Tradu-

Em matéria de formação os profissionais interrogados pensam identicamente para considerar que dois objetivos complementares devem ser esperados: a aquisição de uma excelência na técnica jurídica e uma capacidade de compreensão dos diversos contextos (social, afetivo, étnico, etc.) que caracteriza os problemas aos quais eles são conduzidos a se interessar.

A censura geral que eles endereçam ao sistema atual de formação é de privilegiar muito a única dimensão técnica da Justiça. Eles desejam, em consequência, uma formação que se abra para o mundo exterior e possam se precaver contra uma aproximação “técnica” do funcionamento da Justiça. Mais especificamente é desejado que a formação dos magistrados, que é julgada muito boa em matéria de aquisição da técnica jurídica, se amplie para uma melhor compreensão do mundo social. Advogados e Escrivães lamentam o isolamento relativo dos magistrados diante da sociedade em geral e diante das outras profissões judiciárias em particular; eles sugerem a organização regular e sistemática de estágios, permitindo corrigir essa situação.

Da parte dos advogados se manifesta a preocupação de uma formação muito teórica que se revela um pouco descalçada e realça as necessidades do cotidiano dos escritórios. A ideia de uma formação comum é muito bem acolhida pelos profissionais da Justiça na medida em que ela constitui justamente uma resposta possível ao risco de separação entre as profissões complementares. O que é desejado não é a unificação das formações, cada uma das funções judiciárias possuindo sua especificidade, mas um denominador de “trancos comuns” para as formações iniciais e a organização de estágios cruzados entre as diversas profissões da Justiça. Essas estratégias de reaproximação são, às vezes, contestadas em nome do respeito das diferenças existentes entre essas profissões.

Observa-se a rapidez das evoluções profissionais e sociais, que se traduzem pelo desenvolvimento de novas técnicas e por mutações da realidade social. A formação contínua aparece como uma respos-

ção de Luiz Guilherme Marques e Simone Golner Bonfante. Disponível em: <www.artnet.com.br/~lgm/down23.doc>).

ta adaptada tanto a pedido de abertura dos profissionais da Justiça quanto à exigência de sensibilização às novas tecnologias que esses profissionais exprimem. O único obstáculo evocado à formação permanente, a falta de tempo que certos meios modernos de informação (o vídeo em particular) poderiam resolver.

Os jurisdicionados franceses, como visto, cobram dos seus Magistrados uma visão holística e não apenas jurídica da sociedade.

2.1 Brasil

No Brasil não se pode igualmente prescindir de uma Cultura Generalista para os Magistrados, que, assim, melhor se equipam para bem desempenhar seu importante mandato.

Mas aqui um grande esforço foi despendido para a implantação de uma Escola Nacional de caráter estatal e nomes de peso de Minas Gerais tiveram papel de fundamental e de inegável importância para criação não só da nossa ENM (Escola Nacional da Magistratura) como também impulsionaram a ENFAM.⁷

O Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, imbatível e incansável, mereceu com justiça, várias homenagens por sua obstinação e trabalho na frente da ENM. No dizer da Ministra Eliana Calmon, “*um jurista influente, de inteligência fulgurante, um visionário bem-sucedido, reverenciado e admirado*”.⁸

Outro importante nome de Minas Gerais é o do Prof. RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA, que não é magistrado, mas contribuiu sobremaneira não só na ENM, como para nossa EJEF, reconhecida como escola pioneira de formação de magistrado e de referência nacional.

⁷ A Emenda Constitucional n. 45 de 2004 criou a Enfam, Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, órgão oficial, ligado ao STJ, responsável por regulamentar, autorizar e fiscalizar os cursos oficiais para ingresso, vitaliciamento e promoção na carreira da magistratura, cuja AMB tem assento permanente.

⁸ Discurso em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo na solenidade de inauguração do Enfam. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, ano II, número 4.

E mais recentemente desde 2008, tendo sido reconduzido para uma nova gestão no cargo de Vice-Diretor-Presidente da ENM até 2014, o nosso prestigiado Desembargador JOSÉ NEPOMUCENO DA SILVA, cuja atuação tem sido marcante e promete ainda mais para a esta nova gestão que se inicia com novos integrantes.

2.1 A Escola Nacional da Magistratura e sua missão

Com cerca de 50 anos de existência, a Escola Nacional da Magistratura (ENM), órgão vinculado à AMB, desempenha o papel de orientadora da atuação das demais Escolas da Magistratura no País, além de oferecer cursos de especialização e aperfeiçoamento cultural, jurídico, humanístico, busca o aprimoramento dos sistemas de seleção e formação de magistrados.

Em 2010, ela ofereceu mais de 20 cursos no Brasil e no exterior, além de outros eventos importantes, como, por exemplo, o I Congresso Internacional de Magistrados, realizado no Canadá com participação de 200 Magistrados.

O portal da ENM⁹ mostra a grande atuação dessa Entidade. Veja alguns cursos realizados:

– Simpósio Brasil-Québec sobre Direito do Consumidor (24 horas/aula). Período: 27 a 29 de outubro de 2010 – Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense – Niterói/RJ.

– O novo Código de Processo Civil: Panoramas e perspectivas. Período: 04 a 05 de novembro de 2010. Auditório da ESMAF 1ª Região – Brasília/DF.

– Curso de Especialização “Diplome d’Université” “Contratos de Consumo e Contratos em Geral nos Direitos francês e europeu”. Período: 05 de abril de 2010 (1ª etapa). Período: outubro de 2010 (2ª etapa); abril de 2011 (3ª etapa) e outubro de 2011 (4ª etapa). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS.

– Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados em Direito Ambiental. Período: 19 e 20 de abril de 2010. Auditório da Interlegis – Anexo E, Senado Federal – Brasília/DF.

⁹ Disponível em: <www.enm.org.br>.

– Curso de Aperfeiçoamento para Magistrados em Direito Eleitoral. Período: 28 a 30 de abril de 2010 – Brasília/DF.

– Programa de Capacitação em Poder Judiciário. Período: 10 a 14 de maio de 2010. Sede da AMB – Brasília/DF.

– X Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor e Minicurso para Magistrados em Direito do Consumidor. Período: 18 a 21 de maio de 2010. Majestic Hotel – Florianópolis/SC.

– Congresso de Direito Ambiental. Período: 22 a 26 de maio de 2010. Fundação Mokiti. Rua Morgado de Mateus, 77, Vila Mariana – São Paulo/SP.

– Curso sobre Execução Fiscal. Período: 17 e 18 de junho de 2010.

– Ciclo de Palestras sobre Mercado de Títulos de Valores. Período: 10 e 11 de junho de 2010. Sede da Bovespa. Rua XV de Novembro, 275, Centro – São Paulo/SP.

– Humanismo em Nove Lições. Período: 12 a 16 de julho de 2010. Sede do IUPERJ. Rua da Matriz, 82, Botafogo – Rio de Janeiro/RJ.

– Curso: “Trabalho Escravo – Aspectos Penal e Trabalhista”. Período: 25 a 27 de agosto de 2010 – Brasília/DF.

– Formação de Formadores. Escola da Magistratura Francesa – Paris/Bordeaux.

– Mestrado na Universidade Clássica de Lisboa. Período: outubro de 2010 a junho de 2011. Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa – Lisboa/Portugal.

– Doutorado na Universidade Clássica de Lisboa. Período: outubro de 2010 a junho de 2011. Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa – Lisboa/Portugal.

– Pós-Graduação em Direito da Comunicação. Período: outubro de 2010 a junho de 2011. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal.

– Pós-Graduação em Direito do Consumo. Período: outubro de 2010 a junho de 2011. Universidade de Coimbra – Coimbra/Portugal.

– Doutorado na Universidade de Barcelona. Período: outubro de 2010 a junho de 2011. Faculdade de Direito da Universidade de Barcelona – Barcelona/Espanha.

– Curso sobre Investigação Econômica e Financeira na França. Período: novembro de 2010. Escola da Magistratura da França.

– Encontro Nacional de Juízes da Infância e da Juventude. Período: 18 e 19 de novembro de 2010 – Brasília/DF.

– IV Congresso Iberoamericano sobre Cooperação Judicial. Período: 22 a 25 de novembro de 2010 – Cartagena das Índias/Colômbia.

– Programa Internacional de Intercâmbio com a Universidade da Geórgia. Período: 28 de novembro a 11 de dezembro de 2010. *Campus* da Universidade da Geórgia.

– Curso Jurisdição e Psicanálise. Período: 01 a 03 de dezembro de 2010. Sede da AMB – Brasília/DF.

E para o ano de 2011 terão continuidade todos os cursos oferecidos em 2010 e ainda maior ênfase aos cursos telepresenciais, além do relançamento da Revista Jurídica da ENM.

3. FORMAÇÃO PERMANENTE DOS MAGISTRADOS DO INTERIOR

Embora haja, como dito, esforço mundial para incrementar a formação continuada do magistrado, não se costuma diferenciar, ao se abordar o tema, os Juízes dos grandes centros urbanos, daqueles que residem no interior.

Situação que cria desigualdade de difícil solução porque os Juízes de comarcas distantes são tratados da mesma forma pela lei, mas não têm acesso fácil às Universidades que oferecem cursos de doutorado, mestrado, pós-graduação, e até mesmo a locais de estudo e aperfeiçoamento porque tais instituições situam-se, sobretudo, nos grandes centros urbanos.

No estado de Minas Gerais, com largas dimensões geográficas, cujo número de municípios é o maior do País, agrava-se mais tal distorção, pois a maior parte dos Juízes trabalha no interior, em comarcas distantes dos grandes centros e muitas vezes de difícil acesso.

Com a obrigatoriedade constitucional (necessária) de os Juízes residirem nas Comarcas, observa-se, nesse aspecto, um desestímulo dos próprios interessados em sua formação permanente, dada a dificuldade de compatibilizar aquelas atividades extras com as da judicatura.

São fatores que pesam muito nesta renúncia da formação permanente: a necessidade de convivência com a família; a distância dos locais dos cursos presenciais em relação às Comarcas onde trabalham; e a precariedade das estradas de acesso.

Acrescenta-se ainda a dificuldade dos Tribunais e Escolas Judiciais em levar cursos presenciais para as regiões distantes, até mesmo por impossibilidade financeira, pessoal e de logística.

3.1 A limitação dos cursos à distância

Uma das alternativas apresentadas tem sido os cursos tele-presenciais, por meio de Internet e via satélite,¹⁰ evidentemente como atividade coadjuvante ao estudo pessoal e presencial pois não resolvem de forma eficaz, muito menos definitiva, o problema, pois é inegável que a presença humana é insubstituível.

O melhor ambiente (*setting*) de aprendizagem ocorre no contato com as pessoas, ao vivo e a cores, no que se refere ao estímulo para criação, e para o desencadear motivação correta na busca pelo conhecimento e crescimento de um modo geral, e é de fundamental importância.

A análise pessoal, dos microssinais corporais apresentados no momento de uma conversa, apresentados na tonalidade da voz; dos movimentos inconscientes do olhar emitidos pelo outro, do suor das mãos, não podem ser captados pelas câmeras como o que se percebe no *tête-à-tête*.

Se o mundo virtual fosse de fato capaz de substituir o real não precisaríamos de médicos presenciais, os psicanalistas fariam sessões à distância, as aulas, os encontros, seriam pelo telefone ou pela *webcam*; os princípios processuais da oralidade e do imediatismo não existiriam, e não haveria atualmente tanta discussão sobre o interrogatório e audiências por *webcam* e os cursos à distância, existentes há muito tempo já teriam dado conta do recado.

¹⁰ Há vários cursos nesses moldes sendo oferecidos no mercado. A PUC Minas virtual tem realizado parcerias constantes com Tribunais. Em Minas, a EJEJ disponibilizou vários cursos pelo Programa de Educação à Distância do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais

3.2 Reflexos na conduta judicante do magistrado do interior

Como consequência desta exclusiva e absoluta dedicação do juiz no exercício da judicatura na comarca do interior tem-se, em um primeiro momento, a impressão positiva, já que seu tempo é dedicado totalmente à prestação jurisdicional; mas, ao contrário, a médio e longo prazos, constata-se, infelizmente, uma defasagem temporal e o Juiz acaba por adotar um

modelo dogmático-positivista, na pressuposição de uma sociedade estável e previsível, partindo daí a dificuldade de enfrentar as questões atuais caracterizadas como pós-positivistas, isto é, a realidade se revela muito mais complexa que o paradigma do silogismo e subsunção, sendo necessária a normatização e ponderação dos princípios para realização da justiça.¹¹

O *quadro* existente nessas situações, em razão dessa viciada adaptação à judicatura sem reciclagem e aperfeiçoamento, passa a ser prejudicial à sociedade. O ciclo da falta de formação permanente leva o juiz ao trabalho burocrático, repetitivo, com códigos próprios, e do próprio prejuízo à carreira em razão da não obtenção de títulos para promoção.¹²

Muniz de Aragão, em artigo sobre formação de Magistrados no Brasil, sugere que sejam fornecidos aos juízes do interior cursos de aperfeiçoamento indispensáveis à atualização de seus conhecimentos profissionais e acrescenta

desde que não é possível, dadas as condições em que se encontra o interior brasileiro, convocar para a magistratura apenas juristas-consultos de escol, como sucede na Inglaterra, é de todo interessante que sejam voltadas as atenções dos juristas e legisladores para o material humano que é possível contar, proporcionando a essa matéria-prima a necessária lapidação através de cursos de

¹¹ Trecho extraído de artigo do Juiz Federal Danilo Fontenele Sampaio Cunha, A formação do Juiz e três modelos de magistrados. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*.

¹² Art. 93, II, da Constituição Federal c/c art. 8º da Resolução n. 106 do CNJ que trata da aferição do merecimento conforme o desempenho pela frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento.

formatura e aperfeiçoamento, ou, no mínimo, apenas destes na impossibilidade de estabelecer também aqueles, como tentativa de dar ao problema uma solução condizente com a sua inegável transcendência.¹³

Daí não há como deixar de ressaltar o trabalho desenvolvido pelas escolas de formação existentes nas associações, nos tribunais e, principalmente, pela ENM, buscando encontrar meios de equilibrar essa difícil equação.

CONCLUSÃO

A ENM é uma Entidade de extrema importância para o Poder Judiciário, com espaço conquistado historicamente e respeitado por todo o Brasil, sendo pioneira neste trabalho de formação do magistrado e em priorizar a formação permanente do Juiz, principalmente do interior, e estimulá-lo a continuar estudando e se aperfeiçoando a fim de evitar prejuízos não só para a magistratura, mas para toda a sociedade.

¹³ MUNIZ DE ARAGÃO, Egas Dirceu em artigo FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE JUÍZES, na coletânea de artigos sobre Recrutamento e Formação de Magistrados no Brasil, editora Juruá, 2007, coordenadores José Maurício Pinto de Almeida e Márcia Leardini.

7

LEI E JUSTIÇA NO ESTADO DEMOCRÁTICO

Paulo Nader

1. O ESTADO DEMOCRÁTICO

Com o tema em pauta e pela via filosófica, pretende-se a fixação de parâmetros relativamente à lei e à justiça no Estado democrático. É neste ambiente de organização política, que exalta a liberdade e preconiza a igualdade substantiva entre os indivíduos, que a lei e a justiça encontram as condições mais favoráveis à sua plena efetivação. E isso se deve, fundamentalmente, à legitimidade pelo *procedimento* e pelo *conteúdo*. O índice de efetividade do *Jus Positum* tende a manter-se elevado quando em sua formação ocorre a cumplicidade do corpo social e quando os seus preceitos são a expressão do justo verdadeiro.

Há vocábulos de uso corrente que não ensejam compreensão precisa, uniforme, fato que sugere a crença de que mais difícil é a sua precisão conceitual quando intensamente empregados.¹ Isto se passa com o termo *democracia*, de largo uso na Ciência Política neste início de século, no debate parlamentar e em todos os círculos onde se analisam temas afetos ao interesse público. Não obstante, forma-se algum consenso em torno de sua identidade mediante a aceitação de uma principiologia básica.

¹ Érico Veríssimo, na obra *O Senhor Embaixador*, pelo diálogo de personagem, com procedência indaga: “Quem é que sabe hoje, com certeza absoluta, o sentido de palavras que usamos com tão leviana freqüência como *liberdade*, *paz*, *direito e justiça*?”. 19. ed. Porto Alegre: Editora Globo, s/d., p. 4.

O sistema democrático de governo pressupõe não apenas a adoção de *procedimentos* de participação popular na vida política do Estado, mas também o acolhimento de princípios substantivos garantidores da dignidade da pessoa humana. Ao primeiro requisito costuma-se denominar *Democracia Formal* e, ao segundo, *Democracia Substancial*.

Não basta ao *ideal democrático*, a ideia, oriunda da tradição romano-medieval, de que *a autoridade do governante advém do povo*, nem a presença de mecanismos constitucionais, que condicionam a titularidade do poder ao sufrágio universal. Pelo processo de eleição popular tem-se a legitimidade apenas da ocupação do cargo de governante, já a instância de legitimação dos atos deve ter por paradigma aqueles princípios tutelares da *vida, liberdade e igualdade de oportunidade*. Certas práticas políticas são consideradas, atualmente, inerentes ao processo democrático, como a da *alternância do poder* e a da *solução pacífica dos conflitos sociais*.

Não é simplesmente a origem quem confere legitimidade à lei; a emanção de um poder nascido do voto popular não lhe é suficiente. É indispensável, também, que os critérios de ordenação social se harmonizem com o referencial apontado e que atua como limite ético da lei. Na concepção liberal, o sufrágio universal instaura o Estado democrático, enquanto que para as doutrinas socialistas ele é apenas um ponto de partida. Conforme destaca Norberto Bobbio, no entendimento de que a Democracia é governo do povo para o povo, tem-se pelos procedimentos *o governo do povo* e, no conteúdo, *o governo para o povo*.²

2. A LEI

A forma de expressão jurídica que se pretende analisar neste item é a da *lei em sentido próprio*, que se distingue das demais fontes formais por ser um texto aprovado pelo Legislativo e promulgado. Nem sempre este é o seu autor de fato, pois quanto mais técnica for a lei mais tende a ser elaborada por um corpo de especialistas na matéria correspondente. Em qualquer hipótese o legislador deverá manter sintonia com a sociedade, não só para identificar os setores

² Em *Dicionário de Política*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, s/d, vol. 1, p. 328.

da realidade que necessitam de uma nova disciplina, como também para extrair daquela fonte certos critérios de orientação. A sociedade, porém, não é uma fonte suficiente à elaboração dos diplomas legais. A Ciência do Direito em geral e em especial a Dogmática Comparada subministram ao legislador conceitos e princípios modernos a serem considerados.

Em princípio, os valores a serem consagrados na lei devem ser os praticados nas relações sociais, todavia pode ocorrer a hipótese de o legislador alcançar estimativas que melhor se ajustem à ordem natural das coisas. É que o autor da lei deve operar também em sintonia com a Filosofia do Direito, que é uma permanente fonte de consulta a que recorre. Num primeiro plano, deve considerar os critérios de aferição ética ditados pela moralidade social, sem renúncia aos princípios advindos da Moral Natural.

2.1 A linguagem

Para que as leis se mostrem acessíveis ao conhecimento de seus destinatários, devem ser redigidas com simplicidade, evitando-se a linguagem rebuscada e os excessos terminológicos. Não se cogita, hoje, do abandono de termos técnicos, que apenas contribuem para a precisão do processo de comunicação. Como destaca Boris Starck, o perigo de se renunciar o mundo dos conceitos jurídicos “est que la langue vulgaire ne permet pas d’identifier les concepts en toute sécurité et comporte une imprécision incompatible avec la délimitation exacte que requiert la norme de droit”.³

De todas as ciências, é a do Direito a que oferece a mais rica e variegada terminologia, ensejando a precisão na manifestação do pensamento e, ao mesmo tempo, a beleza na linguagem. O *belo* pode ser cultivado, bastando a simplicidade e a *elegantia iuris*. Tais valores – o belo e a clareza – devem ser alcançados recorrendo-se apenas à linguagem comum e à terminologia específica do Direito. Diante da suficiência da linguagem jurídica, injustificável a busca de vocábulos em outras ciências.

³ *Introduction au Droit*. 3. ed. Paris: Éditions Litec, 1991, p. 141.

2.2 Conteúdo ideológico

A lei deve fazer parte de um macroprojeto da sociedade e expressar os princípios que nela preponderam historicamente. A organização social que se funda na Ciência da Administração é planejada segundo moldes ideológicos. A filosofia que se pretende implantar na administração pública e fazer prevalecer na esfera privada é o ponto de partida para o planejamento de leis. É pelas diretrizes fixadas na constituição federal que se delinea o perfil ideológico da sociedade e em se tratando de Estado democrático a grande definição nasce no âmbito do partido político. A lei vem a ser a herdeira de uma ideologia politicamente vitoriosa. A opção ideológica é, pois, um dos *a priori* à tarefa de se legislar, pois dela dependem as grandes tendências da legislação.

As ideologias se apresentam como um corpo de princípios que visa a dar efetividade a uma filosofia política. Em torno das distintas tendências formam-se as doutrinas que lhe dão sustentação e onde proliferam estudos filosóficos, sociológicos, econômicos e jurídicos. Ela cerca de proteção os interesses fundamentais. Se a filosofia já se acha implantada no Estado sobrelevam-se de importância os valores *estabilidade* e *segurança*. Quando o regime idealizado consiste apenas num plano a efetivar-se em lugar daqueles valores, apresentam-se os que exaltam as mudanças, as transformações sociais, antevendo a ação de golpes ou revoluções. Se o regime vigente é o capitalista a ideologia que o embasa cerca-o de proteção contra as tentativas de implantação do *socialismo*. Na opinião de Eduardo Novoa Monreal “... el socialismo ha ganado el poder del Estado solamente mediante revoluciones”.⁴ Penso que o jogo democrático, que implica a coexistência de correntes, partidos políticos e ideologias alternativas, enseja abertura para modificações, todavia o processo é lento e cercado por dificuldades.

Há ideologias de natureza utilitária que se centralizam no fator econômico, em outras prepondera a visão ética da sociedade. O pleno funcionamento da sociedade pressupõe uma ampla ideologia voltada tanto para aspectos econômicos, quanto de exaltação da pessoa humana. É certo que a justiça social pressupõe uma filosofia de repar-

⁴ *Derecho, Política y Democracia*. Bogotá: Temis, 1983, p. 23.

tição de bens. As duas ideologias se encontram, pois se o econômico é exaltado em primeiro lugar o objetivo último há de ser o bem-estar social. Se as reflexões situam a pessoa humana num plano de dignidade, a postura não pode ser meramente contemplativa, mas há de considerar os critérios de produção de bens e de sua distribuição entre os indivíduos.

A alternativa majoritária que se apresenta modernamente é a que divide as atenções doutrinárias entre as correntes liberais e as intervencionistas. Nos Estados capitalistas, que preponderam em todo o mundo neste início de milênio, a *livre iniciativa* é uma de suas marcas principais. Entrega-se a economia ao *livre jogo de mercado*, exercendo os governos apenas a função de monitoramento, cuidando de evitar as distorções notadamente nos sistemas de produção e de circulação de riquezas. Já para os Estados socialistas, condicionados aos princípios de *justiça social*, a intervenção direta na economia é questão fundamental, pois visa a impedir o desequilíbrio notadamente na repartição das riquezas. Enquanto os Estados capitalistas realizam mais acentuadamente a *Democracia Formal*, os socialistas promovem a *Democracia Substancial*. Isso se reveste de veracidade no plano teórico, sendo possível que na prática um mesmo Estado, capitalista ou socialista, alcance o ideal democrático sem restrições. Em termos absolutos a Democracia é um ideal que não se atinge, pelo menos dentro da atual quadra histórica. É possível, entretanto, que a utopia de hoje se converta em realidade no futuro, pelo menos é nesse sentido o esforço atual dos cientistas políticos, sociólogos e humanistas em geral.

2.3 Partidos Políticos

Cada partido político deve corresponder a uma linha personalizada de pensamento, a uma concepção de organização administrativa e de vida coletiva. A orientação doutrinária deve ser assistida por especialistas nas diversas áreas de interesse dos indivíduos e de grupos sociais. Na raiz do quadro ideológico é indispensável uma determinada projeção da pessoa humana e seus direitos fundamentais. Em um partido político o centro de discussões gira em torno de ideias básicas, tanto da associação quanto de seguidores e arautos. É relevante o es-

tudo sobre a pessoa humana e tudo de importante que lhe diz respeito, assim como sobre a sociedade e seu funcionamento. Quanto ao ordenamento jurídico vigente, os partidos devem desenvolver juízos de valor, tomando por referencial a sua própria ideologia. As suas manifestações e lutas se guiarão pelo interesse em ajustar a constituição e leis à sua doutrina.

Há de haver correspondência entre a linha doutrinária dos partidos políticos e pelo menos alguma parcela ponderável da sociedade, pois sem esta correspondência básica sequer haverá a formação das facções.

Como resultado de uma ideologia historicamente consagrada, a lei no Estado democrático há de ser instrumento da liberdade e dos direitos humanos fundamentais. E o sentido de liberdade deve prevalecer a partir de sua elaboração, que deve se fazer pelas mãos dos representantes do povo. No parlamento há de ser amplamente discutida, tomando-se por paradigma a realidade social que irá reger e ainda os princípios básicos da justiça. Para cumprir bem a sua tarefa o legislador buscará subsídios na visão sociológica, que lhe dará o retrato do momento histórico, dos fatos sociais e princípios de moralidade social. A sociedade alvo das leis não será a sociedade imaginada, mas a que se faz presente com o seu grau de desenvolvimento, seu sistema de produção, a índole de seu povo. E não será bastante o exercício sociológico com a emissão de juízos de constatação, tornando-se imperiosa a procura do aperfeiçoamento ético das relações não só interindividuais, mas ainda a dos indivíduos com o próprio Estado. O *homem* há de ser repensado permanentemente, porque as questões sociais se reduzem sempre ao ser humano.

De um lado a lei precisa de ordenar a estrutura do Estado, cuidando que este seja realmente um instrumento do povo. Se a estrutura do Estado estiver comprometida com um regime autoritário não terá condição de gerar os meios, fórmulas e recursos que implementem as relações sociais de acordo com o modelo democrático. É preciso que a fôrma seja democrática para que as criações do Estado também o sejam.

Se o Estado lograr êxito em promover a efetivação da justiça nas relações humanas a sua missão estará cumprida. Mas a justiça a ser

alcançada não se limitará ao critério do justo historicamente convenido, estendendo-se também ao justo substancial.

A democracia há de ser entendida como o regime da liberdade, da justiça, dos direitos humanos e do Estado de Direito.

2.4 Lei e Costume

Nos Estados contemporâneos, organizados sob o primado da codificação, a lei se revela como a principal forma de expressão do Direito Positivo. A experiência, notadamente a partir do final do século XVIII, vem progressivamente substituindo o *Direito Costumeiro* pelo *Jus Scriptum*. Este se mostra em condições de acompanhar mais rapidamente os movimentos de transformação social. Enquanto a forma consuetudinária se amolda adequadamente ao querer social, pois produto da própria coletividade, o Direito legislado muitas vezes se distancia da realidade a que se destina, seja por não acompanhar a dinâmica dos fatos históricos, quando se faz anacrônico, seja porque se baseia numa sociedade ideal, circunstância que o faz padecer de *artificialismo* e lhe dá conotação *utópica*.

Do ponto de vista do ideal democrático, a primeira conclusão é que o Direito Costumeiro melhor atende aos interesses do povo. Isso nem sempre corresponde à realidade, pois boa parte das normas consuetudinárias não se forma espontaneamente nas práticas interindividuais e sim pelo raciocínio dos juristas, que possuem credibilidade, são consultados e influenciam as condutas. As codificações, por seu lado, podem e devem atender às expectativas da sociedade, ajustando-se às conveniências históricas. O fundamental nas duas formas de expressão é que as normas jurídicas se adaptem aos fatos sociais e realizem o valor justiça.

A lei se apresenta, *prima facie*, como um meio apto a promover a *segurança jurídica*. Devido a sua forma escrita e a facilidade de sua divulgação, tem-se que a lei favorece os processos de cognição. Em tese isto é verdadeiro, mas na prática tal vantagem sobre os costumes não se confirma. Nem sempre o esquema legal se reveste dos predicados de clareza, simplicidade e concisão, essenciais à compreensão da *mens legis*. O texto mal elaborado, em lugar de proporcionar *certeza ordenadora*, gera a dúvida e com isso a insegurança jurídica.

2.5 Limites da Lei

Haverá limites à lei, além dos princípios fixados na Constituição Federal? Em se tratando de Estado realmente democrático, sua constituição já consagrará os direitos humanos fundamentais. Daí que a crítica às leis ordinárias se deverá fazer apenas visando a constatação de que seus dispositivos estão respeitando ou não a Lei Maior. Onde, porém, as constituições não reúnem expressamente tais predicados de proteção à pessoa humana, tenho para mim que um mínimo de princípios de proteção ao *ser racional* deverá ali estar presumido. Sob o nome de *Concepção Humanista do Direito*, venho sustentando ultimamente, numa etapa de evolução e consequência de ideias anteriores, a presença compulsória de certas normas garantidoras da *vida, liberdade e igualdade de oportunidade*, sem o que teremos a Filosofia do Direito justificando toda e qualquer forma de *autoritarismo* e identificando por Direito *qualquer norma emanada ou imposta pelo Estado*.

Conseqüentemente, para a validade da norma jurídica é indispensável não apenas que ela se harmonize com as normas constitucionais, mas que se afine também com aqueles três princípios. A ideia não é de conferir aos magistrados o poder de criar o Direito. Uma vez generalizada a convicção de que só haverá Direito Positivo onde houver promoção efetiva da pessoa humana, teremos a doutrina jurídica sedimentando não apenas os princípios mas ainda normas a serem observadas, nas relações interindividuais, pelo legislador e tribunais.

O Direito, todavia, não pode ser visto apenas como uma técnica de disciplina de fatos. A sua natureza não é meramente instrumental, como deseja Monreal, para quem “El derecho indica tan solo la forma y las condiciones externas en que tal contenido y orden serán impuestos... el derecho no es sino el instrumento de una determinada concepción política”.⁵ A insuficiência dessa visão é patente, pois reduz o Direito apenas a uma de suas dimensões – norma. Ora, o próprio autor chileno, portador de uma lúcida visão do *Jus Positum*, não obstante

⁵ *Op. cit.*, p. 10 e 11.

contraditória nesse ponto, deixa claro que há limites para o legislador: “...Ello significa que el derecho no puede imponer de modo ilimitado cualquier conducta social, al libre criterio de quien legisla...”⁶

2.6 Lei e globalização

O fenômeno da *globalização da economia*, que marca a transição dos milênios, embora os incentivos que traz ao intercâmbio geral, notadamente ao acelerar a mobilidade do homem no espaço, deste fazendo *um cidadão do mundo*, não pode subtrair do Estado a soberania popular, nem alterar a configuração do Direito interno, a ponto de provocar um divórcio entre a lei e a sociedade. À medida que se ampliam os elos entre o Estado, seus congêneres e organismos internacionais, necessária a revisão nos *fatores da nacionalidade*, entre os quais o Direito, a língua, a moeda, a fim de que o Estado não perca a sua identidade. A adesão a tratados internacionais, sem uma prévia análise dos interesses da sociedade, pode conduzir à formação de leis desprovidas de *legitimidade substancial*.

O sentido de justiça deve prevalecer na ordem internacional, pois as iniciativas econômicas e culturais não devem servir de instrumento a qualquer ânsia imperialista. O grande objetivo da globalização ampla deve ser a troca de experiências, a soma de esforços diante dos objetivos da *Humanidade* e o acesso de todos às conquistas da ciência e da tecnologia.

Se os compromissos de integração do Estado a determinados organismos internacionais, quando não precedidos da análise devida, podem redundar em perdas significativas, igual efeito prejudicial poderá advir da resistência injustificada à marcha do progresso. O *misoneísmo* configura uma prática intolerável, pois contraria os interesses da sociedade em ascender aos novos estádios de avanço da técnica e da ciência.

3. A JUSTIÇA COMO VALOR

Na sociedade efetivamente democrática, a justiça que se busca pelo instrumental legislativo não é a meramente convencional, nem

⁶ *Op. cit.*, p. 33.

a que se contenta com a *igualdade formal*. Tem-se em mira a justiça substancial, que se guia por critérios humanísticos, onde o *dar a cada um* não corresponde às medidas da justiça comutativa. É um critério que se identifica com a *questão social* e se funda na *ordem natural das coisas*. Sociedade justa é a que promove a dignidade humana e preserva a igualdade de oportunidade entre os homens.

No Estado democrático a lei tende a ser justa, pois o processo legislativo deve ser transparente e marcado pelo debate e consulta à opinião pública. Há, todavia, em toda lei, devido principalmente à sua *abstratividade*, um resíduo de injustiça, que deve ser administrado pelo Judiciário de acordo com os recursos técnicos que o ordenamento jurídico lhe oferece. Tendo em vista a possibilidade de o povo vir a influenciar na legislação, tem-se, como ponto de partida, que a lei deve ser cumprida independentemente de seu conteúdo. É que o ordenamento deve dispor de recursos que possibilitem sempre a revisão das leis e a sua retificação. Se a aplicação das *leis injustas* pudesse ser afastada pelo Judiciário, este estaria praticando uma intromissão intolerável na esfera de competência do Legislativo e atuaria como um *super poder*. Além disso, as consequências sociais seriam desastrosas, pois a *certeza do Direito*, que é um valor relevante embora difícil de ser alcançado plenamente, cederia ao *subjetivismo* notadamente dos julgadores, fazendo periclitar a *segurança jurídica*, que é a meta imediata de todo o sistema jurídico. Tem-se como assentada na doutrina que a segurança jurídica é um pressuposto da distribuição da justiça no meio social.

O valor justiça é o alvo maior das leis e corresponde a uma permanente aspiração da sociedade. A lei define o *justo convencional* a ser aplicado a determinadas situações, mas o conceito mesmo desse valor tem sede na esfera filosófica, especificamente na Ética.

Os critérios do justo variam historicamente no tempo e no espaço e se condicionam às ideologias dominantes. Enquanto no *Estado socialista* a repartição de bens deve atender para as necessidades humanas, sob o regime *capitalista* o paradigma passa a ser a capacidade. Isso sob a óptica da justiça convencional, porque a justiça substancial não flutua em razão de ideologias, pois o seu referencial é a *ordem natural das coisas*, que é estável.

Uma das questões polêmicas que envolvem a matéria consiste na indagação se existe a chamada *justiça absoluta*, aquela que se mantém sempre a mesma, cujos princípios são permanentes. Nesse ponto estabelece-se um dissídio entre as correntes positivista e jusnaturalista. Para a primeira, a ideia do justo é contingente e varia de acordo com a latitude e altitude, conforme observação de Blaise Pascal. Sendo o Direito um processo histórico, as medidas do justo seriam acessíveis às transformações sociais. Para os pensadores que sustentam a existência de uma instância jurídica superior à das leis e dos códigos, a que se chama *Direito Natural*, além da justiça relativa, que se amolda às circunstâncias da época, haveria uma gama de princípios fixos, imutáveis e universais, pois se fundariam numa realidade estática, que é a *natureza humana* em sua essência.

Tenho para mim que a ideia de justiça alberga uma essência indistacável das noções de pessoa humana e de Direito. A observação da realidade nos mostra que o ser humano, em todos os lugares e épocas, reconhece os valores *vida, liberdade e igualdade de oportunidade*. Eis aí princípios gerais que devem nortear toda a experiência jurídica e sem qualquer limite temporal ou espacial. Nesta essência radica a noção de justiça absoluta. De um modo geral, os critérios de justiça que não se interligam àquela essência não possuem validade absoluta e são cambiáveis historicamente.

4. A JUSTIÇA COMO INSTITUIÇÃO

A palavra justiça é um termo análogo, pois se aplica a dois conceitos distintos, mas que se interligam. É empregada tanto como valor – um dos fatores que integram o Direito – quanto para identificar o órgão especializado na aplicação das leis – Poder Judiciário.

Na vida jurídica de um Estado Democrático não são relevantes apenas os procedimentos de formação das leis e seu conteúdo. Como um corolário do processo democrático, o Judiciário há de estar organizado e funcionando em sintonia com os princípios que identificam aquele sistema político. A exemplo dos demais Poderes, deve ser transparente e exercer o *processo democrático*, que exige o contraditório como requisito dos julgamentos. Toda decisão judicial, seja interlocutória ou final, deve ser precedida de fundamentação, onde o

magistrado expõe as razões de fato e de Direito que a motivaram. A legislação ordinária brasileira ainda não se acha devidamente afinada com os ideais democráticos instituídos em nossa Lei Maior.

O Judiciário, como bom intérprete do Direito, deve acompanhar os fatos sociais e ser receptivo, nos limites do ordenamento vigente, aos clamores sociais. A relação entre o juiz e a sociedade, embora sem barreiras burocráticas, pressupõe a observância dos postulados éticos da magistratura. Apesar de se manter sensível ao drama judiciário não deve o juiz tolerar os chamados “embargos auriculares”, seja por iniciativa das partes, seja de seus patronos.

Vê-se, assim, que os juízes não são mero operadores jurídicos, que se utilizam da lógica jurídica como verdadeiros autômatos. No silogismo jurídico atuam ativamente, não apenas na interpretação da norma que se erige à condição de *premissa maior*, como também na diagnose dos fatos, configuradora da *premissa menor*.

Pensam alguns que a democratização do Judiciário teria um pressuposto fundamental: a escolha de seus membros em sufrágio universal, o que não é da tradição brasileira, onde a seleção dos novos juízes se faz mediante concurso público de provas e de títulos. Entre as críticas que se fazem a esse poder é comum incluir-se esta, para em seguida se negar legitimidade aos ocupantes dos cargos.

Entendo que a modalidade brasileira de seleção de novos juízes se acha afinada com os princípios inerentes ao Estado democrático, porque enseja igualdade de oportunidade. Não faz sentido, também, acoiar esse poder de ilegítimo, uma vez que seus integrantes não possuem poder discricionário na aplicação do Direito, salvo em situações determinadas pela própria ordem jurídica. Nesta última hipótese devem fundar as decisões não em critérios de sua predileção, mas em princípios objetivos constantes no próprio ordenamento jurídico do Estado e nos fatos da época.

Adotado o principal modelo alternativo de seleção, mediante escolha direta pelo povo, é difícil imaginar o Judiciário, hoje um órgão contido na lei, na discricção, na equidistância, conservando esses predicados nos períodos pré e pós-eleitoral.

O predicado de legitimidade no cargo é fundamental aos que se acham investidos do poder de estabelecer diretrizes sociais, o que não

é a hipótese do Poder Judiciário, que atua como guardião da constituição votada por representantes do povo. Esse poder não é suscetível, assim, de avaliação sob o prisma da legitimidade, apenas pelo de legalidade da investidura e de exercício do cargo.

Além de um ordenamento substancialmente justo, de um Judiciário organizado e apto a funcionar, o *acesso a justiça* há de estar ao alcance efetivo das pessoas, qualquer que seja a classe social ou a condição econômica. Ele deve ser entendido não apenas como a possibilidade real de o cidadão ingressar em juízo, mas ainda a de exercer o direito de resposta com a amplitude necessária. Todo o imenso aparato jurídico e judicial será insignificante se a via que conduz à prestação jurisdicional não for acessível a todos. Para tanto, o instituto da *assistência judiciária* se destaca por sua importância, devendo integrar a chamada *justiça distributiva*. Pela importância da função que desempenham as defensorias públicas precisam estruturar-se em função do volume de demanda.

Nos últimos anos, importantes leis foram editadas no Brasil e que favorecem o acesso de todos ao Judiciário e o provimento de seus interesses fundamentais. Em estudo dedicado ao tema, Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho arrola alguns diplomas legislativos que democratizam o Direito e a Justiça em nosso país

...com a vigência da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), Lei de Pequenas Causas (7.244/84), hoje Juizados Especiais Cíveis e Criminais (9.099/95), do Código de Defesa do Consumidor (8.078/90) e das recentes alterações do Código de Processo Civil (em especial, com as inovações da Lei 8.952/94), do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90) e da Lei Antitruste (8.894/94).⁷

Na verdadeira democracia o acesso à justiça deve ser compreensivo tanto do ato de se pedir quanto do amparo da lei ao que se quer e se precisa pedir.

Como um dos valores básicos da democracia, o acesso à justiça deve ser cultivado em todos os seus aspectos. Não basta que a legis-

⁷ Democracia e Acesso à Justiça. *Seminários Friedrich Naumann/IUPERJ*, nº 5, Rio de Janeiro, julho de 1997.

lação esteja afinada aos ideais de liberdade e promova teoricamente a dignidade da pessoa humana em suas relações de vida. Indispensável é também que o aparelho judiciário esteja próximo aos jurisdicionados. Nos municípios de ampla base geográfica, as distâncias devem ser consideradas, a fim de que as dificuldades de transporte e o tempo de locomoção não atuem como desestímulo à busca da efetividade dos direitos subjetivos.

O aperfeiçoamento do acesso à justiça em grande parte é uma questão, também, de aperfeiçoamento da Ciência Processual. Ao ver de Mauro Cappelletti e Bryant Garth

O acesso não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.⁸

5. O ESTADO DE DIREITO

A temática subordinada ao tema em epígrafe é importante, independentemente do sistema político vigente em determinado Estado. Seus estudos se intensificam na medida em que as práticas políticas se afastam do Estado de Direito. Sob os regimes autoritários, tanto os politicólogos quanto os jurisfilósofos possuem o dever cívico de acusarem os desvios do Estado de Direito. E quanto maior o seu prestígio e autoridade científica, maior também a probabilidade de virem a influenciar no processo de mudança política. Em nosso país, no ano de 1977, quando se comemorava o *sesquicentenário da criação dos cursos jurídicos*, o professor Gofredo Telles Júnior, antigo catedrático da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, lia nas *Arcadas* a sua famosa *Carta aos Brasileiros*, onde proclamava os princípios inerentes ao Estado de Direito, numa evidente advertência aos governantes da época.

O Estado democrático necessariamente há de ser o de Direito, pois os ideais de liberdade, situados em seu cerne, pressupõem o im-

⁸ *In* Acesso à Justiça. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 13.

pério da lei e da justiça. Essencialmente o Estado democrático é o Estado da justiça e da liberdade. Quando se fala em Estado democrático, deve-se entender, conseqüentemente, *Estado Democrático de Direito*. Já os Estados de Direito não pressupõem, correspectivamente, aquele sistema político, embora a democracia constitua o ambiente mais propício à sua formação e aperfeiçoamento. É possível, sob a égide de um Estado autoritário, que alguns princípios democráticos básicos sejam preservados. Poder-se-á ter o *governo para o povo*, não o *governo pelo povo*.

No Estado de Direito o Estado não se apresenta apenas como Estado-sancionador, nem fica imune às sanções legais. Ele se submete também aos mandamentos constitucionais como pessoa portadora de direitos e de deveres. Assim, pode ser tanto sujeito ativo quanto passivo numa relação jurídico-processual.

Os *direitos humanos* são uma categoria indissociável do Estado de Direito e, nos Estados em que a democracia é uma realidade e não apenas um jogo semântico, eles são consagrados nas constituições. O nível democrático de um Estado pode ser aferido no grau e no modo de tutela aos *direitos humanos*.

A comunidade internacional, e não os Estados isolados, se voltam para o estudo e reflexão em torno de direitos fundamentais ao ser humano e que devem ser alvo especial da proteção estatal. Mundialmente forma-se uma convergência de pensamento a respeito e organizações não governamentais se ocupam da efetividade de seus princípios. A questão dos *direitos humanos* não é hoje um interesse interno dos Estados.

Não obstante a circunstância de o Direito Positivo dever se amoldar às condições de cada povo, há um denominador comum de princípios que são válidos universalmente e isso ocorre porque se referem a uma realidade única, que é a pessoa humana. O Direito não possui, assim, um conteúdo apenas nacional, histórico, mas também humano, o que impõe uma uniformidade básica de comandos entre os diferentes povos.

Tais direitos se originam, em última análise, do *Direito Natural*, que se corporifica em grandes princípios e não em preceitos. Possuem assim uma ampla *abstratividade* e também *generalidade*. A partir deles os Estados consagram os *direitos humanos*, que são enunciados que

visam a proteção de interesses fundamentais e possuem menos abstratividade e generalidade do que os princípios do Direito Natural.

6. CONCLUSÕES

6.1. O Estado democrático é o império da lei e, mais do que isso, do Direito substancialmente justo. Nele a liberdade assume a condição de valor fundamental e a ser preservada, em suas múltiplas formas de manifestação, pelo ordenamento. *A democracia plena exige a representação popular e a justiça além das formas e das convenções.*

6.2. A lei se desponha na sociedade como o grande instrumento da efetivação do sistema democrático. Deve ser o receptáculo de uma ideologia centrada na pessoa humana e preservar os valores vida, liberdade e igualdade de oportunidade.

6.3. O critério de busca da vontade real do povo não pode ser outro senão o da pesquisa científica e qualquer manifestação só pode ser considerada quando o povo estiver suficientemente esclarecido a respeito da matéria. Há manifestações de primeira hora em que o povo exhibe reações puramente emocionais. Isso se dá diante de algum fato concreto que desperta a sensibilidade das pessoas e a mídia muitas vezes induz as primeiras reações.

6.4. Não satisfaz aos anseios democráticos a promulgação apenas de leis materiais, ainda que consagrem amplamente os ideais de liberdade e promovam a dignidade da pessoa humana. A fim de que os direitos, assim definidos em leis, possam ganhar a maior efetividade, paralelamente devem ser editadas leis processuais aperfeiçoadas, que permitam a rápida tramitação dos feitos e instrumentalizem a justiça do caso concreto.

6.5. O Poder Judiciário deve ser o grande vanguardeiro da efetividade da lei e, conseqüentemente, dos ideais democráticos. A prestação jurisdicional não consiste no carimbo da lei aos casos concretos, mas é um ato de compreensão tanto da vida humana quanto do espírito da lei. *A justiça como instituição deve ser, ao mesmo tempo, uma ação de sabedoria e de coragem.*

6.6. O *acesso à justiça* no sentido democrático há de ser entendido não com a simples distribuição de um pedido encaminhado a uma

das varas ou com a amplitude da resposta, mas com a efetiva prestação jurisdicional, que não se identifica, por sua vez, com o *decisum* de procedência, senão com a aplicação da ordem jurídica na solução judicial da demanda. O ajuizamento de um feito é apenas uma etapa do processo democrático, seu vestibular. O *acesso à justiça* não se restringe à condição de quem deseja ingressar em juízo, pois é igualmente valor a tutelar aquele que é chamado para se defender. O *acesso à justiça* requer a efetividade do Direito material na questão judicialmente posta à apreciação.

6.7. O Estado de Direito é a marca dos tempos modernos e irreversível entre as nações civilizadas. Sem ele o Estado democrático não sobrevive. No Estado de Direito a lei dispõe sobre a organização da sociedade, disciplina as relações interindividuais e alcança efetividade. As pessoas jurídicas de Direito Público se submetem, tanto quanto os particulares, à ordem jurídica vigente. Ao Estado de Direito é inerente a proclamação dos direitos humanos fundamentais e o seu aperfeiçoamento se busca, em grande parte, com o aperfeiçoamento destes direitos.

6.8. A principiologia básica que informa os direitos humanos fundamentais deriva do Direito Natural e não é sensível às variações históricas. O que pode ocorrer é o advento de um período de decadência democrática e o empobrecimento do elenco positivo daqueles direitos. Afinal, não se deve confundir o *ser* dos direitos humanos com a sua listagem oficial nas constituições ou em leis.

6.9. Penso que os mais nobres princípios que norteiam os direitos humanos, consubstanciados nos valores vida, liberdade e igualdade de oportunidade, possuem presença presumida no ordenamento jurídico dos Estados. Não fora assim, o vocábulo *lei* seria um sinônimo de *Direito*.

6.10. Na raiz do modelo democrático e também do Estado de Direito e dos direitos humanos fundamentais encontra-se a ação dos filósofos da Política e do Direito. É no âmbito da reflexão, quando se estudam as instituições sociais públicas e privadas e a realidade da pessoa humana, que se aperfeiçoam aqueles modelos teóricos. Esses se transfundem em ideologias e ganham as doutrinas dos partidos políticos e, posteriormente, o corpo da constituição e da legislação ordinária.

7. BIBLIOGRAFIA

BOBIO, Norberto. *Dicionário de Política*. 3. ed. Brasília: Editora UnB, s/d.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

MONREAL, Eduardo Novoa. *Derecho, Política y Democracia*. 1. ed. Bogotá: Temis, 1983.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

STARCK, Boris. *Introduction au Droit*. 3. ed. Paris: Éditions Litec, 1991.

8

O EXERCÍCIO DO CICLO COMPLETO DE POLÍCIA NO ÂMBITO DA POLÍCIA MILITAR DOS ESTADOS DA FEDERAÇÃO E DO DISTRITO FEDERAL

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa

1. A SEGURANÇA PÚBLICA NA SEARA CONSTITUCIONAL

A Constituição Federal de 1988 diferentemente dos textos constitucionais anteriores buscou cuidar da segurança pública delimitando as atividades das forças policiais que são as responsáveis pela preservação dos direitos que foram assegurados a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no País.

Por força do pacto federativo, o texto constitucional permitiu aos Estados da Federação e também ao Distrito Federal organizarem as suas forças de segurança, mas estabeleceu que essas funções seriam exercidas pela Polícia Militar e também pela Polícia Civil, cada qual cuidando de um determinado aspecto relacionado com a defesa social.

No âmbito da União, a Constituição Federal reservou as atividades de segurança pública a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal, todas subordinadas ao Ministério da Justiça.¹

¹ LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 128-129.

O estabelecimento das atividades de segurança pública no âmbito do texto constitucional é uma conquista para o Estado de Direito, uma vez que permite com base na própria Constituição que a União, o Distrito Federal e também os Estados estabeleçam políticas efetivas voltadas para questões de ordem pública, incluídos nestes aspectos, conforme ensina Álvaro Lazzarini, a segurança, a tranquilidade e a salubridade públicas.

2. A POLÍCIA MILITAR NO ÂMBITO CONSTITUCIONAL

A Polícia Militar assim como a Polícia Civil possuem as suas atribuições estabelecidas no texto constitucional, o que permite em um primeiro momento delimitar quais são as atividades a serem desenvolvidas por esses dois órgãos policiais, que são importantes e até mesmo fundamentais para a manutenção dos direitos que foram assegurados no art. 5º, da Constituição Federal, dentre eles, a vida, a liberdade, a integridade, o patrimônio, dentre outros.

Segundo o estabelecido no art. 144, § 5º, da Constituição Federal de 1988, a Polícia Militar é a responsável pelo policiamento ostensivo e preventivo nos Estados da Federação, incluído nessa situação o Distrito Federal. Ainda segundo o art. 144, § 4º, a Polícia Civil é a responsável pelas atividades de polícia judiciária, ou seja, o exercício da investigação na busca dos elementos de autoria e da materialidade de um ilícito previsto no Código Penal brasileiro ou nas Leis Penais Especiais, menos as infrações militares.²

Apesar dessa divisão que não leva em consideração a natureza dos ilícitos penais estabelecidos no Código Penal e nas Leis Penais Especiais, percebe-se que a Polícia Militar atende ocorrências que não se limitam apenas a questões de natureza ostensiva e preventiva.

O cidadão principalmente nos pequenos centros urbanos vive situações que exigem da Polícia Militar a busca de soluções que possam impedir a ocorrência de ilícitos penais que ofendem diretamente os

² ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do Estado por atos das Forças Policiais*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.

direitos fundamentais que foram estabelecidos no vigente texto constitucional.

Devido a essa realidade, em muitos Estados da Federação tem-se reconhecido a competência da Polícia Militar para a lavratura de Termos Circunstanciados de Ocorrência – TCO, o que tem contribuído inclusive para um enfrentamento mais efetivo dos problemas que afligem a população, permitindo dessa forma que a Polícia Civil possa enfrentar questões de maior complexidade, as quais exigem um trabalho mais apurado de investigação.

Na realidade, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a atividade primeira da Polícia Militar, mas isso não significa que outros aspectos não possam ser aprimorados na busca de uma melhoria cada vez maior dos serviços que são colocados à disposição do cidadão, que é o destinatário dos serviços de segurança pública.

3. COMPETÊNCIA DAS FORÇAS POLICIAIS

Desde o surgimento do novo texto constitucional, e mesmo antes do seu advento, o sistema de segurança pública existente no País tem sido objeto de estudos e discussões, as quais acredita-se procuraram aprimorar as atividades que são executadas pelas forças policiais.

No Estado de Direito, as forças policiais desenvolvem um papel, conforme foi mencionado, de fundamental importância, e nenhum estudioso das questões de segurança pública pode negar essa realidade. A Administração Pública necessita dos agentes policiais para que possa assegurar aos administrados o cumprimento efetivo das leis, e também uma vida pautada na tranquilidade, e ainda na realização dos objetivos nacionais e também dos objetivos de cada uma das pessoas que vivem no território nacional.

Apesar do papel desenvolvido pelas forças policiais existem, alguns setores que acreditam que a divisão existente nos Estados da Federação em Polícia Militar e Polícia Civil seria um entrave para a melhoria do sistema de segurança pública, ou conforme a terminologia que tem sido empregada do sistema de defesa social.

Mas, percebe-se com base nas atividades que são desenvolvidas pelos órgãos policiais que não existe nenhum entrave, e que em mui-

tos países que integram o denominado primeiro mundo existe mais de uma força policial para cuidar das questões relacionadas com a defesa social e o bem-estar do cidadão.

Na atual conjunta brasileira, o que se deve discutir e que há muito tempo tem sido defendido por Álvaro Lazzarini³ é a regulamentação do § 7º, do art. 144, da Constituição Federal de 1988, o que permitirá no âmbito dos Estados uma maior integração e efetividade das forças policiais.

Uma análise mais acurada do § 7º, do art. 144, leva a percepção que o aprimoramento do sistema de defesa social passa por uma mudança nas atribuições e não na extinção das atividades que são desenvolvidas pelas forças policiais, permitindo assim uma maior efetividade das polícias no exercício de suas funções.

4. O CICLO COMPLETO DE POLÍCIA

A atividade das forças policiais no âmbito dos Estados encontra-se dividida com base no exercício de funções. A Polícia Militar é a responsável pelo policiamento ostensivo e preventivo, enquanto que a Polícia Civil é a responsável pela polícia judiciária, realização de investigações na busca da elucidação das infrações criminais.

O estabelecimento dessa divisão leva a ausência do ciclo completo de polícia, ou seja, a possibilidade do órgão policial fazer o levantamento, a investigação preliminar do fato ilícito, e, posteriormente, proceder à prevenção, e por consequência a prisão dos infratores, com a apresentação dos elementos necessários para que o Ministério Público possa proceder ao oferecimento da ação penal.

No atual sistema de defesa social, apenas a Polícia Federal em razão de sua competência é que possui o ciclo completo de polícia, para que possa atuar no combate ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes, tráfico internacional de mulheres, nas questões portuárias e também junto aos aeroportos, além de outras funções que fazem parte de sua competência.

³ LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 115.

A adoção do ciclo completo de polícia para a Polícia Militar, e também para a Polícia Civil, permitirá que as forças policiais nos Estados-membros da Federação e também no Distrito Federal possam realizar um trabalho com uma maior sistematização.

Nesses casos, a divisão do trabalho policial não mais será feita com base na divisão de atividades de polícia ostensiva e preventiva, mas com base em áreas de atuação, como, por exemplo, crimes contra o patrimônio, leis especiais, dentre outros.

5. ÁREA DE ATUAÇÃO EM RAZÃO DO CICLO COMPLETO DE POLÍCIA

A regulamentação do § 7º, do art. 144, da Constituição Federal de 1998, com a concessão do ciclo completo de polícia não só para a Polícia Militar como também para a Polícia Civil, permitirá a delimitação das áreas de atuação de cada força policial, levando, dessa forma, a um aprimoramento das relações do Estado-administração com os destinatários dos serviços de segurança pública.

A Polícia Militar que no decorrer dos anos tem exercido as funções de policiamento ostensivo e preventivo, ficando responsável pelos crimes que estão relacionados diretamente com essas funções, como, por exemplo, os crimes contra o patrimônio, furto, roubo, roubo seguido de morte, estelionato, dentre outras fraudes.

Além disso, a Polícia Militar poderá atuar ainda nas chamadas infrações de menor potencial ofensivo, as quais em muitos Estados da Federação já se encontram na competência da Polícia Militar, que passou a elaborar os Termos Circunstanciados de Ocorrência, como acontece nos Estados de São Paulo, de Santa Catarina e outros da Federação.

A matéria relacionada ao Trânsito nas cidades conforme já se encontra estabelecida no vigente Código de Trânsito pode permanecer mediante convênio com a Polícia Militar, o mesmo ocorrendo com a matéria ambiental.

As atividades de Polícia Rodoviária onde a Polícia Militar no decorrer dos anos já se destaca deve permanecer com a Polícia Militar, ressalvadas aquelas questões que passarem a ser de competência da Polícia Civil.

No tocante as competências a serem destinadas a Polícia Civil, que possui estreita relação com o Ministério Público e o Poder Judiciário, deve ser ressalvada a atuação nos ilícitos previstos em leis especiais, tais como, o tráfico ilícito de entorpecentes, os crimes contra a ordem tributária, os crimes contra a ordem econômica, dentre outros.

Além disso, a Polícia Civil deve continuar atuando nos crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, nos crimes contra a Administração Pública, e ainda nos atos infracionais relacionados com os menores infratores em atendimento às disposições do vigente Estatuto da Criança e do Adolescente.

Percebe-se que a regulamentação das atividades a serem desenvolvidas pelas forças policiais com base na divisão da matéria, permitirá uma efetividade maior, o que inclusive trará benefícios para a população que é a destinatária dos serviços de segurança pública.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A segurança pública tem sido objetivo de muitas discussões tanto no ambiente acadêmico quanto junto à própria população, em razão do aumento da criminalidade e também da violência. Afinal, quantas pessoas não acabam sendo vítimas de algum tipo de violência nas médias e grandes cidades apenas em um final de semana.

Percebe-se, que muito se tem criticado o atual sistema de defesa social vigente no Brasil. Algumas críticas são pertinentes e outras não merecem a menor consideração. Afinal, qualquer sistema possui aspectos positivos e negativos quando a análise é feita levando-se em consideração certos referenciais sociais que podem ou não corresponder à realidade.

Mas, é preciso verificar o que é verdade e o que é divergente nos dados que são apresentados. Apesar de algumas afirmações disseminadas na mídia, verifica-se que as forças policiais, em especial nos Estados, prestam um serviço de qualidade à sociedade brasileira, apesar de sofrerem muitas vezes com limitações de ordem orçamentária.

Dentro desse quadro é preciso apresentar não apenas críticas, mas também sugestões que possam contribuir para a melhoria dos servi-

ços que são prestados pelas forças policiais, seja no âmbito da União, seja dos Estados da Federação e do Distrito Federal. Ao invés de unificar as forças policiais ou mesmo criarem outras, basta estabelecer que toda força policial no âmbito dos Estados receberá ou terá o ciclo completo de polícia.

Tal sugestão parece não despertar interesse em alguns setores, mas com certeza permitiria uma maior efetividade às forças policiais que sofrem com a cisão do ciclo de polícia. A partir dessas mudanças, a adoção de uma nova sistemática tanto no âmbito da Polícia Militar como no âmbito da Polícia Civil permitiria às Forças Policiais condições de atuarem de forma mais efetiva no combate a criminalidade.

Afinal, não existem dúvidas que no Estado Democrático de Direito as forças policiais desenvolvem um papel importante, relevante, na preservação dos direitos fundamentais que são assegurados pela Constituição Federal de 1988 a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional.

As atividades da Polícia Militar e da Polícia Civil seriam divididas por áreas de atuação, o que levaria a uma maior integração no trabalho desenvolvido no combate a criminalidade, que tanto tem incomodado as pessoas que vivem nos pequenos, médios e grandes centros brasileiros, e que se sentem inseguras com a atuação dos infratores.

A adoção dessa nova sistemática levaria a novas perspectivas na seara policial, com a adoção de novos paradigmas, e que tem a sua previsão nas disposições estabelecidas no art. 144, da Constituição Federal de 1988. O Estado de Direito permite uma reflexão sobre as questões que tem relevância para a sociedade e não existem dúvidas que a segurança pública é fundamental na preservação dos direitos que foram assegurados a todos aqueles que vivem no território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1998.
- LAZZARINI, Álvaro. *Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- MACEROU, Eliane Ferreira; ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Violência Urbana – uma questão de segurança pública ou política social?* Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, IBCCRIM. São Paulo. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br>>, mar./2002. 03p.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Dr. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Editora Almedina, 1981.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado. Artigo por Artigo*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2010.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Responsabilidade do Estado por atos das Forças Policiais*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2004.
- SILVA, José Afonso de. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

9

JUIZ E ÉTICA

Saulo Versiani Penna

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

Percebe-se na atualidade uma intranquilidade da população brasileira no tocante à segurança pessoal e pública.

É inegável, o aumento dos índices de violência, os quais, até pouco tempo, tinham relevância apenas no eixo Rio – São Paulo, mas que agora estão, de forma assustadora, adquirindo patamares de elevada preocupação em todo País.

Aliás, a questão da segurança pública atingiu foro de tamanha indignação no cenário nacional, que a discussão do tema tem repercutido nas instituições democráticas.

Destarte, no Legislativo, no Executivo e no Judiciário a questão aflora permanentemente, fazendo surgir debates acirrados e medidas muitas vezes paliativas, de momento, casuísticas, sem a reflexão devida e isenta, como na verdade sempre deveria pautar-se o poder público por intermédio de seus prepostos.

Não restam dúvidas de que isso vem ocorrendo em virtude do desejo e pressão do cidadão comum de ver resolvido o problema da “segurança”, ou da sua “insegurança”, rapidamente, e, da sensação, que é natural, de que nada está sendo efetivamente realizado.

E como fator de aumento desse sentimento de “insegurança”, aparece a ausência de referencial ético que indica a prática de ações de cunho individualista, estratégico, senão contrário ao direito, e, mais

ainda, em descompasso com o ideal democrático, uma vez que sem fundamento no interesse público.

Por sinal, essa ânsia do cidadão brasileiro pela busca de soluções rápidas por parte de autoridades públicas, na maioria das vezes, incentivada pela mídia, que hoje dispõe de instrumentos tecnológicos capazes de mostrar casos de desvios de conduta, violência e insegurança de maneira tanto eficiente quanto, em muitos casos, sensacionalista, não nos permite uma reflexão de cunho moral para a tomada de decisões.

Constata-se, ademais, que esses mesmos formadores de opinião não apresentam respostas, seja porque não é de sua competência ou porque inexistente esse interesse perante os fins lucrativos, ditados para um consumidor, em grande parte, de baixa cultura e educação.

E assim, carece o cidadão comum de informação sobre as possibilidades e ações capazes de resolver, ou pelo menos diminuir, essa sensação de desamparo por parte do Estado, e de encontrar, por intermédio de meios concretos e que não venham a servir de instrumento de repressão, tolhendo a sua liberdade individual e que possam constituir afronta aos princípios do Estado de Direito Democrático, assegurados pela Carta Republicana de 1988, o caminho mais adequado de autoafirmação da cidadania e verdadeiro interesse coletivo.

Dentro desse contexto, não restam dúvidas, surge a figura do julgador que se de um lado revela-se muitas vezes positivista-legalista, isto é, apenas na expressão da *la bouche de la loi* montesquiana,¹ de outro um perigoso “Hércules” descrito por Ronald Dworkin,² já que por ser dotado de talentos extraordinários e de clarividência inter-

¹ Afirmou Montesquieiu: “...os juízes da nação são apenas, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei, são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor.” (MONTESQUIEIU, 2005, p. 175).

² Ronald Dworkin, desde seu livro chamado *Taking Rights Seriously* (Levando os Direitos. Trad. Nelson Boeira. São Paulo. Martins, 2002) já criara a figura do Juiz Hércules. E na sua obra *O império do Direito afirma*: “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integralidade. Vamos chamá-lo de Hércules.” (DWORKIN, 2003, p. 287)

pretativa de situações fáticas numa completude normativa, é único a conseguir encontrar a decisão ética e considerada a mais *justa*.

O maior desafio, portanto, a ser enfrentado pela sociedade e, por conseguinte, pelo Judiciário, que representa o principal canal democrático para as soluções dos conflitos de interesses, é equacionar a dicotomia no estado contemporâneo que se estabelece quando se busca segurança, procurando manter, ao mesmo tempo, ideais de liberdade e justiça.

Situação clássica que exemplifica essa árdua empreitada é a que está sendo vivenciada pelos norte-americanos, notadamente após o fatídico ataque de 11 de setembro de 2001. E, aí, pergunta-se o que fazer com a segurança interna? Criar mecanismos de constante vigilância, opressão e restrição a direitos consolidados em prol da tranquilidade? E as liberdades públicas, sociais, políticas e econômicas, como ficam? Como conciliar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito com a segurança pública exigida pela população? E qual o papel da moral e da ética para a tomada de decisões, especialmente no âmbito do Judiciário.

Essas perguntas aliadas ao dilema da segurança jurídica (pública) com justiça (ética) no campo da atividade jurisdicional é que são tratadas neste trabalho, o qual procura, dentro do limite a ele imposto, fazer reflexões que poderão, quem sabe, representar mais uma semente no campo fértil de discussão do tema.

2. (IN)SEGURANÇA E (IN)JUSTIÇA NA SOCIEDADE DE CONSUMO

A primeira questão que nos permite profunda reflexão é aquela que se extrai da concepção de segurança pública, justiça e liberdade, em contrapartida dos sonhos e desejos de consumo, como forma de alcançar o bem-estar.

A esse respeito, o sociólogo Zygmunt Bauman (1998) apresenta visão bem exata de que a opção pelas liberdades em nossa sociedade, obtidas pelas mudanças econômicas, tecnológicas e culturais, acaba por comprometer a segurança do cidadão ou conduz à sensação de insegurança dos povos modernos. Como ele afirma:

Em 1981, registraram-se 2,9 milhões de delitos penais na Inglaterra e no País de Gales. Em 1993, 5,5 milhões. Nos últimos três anos, a população carcerária subiu de 40.606 para 51.243. Entre 1971 e 1993, os gastos públicos com a polícia subiram de 2,8 bilhões de libras para 7,7 bilhões de libras. De 1984 a 1994, o total de advogados elevou-se de 44.837 para 63.628 e o de advogados forenses de 5.203 para 8.093.

Em 1994, 5,6 milhões de pessoas na Grã-Bretanha reivindicaram renda suplementar. O auxílio-desemprego foi recebido por 2.700.000; mas, segundo outros cálculos, distintos dos cálculos oficiais do governo, os totais daqueles que necessitavam de emprego mas haviam sido impedidos, por normas legais, de solicitar o auxílio-desemprego (e, portanto, haviam sido excluído das estatísticas oficiais dos desempregados) eram o dobro.

Durante os últimos vinte e cinco anos, a população de encarcerados e de todos os que obtém a sua subsistência da indústria carcerária – a polícia, os advogados, os fornecedores de equipamentos carcerário – tem crescido constantemente. O mesmo ocorre com a população de ociosos – exonerados, abandonados, excluídos da vida econômica e social. Conseqüentemente, como seria previsível, aumentou o sentimento popular de insegurança: atualmente, 85% da população da Grã-Bretanha acham que, há 30 anos, era seguro caminhar pelas ruas à noite, mas 95% acham que, hoje em dia, não é seguro.

Esses últimos trinta anos, aproximadamente, foram de fato anos fecundos e decisivos na história do modo como foi moldado e mantida a sociedade ‘ocidental’ – industrial, capitalista, democrática e moderna. É esse modo que determina os nomes que as pessoas tendem a dar a seus medos e angústias, ou às marcas nas quais elas suspeitam residir a ameaça à sua segurança. (BAUMAN, 1998, p. 49-50)

É possível dizer que a era consumista na qual vivemos conduz a desejos e vontades humanas incontidas, especialmente porque incrementadas e cevadas pela publicidade profissional.

Assim, mais do que uma segurança tradicional, baseada em firmes pilares do emprego regular e duradouro, do apoio à previdência pública e poupança, estão voltadas as atenções e os objetivos para o ganho rápido, fútil, não usual, até por intermédio dos “jogos de azar” autorizados, dos concursos de TV, dos créditos bancários e financeiros, esses à disposição facilmente por intermédio dos cartões

de crédito, consórcios, cheques-pré-datados, etc., tudo, enfim, servindo como fonte inspiradora para aquisição de bens de consumo, e, por conseguinte, a obtenção da sonhada felicidade.

Entretanto, não obstante a proximidade dessas “coisas” que parecem ser capazes de nos tornar “pessoas felizes” ou “realizadas”, exsurtem os obstáculos à obtenção desses objetivos, ou estes quanto alcançados não representam na sua inteireza aquela tão sonhada felicidade. Resulta disso, pois, enormes frustrações, como também as práticas de atos condenáveis pela sociedade e o conseqüente aumento da insegurança dessa própria população.

A par disso, ainda se faz presente em nossos dias, em virtude da opção pelas liberdades de mercado, a insegurança no trabalho regular, o qual passou a representar o momento vivido do trabalhador e não o futuro previsível, sem falar na carência de parâmetros culturais e educacionais, tudo em nome da chamada “livre expressão”.

E a vontade constante pela aquisição de liberdades na contemporaneidade, começando mesmo no âmbito da família, sem um paradigma ético, conduz a uma maior sensação de insegurança, mesmo porque a pressa e a intolerância diária passaram a fazer parte do cotidiano pós-moderno e consumista.

Por outro lado, em conjunto com essa visão pós-moderna, de valorização exagerada do consumo, intolerância e falta de referencial ético, surgem os ideais de “justiça”, que deságuam sempre nos critérios de “pureza”, os quais impõem às pessoas modelos e padrões de conduta, que irão determinar a exclusão ou não da sociedade daqueles “desajustados”.

Nesse sentido, mais uma vez, o professor Zygmunt Bauman é esclarecedor:

Uma vez que o critério da pureza é a aptidão de participar do jogo consumista, os deixados fora como um ‘problema’, como a ‘sujeira’ que precisa ser removida, são consumidores falhos – pessoas incapazes de responder aos atrativos do mercado consumidor porque lhes faltam os recursos requeridos, pessoas incapazes de ser ‘indivíduos livres’ conforme o senso de ‘liberdade’ definido em função do poder de escolha do consumidor. São eles os novos ‘impuros’, que não se ajustam ao novo esquema de pureza. Enca-

rados a partir da nova perspectiva do mercado consumidor, eles são redundantes – verdadeiramente ‘objetos fora do lugar’.

O serviço de separar e eliminar esse refugio do consumismo é como tudo o mais no mundo pós-moderno, desregulamentado e privatizado. Os centros e os supermercados, templos do novo credo consumista, e os estádios, em que se disputa o jogo do consumismo, impedem a entrada dos consumidores falhos a suas próprias custas, cercando-se de câmeras de vigilância, alarmes eletrônicos e guardas fortemente armados; assim fazem as comunidades onde os consumidores afortunados e felizes vivem e desfrutam de suas novas liberdades; assim fazem os consumidores individuais, encarando suas casas e seus carros como muralhas de fortalezas permanentemente sitiadas. (BAUMAN, 1925, p. 24)

E adverte Bauman sobre a conexão existente entre o mundo consumerista da sociedade pós-moderna com a sua noção de justiça, tomando como exemplo os Estados Unidos da América, onde se depreende de forma contundente o domínio do mercado consumidor liberal e anseios por uma “justiça”, perseguida sem qualquer conteúdo de eticidade, mas somente dotada de subjetividade, individualismo e estratégia de poder. A este respeito lembra:

Em nenhum lugar a conexão é exposta mais completamente do que nos Estados Unidos, onde o domínio incondicional do mercado consumidor chegou, nos anos da livre competição reaganista, mais longe do que em qualquer outro país. Os anos de desregulamentação e desmantelamento dos dispositivos de bem-estar foram também os anos de criminalidade ascendente, de força policial e população carcerária cada vez maiores. Foram também anos em que uma sorte cada vez mais sangrenta e espetacularmente cruel precisava ser reservada àquele declarados criminosos, para corresponder aos aceleradamente crescentes medos e ansiedades, ao nervosismo e à incerteza, raiva e fúria da maioria silenciosa, ou não tão silenciosa, de consumidores ostensivamente bem-sucedidos. Quanto mais poderosos se tornavam os ‘demônios interiores’, mais insaciável se fazia o desejo daquela maioria de ver ‘o crime punido’ e ‘a justiça distribuída’. O liberal Bill Clinton venceu a eleição presidencial prometendo multiplicar os efetivos da polícia e construir novas e mais seguras prisões. Alguns observadores (dentre eles Peter Linebaugh, da Universidade de Toledo, Ohio, autor de *The London Hanged*)

acreditam que Clinton deve a eleição à execução amplamente divulgada de um retardado mental, Ricky Ray Rector, a quem permitiu, quando governador do Arkansas, ir para a cadeira elétrica. Recentemente, adversários de Clinton dos setores de direita radical do Partido Republicano levaram tudo nas eleições congressistas, havendo convencido o eleitorado de que Clinton não fizera o suficiente para combater a criminalidade, e que eles fariam mais. (BAUMAN, 1925, p. 58)

E essas ideias vêm se alastrando por todo mundo, especialmente no Brasil, onde o arquétipo norte-americano foi adotado com bastante facilidade. Dessa forma, começam a aparecer soluções piro-técnicas para a implantação de uma almejada “justiça”, como leis mais rigorosas (“crimes hediondos”), construção de número cada vez maior de penitenciárias de “segurança máxima”, compra de armamentos cada vez mais sofisticados e de alto poder de fogo, ocupações de favelas, sem que haja uma preparação anterior de ordem moral, ética, educacional e especializada do agente público ou policial-usuário.

Ademais, revela-se no cenário de ideias sem referencial ético a chamada “justiça privada” (grupos de extermínio, seguranças particulares, cercas eletrificadas, câmeras e todo um aparato tecnológico de proteção particular), por intermédio do uso indiscriminado de instrumentos sem legitimidade em um Estado que pretende ser Democrático de Direito. A autodefesa, que deveria ser exercida em situações especialíssimas, transforma-se em regra, e pior, muitas vezes, reveste-se em autotutela, substituindo o Estado na sua função de promoção da justiça.

No entanto, é importante salientar que essa análise da vida pós-moderna, da civilização, não importa em uma visão puramente pessimista, mas na constatação da íntima relação entre comprometimento ético das decisões de Estado e a segurança com justiça. Destarte, a segurança, a justiça e a conseqüente paz social somente tendem a ser alcançados, de maneira racional, a partir da avaliação das atitudes do ser humano e sua opção pelas liberdades públicas, sempre no contexto de um Estado pautado por princípios de direito e democrático, mas que para esse desiderato jamais se olvide ou afaste-se da moral e do seu exercício na prática por intermédio da ética.

Assim, sem a liberdade plena (com ética), desaparece a figura do Estado de Direito e floresce a insegurança.

Por isso mesmo, sempre se está a carecer de uma análise sobre a influência da atitude ética, especialmente junto às funções estatais, e mais ainda, daquela decorrente da atividade jurisdicional, já que esta é fundamental para o equilíbrio e pacificação dos conflitos sociais.

3. DA ÉTICA COMO FATOR DE SEGURANÇA E JUSTIÇA

Como se procurou demonstrar, o aspecto fundamental na avaliação dos motivos, causas, conseqüências e possibilidades de soluções da problemática envolvendo a segurança pública e a justiça encontra-se em uma concepção do exercício das funções estatais pela ética. E a ausência do referencial moral na sociedade conduzirá a comportamentos desastrosos e de repercussão imprevisíveis na convivência social. Henrique C. de Lima Vaz citado por Arthur J. Almeida Diniz afirma:

Ninguém pode ainda prever o que serão as gerações que sobem para a cena da história e não encontram mais diante de si o relevo definido do horizonte de uma tradição, mas, tão-somente, o espaço vazio de um futuro para o qual o nihilismo ético aponta com a promessa sedutora de que tudo será permitido e possível. Não é apenas a percepção do tempo humano que irá mudar para essas gerações. Mudará sua própria alma. E quem poderá dizer o que será essa nova alma? (DINIZ, 1995, p. 47-48)

E não parece haver dúvida de que a humanidade não conseguirá atingir seus objetivos de liberdade com segurança pública e justiça, somente centrada nos avanços tecnológicos, mas é imprescindível repensar os paradigmas éticos de responsabilidades e livre arbítrio.

Por isso, admitimos que Bauman bem resume a questão ética no Estado ao asseverar que:

A ética não é um derivado do Estado. A autoridade ética não deriva dos poderes do Estado para legislar e fazer cumprir a lei. Ela precede o Estado, é a exclusiva fonte da legitimidade do Estado e o supremo juiz dessa legitimidade. *O Estado, poder-se-ia*

dizer, só é justificável como veículo ou instrumento da ética.
(BAUMAN, 1998, p. 69 – grifos nossos)

No entanto, o que observamos é uma crescente falta de compromisso com a ética em todos os setores do Estado. Basta lembrarmos as recentes reportagens sobre os abusos praticados por agentes públicos. Ora, onde deveria ser implantada a primeira célula de comprometimento com a ética e o bem público, o que se vê são os desvios de conduta, os quais redundam invariavelmente para o prejuízo na qualidade de vida das pessoas, diante da ausência de saúde, educação e segurança adequadas. Além disso, ocorre um fenômeno ainda pior, pois o cidadão ao constatar a falta de ética de seu representante perde a referência de autoridade que deveria emanar daquele agente estatal, do qual, em verdade, deveria também se sustentar o Estado Democrático de Direito.

Destarte, não existe possibilidade de se falar em segurança pública e justiça sem uma reformulação nos valores a serem alcançados, já que isso é que permitirá um efetivo tratamento da questão de forma preventiva. E como lembra Almeida Diniz:

Alguns autores antecipam, talvez de modo pessimista, mas valendo por um *caveat* exemplar, uma civilização centrada no desenvolvimento técnico-científico, sem o primado do Ético:

‘será a necrofilia realmente uma característica da segunda metade do século XX?... esse novo tipo de homem volta os seus interesses para um sítio longe da vida, das pessoas, da natureza... de tudo aquilo que esteja vivo... aspira fabricar robôs como uma das maiores realizações de sua mente técnica e alguns especialistas nos garantem que o robô mal se poderá distinguir do homem vivo. Essa realização não parecerá tão surpreendente quando o próprio homem mal consegue diferenciar-se de um robô... o mundo da vida transformou-se no mundo da ‘não vida’... seus símbolos agora são máquinas limpas, que brilham... mas a realidade, por detrás dessa fachada antisséptica, torna-se cada vez mais visível. O homem, em nome do progresso, está transformando o mundo num lugar malcheiroso e envenenado (e isso *não* é simbólico). Polui o ar, a água, o solo, os animais – e a si mesmo. Está fazendo estas coisas em tal grau que tornou duvidoso se a Terra será algo em que se possa viver dentro de 100 anos. Conhece os fatos, mas... Os que governam continuam em busca do ‘progresso’ técnico e mostram-se dispostos a sacrificar a vida ao culto do seu

ídolo. Em tempos mais recuados, os homens também sacrificaram seus filhos ou prisioneiros de guerra, mas nunca na história o homem mostrou-se disposto a sacrificar a vida toda a Moloque – a sua própria vida e a de seus descendentes.’ (FROMM *apud* ALMEIDA DINIZ, 1995, p. 66)

Mas, Almeida Diniz ao citar Gabriel Marcel³, já nos apresenta um começo para a modificação dessa visão da sociedade contemporânea:

A reflexão que tempera esse horizonte pessimista (porém não muito longe da realidade vivida por nós atualmente) deve-se a Gabriel Marcel:

‘Obviamente, isto não quer significar que a história deva retroceder e que devemos quebrar todas as máquinas. Significa muito simplesmente, como Bérghson observou profundamente, que toda espécie de progresso técnico exterior deve ser contrabalanceada pelo homem por um esforço de conquista interior, dirigido para um autodomínio cada vez maior... No mundo contemporâneo, podemos dizer que quanto mais o homem se torna dependente de produtos que funcionem confortavelmente assegurando-lhe a vida tolerável no nível material, tanto mais alienado (*estranged*) se torna uma consciência de sua realidade interior... O centro da gravidade de tal espécie de homem e seu ponto de equilíbrio tendem a se tornar exteriores a si próprio... Quanto mais progresso a ‘humanidade’ realiza na direção do domínio da Natureza, tanto mais os homens individuais se tornam realmente escravos de sua própria conquista’. (DINIZ, 1995, p. 67)

O caminho e a medida certa entre os avanços tecnológicos e econômicos, portanto, devem ser trilhados e sopesados no contexto de uma concepção ética, que pressupõe o paradigma da moral, obtida com ampla discussão da sociedade, observados os direitos humanos e o foro adequado para o debate.

Destarte, observados contornos da ética, alcançada após esse profundo debate, com efetiva participação da sociedade destinatária das ações do Estado, é que se poderá conceber maior desenvolvimento e segurança às pessoas, com a tão desejada “justiça”. Aliás, não é a finalidade de “lucro” um mal em si mesmo, uma vez que se justifica pelo risco do negócio empreendido no regime capitalista. Entretanto,

³ MARCEL, Gabriel. *Man Against Mass Society*. Chicago, 1962, p. 55.

é o desvirtuamento advindo da falta de ética nos setores de administração da produção, e do próprio poder público, que conduzem às distorções e acabam por determinar as diferenças sociais e econômicas, com evidente prejuízo à segurança social, comprometendo a obtenção da “justiça”.

Logo, é inegável que tanto os poderes constituídos como o cidadão comum deverão primar por atitudes éticas, se por ventura ainda desejarem melhorar a segurança pública com justiça, mantendo as liberdades individuais. A esse respeito vale a síntese de Bauman (1998, p. 65) quando lembra Levinas: “Acha que um tal Estado (justo) é possível?”, vem a resposta igualmente direta: “Sim, um acordo entre a ética e o Estado é possível.”

4. A CONTRIBUIÇÃO DE EMMANUEL KANT PARA UMA CIÊNCIA DA ÉTICA

De início, conforme assevera Salgado:

Nenhuma teoria moral, nenhuma ética até Kant procurou assentar-se em princípios *a priori*, por isso universais, garantidores da sua validade. E mais, todas as éticas até então existentes buscaram o fundamento da sua validade fora delas mesmas, em conceitos esternos. Só a ética kantiana procura princípios próprios para a sua fundamentação. (SALGADO, 1995, p. 144)

É absolutamente inegável a contribuição de Kant sobre a necessidade de uma universalização dos princípios éticos, como único critério de validade do exercício da razão (ou do agir humano), e sua teoria passou a influenciar toda a humanidade, até porque todas as constituições de Estados considerados democráticos na modernidade estabeleceram princípios ditados universalmente, como pressuposto para a criação do ordenamento jurídico infraconstitucional.

Bryan Magee (1999) esclarece que para Kant a universalização da moral é fundada na razão, no entanto salienta que uma razão não é universalmente válida quando apenas houver um interesse próprio de pegar ou largar. Assim, não se pode defender que algo poderia ser coisa certa para alguém fazer, mas errada para outra pessoa em idênticas circunstâncias e situação. Portanto, para Kant, adverte Magee, se

determinada coisa é certa para alguém tem de ser certa para qualquer outro na mesma posição. Isso significa, que se o mundo empírico é governado por leis científicas que têm aplicação universal, logo, também a moral é governada por leis que têm aplicação universal. Dessa forma, ele conclui que a moralidade se funda na razão, da mesma maneira que a ciência se funda na razão.

Salgado (1995, p. 152) igualmente lembra a preocupação de Kant em

encontrar um grau razoável de ‘cientificidade’ para a Ética, isto é uma objetividade traduzida na necessidade e universalidade dos seus princípios, diante da mutabilidade do *éthos*, entendido como conjunto do agir humano.

O Direito, por sua vez, também procura a universalização de princípios, notadamente princípios éticos para a formulação de suas máximas e concretização do agir humano conforme um ordenamento jurídico. E embora Kant veja uma diferença de fundo entre o direito e a ética, pois em sentido estrito seria a ética somente uma teoria das virtudes, o certo é que para ele, em sentido amplo, a ética é a ciência das *leis das liberdades*, que se dividem em morais e jurídicas.

Portanto, na visão kantiana não existe discrepância de princípios éticos (ciência da moralidade e das liberdades) com o direito ou lei jurídicas (ciência jurídica), desde que estas sejam universalizadas no âmbito da própria moralidade, e não só pela sua origem na razão *a priori*, mas também no momento de sua aplicação.

Surge daí, pois, a importância da *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* para o Direito, onde Kant se esforça para estabelecer máximas como princípios objetivos ou leis universais.

Inclusive, na segunda secção, – *transição da filosofia moral popular para metafísica dos costumes* – Kant submete seu entendimento a diversos exemplos de comportamento humano para deixar claro que uma lei somente pode ser *universal* quando válida para todos indistintamente. Assim, ele afirma que “temos que poder querer que uma máxima da nossa acção se transforme em lei universal: é este o cânone pelo qual a julgamos moralmente em geral”. (KANT, 1997, p. 62)

Logo, as leis universais para Kant são aquelas que podem ser aplicadas a todos os homens de forma indistinta, jamais se acomodando a situações empíricas da vontade humana.

E exatamente para assegurar o império soberano dessa lei moral universal é que se faz necessária na visão de Kant uma *metafísica dos costumes*.

A propósito, para melhor entender a posição kantiana sobre universalização da lei com sua vertente no Direito, Salgado (1995, p. 199), além de lembrar que a lei “para ser válida para todos, é formal, isto é, não pode levar em conta aspectos contingentes de sua aplicação subjetiva”, ressalta de que maneira Kant, dentro desse prisma de universalização, vislumbra o importante critério de igualdade, que, como se sabe, vem inspirando os diversos ordenamentos jurídicos contemporâneos. Assim ele diz:

Kant retoma o princípio da igualdade de todos perante a lei como princípio formal da sua aplicação. A lei que proíbe matar não quer significar, para ser universal, que não se deva matar em determinadas circunstâncias. Tão-só quer dizer que, se há exceção para a proibição da ação, a exceção deve alcançar todos os seres racionais. Esse formalismo do direito, já vislumbrado no direito romano, da igualdade abstrata de todos perante a lei e que provocou a acerba crítica de Anatole France (*Le Lys Rouge*), segundo a qual a lei proíbe igualmente ao rico e ao pobre furtar um pão, ‘mendigar e dormir debaixo da ponte’, não é, contudo, o que acentua predominantemente o caráter universal da lei; essa universalidade advém do momento da elaboração e significa uma conformidade absoluta com a razão, na medida em que a vontade pura a cria de tal modo, que seja válida para todos os seres racionais. Nesse sentido, aceito o critério da admissibilidade de Krassauer, não seria avesso ao pensamento de Kant, o princípio da equidade que preside às situações concretas, pelo qual, por exemplo, não seria imoral o furto famélico, visto que, em tais circunstâncias, a sua prática não colidiria com uma forma racional de ação, aceita por todo ser racional. Essa questão, contudo, tem a ver mais com o tema específico do imperativo categórico; é mais do que o conceito de lei moral. (SALGADO, 1995, p. 199-200)

Percebe-se, portanto, a influência do pensamento kantiano para o Direito contemporâneo, que não obstante esteja, e sempre esteve, muito diretamente tangido pelos interesses individuais, o que definiti-

vamente é rejeitado pela filosofia de Kant, recebeu grande contribuição de tal filosofia, na medida em que o Direito aparece como exigência de uma sociedade livre de indivíduos que reclama uma legislação universal fundada na razão pura.

Destarte, nos Estados de Direito pleno a legislação universalizada surge como fundamento indispensável para a convivência em sociedade. Por isso mesmo, nas respectivas constituições encontramos princípios como o da garantia da liberdade, da vida, da igualdade e do livre pensamento, que independentemente de sua aplicação na prática, afiguram-se como máximas universalizadas e fundadas na razão *a priori* de uma sociedade organizada.

Entretanto, a Ciência do Direito reclama não apenas um ordenamento jurídico adequado, mas a ação prática que se expressa de forma candente perante o judiciário e por intermédio do princípio do devido processo legal (*due process of law*). Daí porque, torna-se fundamental estabelecer, conhecer e estudar cada vez mais os princípios éticos aplicáveis à atividade jurisdicional, resguardando, inclusive, sua independência para que este possa atuar adequadamente na pacificação dos conflitos de interesses da sociedade.

5. AÇÕES ÉTICAS NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JURISDICIONAL

Procurou-se até agora demonstrar que a ausência de um referencial de moralidade, patente nas sociedades consumistas, conduz a insegurança e injustiça, sendo, destarte, a busca da ética imprescindível no Estado que se insere nos paradigmas de direito e democrático.

No entanto, o exercício da ética precisa encontrar um grau de cientificidade, razão porque o universalismo pregado por Kant, malgrado todos os seus exageros de uma visão extremamente asséptica, revela-se como importante passo para se estabelecer os parâmetros de atuação do Estado e da sociedade.

E não poderia ser diferente em relação ao juiz e ao judiciário que necessitam desse paradigma ético para bem exercerem suas funções institucionais.

Como lembra Dallari (2002), citando Raúl Zaffaroni, malgrado nas universidades latino-americanas tenha-se uma preocupação de aprofundamento de temas de direito básico e processual, há uma verdadeira omissão quanto ao estudo e pesquisas sobre o Poder Judiciário, e mais ainda de análise sociológica do exercício da função jurisdicional. Isso se deve, salienta Dallari com apoio em Zaffaroni, a circunstância de que uma investigação dos juízes, especialmente no campo sociológico, representa uma forma de “desacato”.

Por isso mesmo, Dallari (2002) ao salientar que faltam nos cursos de Direito das universidades no Brasil disciplinas voltadas para o aprimoramento da estrutura institucional incumbida de aplicar os conhecimentos adquiridos de direito material e processual, oferece um modelo que na verdade representa estudo concreto e prático da ética por parte do profissional da área jurídica, que se revelará imprescindível para exercício da atividade dos juízes. Assim, pois, ele afirma:

Na realidade, o que se deve fazer, em primeiro lugar, é reforçar nos cursos de Direito, para todos os alunos, a formação humanística, estimulando a aquisição de conhecimento sobre história e a realidade das sociedades humanas, para que o profissional do direito, seja qual for a área de sua escolha, saiba o que tem sido, o que é e o que pode ser a presença do direito e da justiça no desenvolvimento da pessoa humana e nas relações sociais. A par disso, devem ser transmitidas noções básicas de disciplinas relacionadas com os comportamentos humanos, como a antropologia, a sociologia e a psicologia, pois, seja qual for o conflito jurídico, esses aspectos sempre estarão presentes e é importante que o profissional do direito saiba reconhecê-los. (DALLARI, 2002, p. 30)

Outro aspecto a ser levado em conta para estabelecer o exercício ético da atividade jurisdicional, contribuindo, assim, para a almejada segurança jurídica com justiça, é o que vem precisamente ressaltado por Luiz Flávio Gomes (1997) quando assinala ser indevida a afirmação de que a atividade jurisdicional é antidemocrática, ao simples argumento de que os membros do judiciário não são eleitos por sufrágio universal. Essa colocação é equivocada, no seu entendimento, a partir de algumas peculiaridades dessa mesma atividade, notadamente quando se esquece que o exercício da jurisdição pressupõe o devido processo legal, inserido em um sistema de constante dialética, tendo

como parâmetros as garantias fundamentais constitucionalizadas do contraditório, ampla defesa e isonomia. Nesse sentido, Gomes presta importante contribuição para a formação concreta de uma ética dos juízes em sua atividade precípua, ao sustentar que:

Diante do exposto, quem acusa a atividade judicial de antidemocrática, pelo fato de que seus membros não são eleitos pelo sufrágio universal, desconhece por completo que sua legitimação democrática formal tem natureza completamente distinta da legitimação política representativa. Desconhece, ademais, que vários membros do Poder Judiciário são oriundos de carreiras distintas, que o ingresso na carreira é concretizado com a participação da OAB (CF, art. 93, I), que pessoas do povo (no júri) participam da distribuição da Justiça e desconhecem, por fim, a própria natureza dialética da função jurisdicional, que é uma das últimas do Estado moderno cujo pão de cada dia é o *diálogo*, é o prestar atenção e escutar, a difícil arte de poder escutar!, e sopesar as diversas opiniões assim como os argumentos dos que participam do processo, cumprindo o princípio do contraditório (CF, art. 5º, inc. LV). (GOMES, 1997, p. 123)

E além da preocupação da formação do magistrado desde o seu curso de Direito, como se refere Dallari (2002), e de sua vinculação à dialética processual, bem lembrada por Gomes (1997), como fatores essenciais à conformação na prática da eticidade exigida para o juiz, afigura-se, outrossim, importante a colocação de José Renato Nalini (1994, p. 91) ao referir-se à necessidade do juiz manter-se, no desempenho de suas atribuições, nos limites dos fundamentos constitucionais, isto é, dos “valores adotados como bons pelo formulador originário desse pacto”. Ademais, acrescenta Nalini:

O profissional juiz subordina-se a uma normatividade ética derivada não apenas da Carta Fundamental, que prevê as vedações do parágrafo único do art. 95, mas também do Estatuto da Magistratura – de índole igualmente constitucional, com sede no art. 93. Essa normatividade hoje vigora sob a forma da Lei Complementar Federal 35, de 14.3.79, a conhecida LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional, recepcionada pela superveniente ordem fundante.

Não se está diante de uma ética, pois não existem, substancialmente, idéias divergentes sobre o bem e a perfeição. Mas uma

espécie do mesmo gênero, consoante confirma Antonio Peinador Navarro: 'A moral profissional é uma aplicação da moral à profissão, ou melhor, ao profissional ... Não hão de ser, nem podem ser, distintos princípios, de razão ou revelados, que rejam a vida moral do profissional, enquanto tal, dos que hão de reger a vida de qualquer mortal, posto que a moral, como a verdade, não pode ser mais que uma. Sem prejuízo, nem tudo o que é princípio ou base do raciocínio prático tem porque endereçar-se ao profissional, nem aquele que a ele se aplica, idêntico em sua concepção genérica, chega ou há de chegar até ele da mesma forma e com a mesma carga de conclusões com que chega aos demais, enquanto alheios ao mundo da profissão'.

Destaca Nalini (1994, p. 93) a preocupação de enunciação de um Código de Ética Judicial, merecendo menção o decálogo do Juiz Juan Carlos Mendoza, Professor da Universidade Católica de Assunção e assim redigido:

1. *Sê honesto.* O conteúdo necessário do Direito são os valores morais, donde não se pode conceber um ordenamento jurídico que não responda a um princípio ético. Por esses valores morais, o Direito existe, tem autoridade, aperfeiçoa-se e se impõe aos homens. Para que possas aplicá-lo com rigor e cumprir seus pressupostos últimos, deves encarnar em ti esses valores, dentre os quais a honestidade é o primeiro e essencial ao teu ministério.

2. *Sê sóbrio:* a sobriedade é uma exigência do teu cargo. Para que sejas um verdadeiro magistrado e alcances o respeito de teus semelhantes, hás de ser necessariamente exemplar em tua vida pública e privada e hás de condensar, em todas as tuas decisões, o equilíbrio de tua alma.

3. *Sê paciente:* quem vai aos tribunais em demanda de tua justiça, leva atribulações e ansiedades que hás de compreender. Esta é a parte mais sensível e humana de tua missão; ela te ajudará a ter presente que o destinatário de sua sentença não é um ente abstrato ou nominal, mas que é um homem, uma pessoa humana.

4. *Sê trabalhador:* deves esforçar-te para que tenha vigência o ideal de justiça rápida, se bem que não deves sacrificar o estudo à celeridade. Trabalha no pleito mais insignificante com a mesma dedicação que no pleito mais importante e, em todos os casos, tem presente que o que está em jogo é a própria justiça.

5. *Sê imparcial:* o litigante luta pelo seu direito, tanto quanto tu lutas pelo direito. Isto não deves esquecer nunca. Não te deves levar por tuas simpatias ou antipatia, por conveniências ou com-

paixões, nem por temor ou misericórdia. A imparcialidade implica a coragem de decidir contra os poderosos, mas também o valor muito maior de decidir contra o fraco.

6. *Sê respeitoso*: respeitoso da dignidade alheia e da tua própria dignidade; respeitoso nos atos e nas palavras. Todo o Direito é dignidade; está dirigido à dignificação da pessoa humana e não se pode conceber esvaziado dela. Deves estar consciente da imensa responsabilidade do teu ministério e da enorme força que a lei põe em tuas mãos

7. *Sê justo*: antes de mais nada, verifica, nos conflitos, onde está a Justiça. Em seguida, fundamenta-a no Direito. Do ponto de vista técnico, hás de esforçar-te para que a verdade formal coincida com a verdade real e para que a tua decisão seja a expressão viva de ambas.

8. *Amas o Direito*: se a advocacia é um nobre apostolado, que exige um profundo amor ao Direito, a magistratura judicial é um apostolado mais nobre ainda, isento de enganos e refúgios, que exige para o Direito uma devoção maior porque não dará triunfos, nem riquezas.

9. *Sê independente*: tuas normas hão de vir unicamente das normas da lei e de tua consciência. Não é por capricho que se quer que sejas independente e que os homens tenham lutado e morrido pela independência, mas porque a experiência da humanidade demonstra que esta é uma garantia essencial da Justiça, a condição da existência do poder jurisdicional, o modo mais eficaz de proteger o indivíduo contra os abusos do poder.

10. *Defende a liberdade*: tem presente que o fim lógico para o qual foi criada a ordem jurídica é a Justiça e que a Justiça é conteúdo essencial da liberdade. Na medida em que a faças respeitar, tu, teus companheiros e tua posteridade, gozarão de seus benefícios, pois nunca foram livres os homens, nem os povos, que não souberam ser justos. Defender a liberdade não é fazer política, senão preservar a saúde da sociedade e o destino das instituições que a justificam. Para cumprir com o teu dever, para que esse baluarte seja uma fortaleza, sem necessidade de canhões, nem de soldados, para que seja majestoso e imponente, é mister que tu o levantes como nunca, por cima das paixões e cumpras, com grandeza e com suprema energia, teu dever de magistrado, eu alto apostolado jurídico; que não cedas ante a violação de uma lei e não te embarces no atentado contra uma única garantia. (NALINI, 1994, p. 93-95)

Ao magistrado no exercício desse seu mister, isto é, de defesa da liberdade de maneira indissociável da ética e, por conseguinte, como fator de garantia de segurança jurídica e social, incumbe, conforme também ensina Jônatas Luiz Moreira de Paula (2002), ter uma perspectiva da jurisdição como elemento de inclusão social ou de efetivação da cidadania, entendida a partir de novos paradigmas de (re)construção do direito processual. O mesmo jurista explica essa sua posição:

O Direito Material é do povo, porque o ato de legislar do Estado consiste em retratar os costumes, os valores e os princípios contemplados pela sociedade. Tanto que se discute se o costume é fonte material do direito ou apenas de revelação do direito.

No entanto, o Direito Processual é para o povo. A sociedade não legisla diretamente no direito processual, senão por meio de seus representantes no parlamento. O Direito Processual é produto da necessidade de aprimoramento da atividade jurisdicional. Suas normas indiscutivelmente regulam os princípios informadores, temperados pela realidade e pelo bom-senso.

O caráter transformador que impregna a atividade jurisdicional bem norteia o endereçamento do direito processual: o proveito social. A sociedade é ‘consumidora’ das normas processuais no afã de conferir eficácia forçada dos direitos subjetivos espontaneamente ineficazes.

No intuito de se obter o direito objetivo – o direito inter-partes, real, concreto e forçosamente eficaz – o Estado não só pronuncia a tutela jurisdicional, como lhe dá efetividade. No âmbito da realização da inclusão social, a efetividade da jurisdição é mister para a consecução do fim desejado. (MOREIRA DE PAULA, 2002, p. 207-208)

É indiscutível que sem eficácia do direito processual jamais serão alcançados os objetivos da sociedade de segurança com justiça (ética), razão pela qual se impõe refletir sobre o modelo atual e suas consequências, bem como sobre a reestruturação a partir de paradigmas democráticos que na contemporaneidade não se amoldam a um sistema de litigiosidade irresponsável, a qual compromete o próprio funcionamento do aparelho estatal judiciário, e que não responde aos anseios de uma sociedade participativa.

Por fim, não se pode olvidar da preservação da independência do judiciário, sem se descuidar da harmonia com as demais funções

estatais,⁴ motivo pelo qual se afigura essencial a referência aos chamados “princípios básicos de independência do judiciário”, adotados no “Sétimo Congresso das Nações Unidas na Prevenção de Crimes e Tratamento de Transgressores”,⁵ a saber:

1- A independência do judiciário deve ser garantida pelos Estados e assegurada na Constituição ou na lei do país. É dever de

⁴ Importante notar, a este respeito, que Montesquieu dedica, na citada obra, Capítulo VI do Livro XI, apenas seis parágrafos sobre a separação de poderes. Em todos os demais setenta e um parágrafos trata da harmonia entre eles.

⁵ *Basic Principles on the Independence of the Judiciary, 1985*
Adopted by the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held at Milan from August 26 to September 6, 1985, and endorsed by General Assembly resolutions 40/32 of November 29, 1985 and 40/146 of December 13, 1985

Independence of the Judiciary

1. The independence of the judiciary shall be guaranteed by the State and enshrined in the Constitution or the law of the country. It is the duty of all governmental and other institutions to respect observe the independence of the judiciary.

2. The judiciary shall decide matters before them impartially, on the basis of facts and in accordance with the law, without any restrictions, improper influences, inducements, pressures, threats or interferences, direct or indirect, from any quarter or for any reason.

3. The judiciary shall have jurisdiction over all issues of a judicial nature and shall have exclusive authority to decide whether an issue submitted for its decision is within its competence as defined by law.

4. There shall not be any inappropriate or unwarranted interference with the judicial process, nor shall judicial decisions be subject to revision. This principle is without prejudice to judicial review or to mitigation or commutation by competent authorities of sentences imposed by the judiciary, in accordance with the law.

5. Everyone shall have the right to be tried by ordinary courts or tribunals using established legal procedures. Tribunals that do not use the duly established procedures of the legal process shall not be created to displace the jurisdiction belonging to the ordinary courts or judicial tribunals.

6. The principle of the independence of the judiciary entitles and requires the judiciary to ensure that judicial proceedings are conducted fairly and that the rights of the parties are respected.

7. It is the duty of each Member State to provide adequate resources to enable the judiciary to properly perform its functions.

todos os governos e de outras instituições respeitarem e observarem a independência do judiciário.

2- O judiciário deve decidir os conflitos com imparcialidade, com base nos fatos e de acordo com a lei, sem qualquer restrição, influências indevidas, induzimentos, pressões, ameaças ou interferências, diretas ou indiretas, vindo de qualquer direção ou por qualquer razão.

3- O judiciário deve ter jurisdição sobre todos os assuntos de natureza judicial e deve ter autoridade exclusiva para decidir se um problema se submete à sua decisão dentro da competência definida por lei.

4- Não devem existir quaisquer interferências inapropriadas e sem justificativa com o processo judicial, nem deverão as decisões proferidas pelas cortes serem submetidas a revisão. Este princípio é sem prejuízo da revisão judicial ou mitigação, ou comutação pela competente autoridade das sentenças estabelecidas pelo judiciário, de acordo com a lei.

5- Qualquer um deve ter o direito de ser julgado por cortes ordinárias ou tribunais que se utilizem do processo legal. Tribunais que não se estabeleçam pelo devido processo legal não deverão ser criados visando deslocar a jurisdição pertencente às cortes ordinárias ou tribunais judiciais.

6- O princípio da independência do judiciário autoriza e exige que o judiciário assegure que os procedimentos judiciais são conduzidos imparcialmente e que os direitos das partes são respeitados.

7- É obrigação de cada Estado-Membro suprir os recursos adequados para possibilitar o judiciário desempenhar suas funções corretamente. (QUINN, [1997?], p. 41-42 – tradução livre)

6. CONCLUSÃO

Não obstante a natural limitação deste trabalho, como na introdução já se chamou atenção, é possível por ele vislumbrar, como um canal de reflexão, que a segurança jurídica e social, somente será atendida por intermédio da realização de uma *liberdade ética*.

E é inegável que a Ciência do Direito se sustenta no exercício da liberdade e da autonomia da vontade. No entanto, como o próprio Kant adverte existe entre a ética (lei moral) e a ordem jurídica uma diferença básica na forma da legislação, pois enquanto o dever moral coage interiormente, a norma jurídica atua e coage exteriormente.

Ademais, não nos parece viável imaginar que na prática seja possível refrear as ações humanas indevidas por intermédio de um comportamento absolutamente racional e monitorado. Basta lembrar que são universalmente e consensualmente repudiadas a poluição da atmosfera, as guerras e a opressão econômica dos povos mais fracos, práticas essas, no entanto, que continuam a ocorrer apesar dessa uníssona condenação imposta por uma *ética universalizada*.

Diante desses fatos cotidianos da vida humana, o juiz não pode ficar alheio e deixar de reconhecer outros aspectos que influenciam as ações humanas, e que são estudados pela história, sociologia e psicologia.

Por outro lado, malgrado as diferenças teóricas e conceituais da moral com o Direito, não se pode negar que é na liberdade do homem, baseada em princípios éticos, que se poderá fundar um Estado de Direito pleno.

Portanto, não basta que o Estado seja construído somente sobre pilares do Direito, pois que isso significaria como já significou, e continua significando em diversos países, o exercício do totalitarismo e da tirania. Destarte, como assevera o prof. Calmon de Passos

inexiste pureza no direito. O jurídico coabita, necessariamente, com o político e com o econômico. Toda teoria jurídica tem conteúdo ideológico. Inclusive a teoria pura do direito... (CAMON DE PASSOS, 1988, p. 83)

Portanto, o melhor caminho da sociedade parece ser o de uma verdadeira *democracia participativa*, em que se estabeleçam os controles pela sociedade civil, tanto do poder político quanto do poder econômico, sendo especialmente necessário para que isso se implemente o irrestrito acesso do cidadão ao processo jurisdicional, de acordo com o paradigma constitucionalizado do devido processo legal, nele compreendido sempre o juízo natural, o contraditório, ampla defesa e isonomia das partes.

De resto, cumpre assinalar, que a filosofia, embora se acredite que não se presta a formular soluções para os problemas humanos, pelo menos nos permite *pensar*, e, pensando, o ser humano estará exercendo a sua *liberdade*.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. 272p.

CAMON DE PASSOS, J.J. *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos Juízes*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 166p.

DINIZ, Arthur José Almeida. *Novos paradigmas em direito internacional público*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1995. 216p.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da Magistratura: no Estado Constitucional e Democrático de Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 266p.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. 416p.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1997. 117p.

MAGEE, Bryan. *História da filosofia*. 3. ed. São Paulo, 1999.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Barão de. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

MOREIRA DE PAULA, Jônatas Luiz. *A jurisdição como elemento de inclusão social: revitalizando as regras do jogo democrático*. 1. ed. São Paulo: Manole, 2002. 214p.

NALINI, José Renato. O Juiz e a ética no processo. In NALINI, José Renato. *Uma nova ética para o Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 85-106.

QUINN, Frederick. *Human rights and you*. Warsaw/Poland: OSCE/ODIHR, [1997?]. 252p.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A Idéia de Justiça em Kant – seu fundamento na Liberdade e na Igualdade*. Belo Horizonte: UFMG, 1995.

10

A MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS NOS TEMPOS DO PROCESSO ELETRÔNICO

Sérgio Henrique Cordeiro Caldas Fernandes

1. INTRODUÇÃO

A construção coeva do processo judicial como expressão do Estado democrático de direito, que se realiza a duras penas, tem como pilar a exposição dos motivos que qualificam a decisão judicial, levando em conta que esta, como exercício de poder, encontra os seus limites não apenas na norma vigente e nos precedentes judiciais, mas também na correção da justificação da escolha dos argumentos privilegiados pelo juiz.

Com efeito, o poder de aplicação do direito, como corolário da autoridade concedida ao juiz, cidadão esse que faz parte de um corpo perene inserido na burocracia estatal, tem por consequência a perturbação da vida de outros integrantes da sociedade e, por conseguinte, só pode ser exercido de forma legítima, em uma democracia, caso a audiência tenha a faculdade de sindicarem se a competência outorgada ao Judiciário está a ser exercida dentro do perímetro que separa a ação válida da conduta arbitrária. A concretização desse controle, por sua vez, está diretamente ligado à transparência das decisões judiciais – *accountability* –, que apenas será possível por meio da apresentação pelo juiz dos motivos de fato e de direito que lastreiam o comando judicial.

Sendo uma conquista tão cara à sociedade democrática, a motivação passa a ser erigida como princípio constitucional,¹ como se nota pela disposição do artigo 93, IX, da Constituição brasileira, ainda que remanesça a divergência, pulverizada em uma miríade de teorias a respeito da justificação judicial, sobre a amplitude da atuação do juiz e as condições que sustentam a validade de seu pronunciamento decisório.

Em verdade, mesmo que houvesse consenso sobre a efetividade do comando judicial – tomando mão do conceito de *enforcement* como *pièce de résistance* –, ainda haveria de se buscar o reconhecimento de sua validade e a legitimidade de sua autoridade no contexto do justo processo de direito (*due process of law*). Mas, em um último esforço, se tal fosse alcançado, com o estabelecimento do controle da atividade jurisdicional por meio da observância do contraditório, da publicidade e, com relevância, da necessidade da motivação das decisões – *answerability* –, continuaria a subsistir a discussão sobre as fronteiras da justificação e, portanto, os limites do poder concedido ao juiz.

Pois bem, embora o procedimento eletrônico, *per si*, não provoque a ruptura da base dialógica do processo judicial, como instrumento democrático, sendo, a princípio, mero instrumento de adequação tecnológica da liturgia processual, permanecem as dúvidas acerca da possibilidade de o meio eletrônico, com a conseqüente velocidade da transmissão de dados, oralidade e massificação da prestação jurisdicional, atuar como fator de influência da argumentação jurídica e, por conseqüência, da motivação das decisões judiciais.

O ensaio que se segue, para a melhor condução, é iniciado com a digressão a respeito de algumas formas – não só afetas à teoria da argumentação jurídica – que tem por escopo perquirir sobre os critérios de validade da motivação das decisões judiciais, bem como os limites eventualmente alterados pelo processo eletrônico, como força ambiental. Em seguida, serão enfocados os próprios limites do meio eletrônico e da sociedade de massa como fatores relevantes para uma teoria de justificação judicial. Por fim, especular-se-á se a forma como o Estado, por meio de sua estrutura judicial, está res-

¹ Cf. Brüggemann, citado por Barbosa Moreira (2004, p. 107), o estado de direito se caracteriza justamente como “Estado que se justifica” (*rechtfertigender Staat*).

pondendo à rápida transformação tecnológica está a contribuir para a crise ética na sociedade.

2. OS LIMITES DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PROVOCADOS PELO PROCESSO ELETRÔNICO

A decisão judicial, pela abordagem de O. FISS (2007), deve ser analisada em um contexto amplo, servindo para dar significado aos nossos valores públicos, o que exige a atividade constante do juiz, não apenas na definição dos argumentos apresentados pelos participantes do processo, mas também – e, talvez, principalmente – na condução do processo judicial, como processo democrático, permitindo a participação dos sujeitos no diálogo processual, bem como afastando os entraves que ameaçam os valores civilizatórios em jogo, inclusive com a utilização do seu poder geral de cautela.

Tal competência é exclusiva e em muito se difere da mera resolução de conflitos, esta que poderia ser alcançada, e deveria ser buscada, por meio de formas alternativas de composição² ou pela atuação mais efetiva do Estado, através de suas agências reguladoras e dos seus canais de resolução de conflitos, máxime observando as vertentes administrativas, tributárias e previdenciárias, sendo suficiente, por vezes, a mera abstenção da atuação do Estado, por meio de seus órgãos de (re)apresentação, como litigante compulsivo.

Faz-se mister observar, na esteira do mesmo FISS (2007), que a legitimidade da decisão judicial em um sistema político democrático, baseado, em última instância, no consentimento do povo, não depende do assentimento particular deste, pois o consentimento popular se dirige ao sistema e não a uma instituição em especial, mas está, sim, assentado na competência do Judiciário em contribuir para a melhoria da qualidade da vida social e em conferir aos valores públicos seu significado adequado.

Por outro ângulo, mesmo que circunscrita à ação decisória legítima do juiz, levando em conta que *motivar implica exprimir, de*

² V.g: RAC para os estadunidenses e métodos extrajudiciais de soluções de controvérsias – MESCS no âmbito local.

*maneira ordenada e clara, razões juridicamente válidas, aptas para justificar a decisão,*³ há que se definir o que pode ser considerado como razão juridicamente válida, da mesma forma que é necessário perquirir, *in casu*, se o processo eletrônico, com sua expressão multimídia, pode alterar substancialmente a exposição dessas razões.

Sem embargo, é possível justificar a decisão judicial por meio de diferentes abordagens. Pode-se, por exemplo, discorrer sobre o *principle of integrity of adjudication* preconizado por Ronald Dworkin, com a observância de um conjunto coerente de princípios fundamentais de uma comunidade política que devem ser ponderados na dimensão dos valores, afastando a mera aplicação das regras, que permanecem no patamar da dimensão de validade (tudo ou nada: “*all*”), pois as regras jurídicas deveriam ser observadas como aplicações dos princípios, na linha de autores do quilate de Canotilho, Bonavides e Eros Grau.

Em contrapartida, levando em conta que o silogismo aristotélico esbarra na imprecisão da linguagem do direito e na possibilidade de conflitos entre normas, na linha de Karl Lorenz, sendo igualmente impossível os juízes observarem, sem o perigo de cometimento de atrocidades, o método exegético clássico da interpretação literal, o caminho da argumentação jurídica igualmente surge como norte interessante para a motivação da decisão judicial.

Nessa toada, conforme ALEXY (2001), não sendo possível uma única resposta para o caso complexo (*Hard Case*), entre as várias opções deve a escolha ser pautada pelo critério de correção do discurso e, por consequência, pelas regras pragmáticas de argumentação, como a ponderação. Assim, caberia ao juiz, ao decidir, ponderar os interesses das partes expressos em argumentos, devendo ser levada em conta a construção discursiva (racional), voltada para o agir humano (prático), para se obter o resultado correto (ou mais aceitável).

Não obstante, partindo do pressuposto de que o direito válido é racional, a racionalidade do discurso jurídico estaria limitada pela lei, pelo precedente jurídico e pela norma, inclusive, processual. Assim, exatamente quanto a este último ponto, há que se analisar a amplitude dos instrumentos eletrônicos de transmissão de dados e manifesta-

³ Cf. artigo 19 do Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial.

ções, filmagem de audiências, atos executivos *on line*, digitalização de documentos, que permanecem à disposição dos interessados sem restrição de tempo ou espaço, em conjunto com uma miríade de procedimentos e a influência desses meios na motivação da decisão judicial.

É claro que não se está a adotar a concepção instrumental restritiva do processo, qualificando-o como pouco mais do que uma concatenação de atos que busca amparar a efetividade do direito substancial, mas é lícito inferir que na construção dialógica levada a cabo no decorrer de um processo judicial, a linguagem utilizada pode persuadir o juiz na exposição dos seus argumentos, sendo, portanto, relevante para a motivação da decisão judicial.

Por sua vez, levando em conta a formulação habermasiana, embora o critério de ponderação seja afastado, ao argumento de que tal destruiria a estrutura deontica (juízos de dever/obrigação) dos direitos, é dada ênfase à construção do critério da Universalidade como orientador da correção discursiva, aproximando-se da linha esposada por Alexy.

Portanto, a argumentação jurídica poderia igualmente ser caracterizada por seu relacionamento com a norma válida, inclusive processual, e com o precedente judicial, o que a diferenciaria da argumentação prática geral, devendo a *ratio decidendi* do precedente, que é elemento essencial da motivação da decisão judicial, ser observada em face do princípio da universalidade, pois tem o condão de limitar o alcance do que é discursivamente possível. Tal assertiva acabaria por ser ressaltada pelo princípio da inércia, trazido por PERELMAN⁴ (1999), por meio do qual é ressaltada a força da opinião jurídica anterior como critério orientador da decisão judicial, que só poderia ser modificada com superior justificação, não perdendo de vista que a argumentação jurídica não prescinde da norma ou da decisão judicial anterior como ponto de partida.

Em relação ao princípio da universalidade, por sua vez, especular-se-ia se o discurso jurídico, como modalidade do discurso prático, teria preocupações com a correção de suas afirmações, cuja veracidade dependeria do consenso bem fundamentado, baseado no melhor

⁴ Estudiosos da lógica de Gottlob Frege.

argumento definido em um processo dialógico, que, no nosso caso, poderia ser identificado, de forma limitada, com a apresentação das teses jurídicas no contexto do processo judicial, que devem estar expressas como delineadoras das razões que amparam o comando judicial.

Nesse diapasão, faz-se mister observar que para existir consenso sobre a aplicação da norma jurídica deveria haver a identificação de uma necessidade comum em relação aos participantes do discurso. E a busca dessa necessidade, quando os argumentos apresentados são díspares, é tarefa delicada a ser realizada sob orientação do juiz, independente da linguagem, escrita ou oral, ou do meio, mecânico ou eletrônico, utilizados.

Por ângulo diverso, caso avançássemos pelo pragmatismo norte-americano, inicialmente seguindo uma linha mais tradicional, deveríamos trazer à memória as lições de CARDOZO (2004), que asseverava que os juízes, quando instados a dizer até que ponto seria necessário ampliar ou restringir as normas deveriam deixar que o bem-estar da sociedade determinasse o caminho, a direção e a distância disso. Para tanto, porém, no sistema do *stare decisis*, cada caso deveria ser tomado como uma nova experiência, sendo necessária a verificação diuturna pelos juízes, *nesses grandes laboratórios de Direito que são os tribunais de justiça*, tanto da norma quanto dos princípios que a geram, sendo lícito o seu reexame judicial se o resultado produzido decorrente de sua aplicação parecesse injusto. Aliás, o mote “a vida do Direito não tem sido lógica; tem sido experiência” é atribuído a Oliver Holmes, ícone do pragmatismo estadunidense.

Em uma vertente mais recente, que se avizinha da atacada Análise Econômica do Direito, Richard Posner, professor da Faculdade de Direito de Yale, que foi nomeado, juntamente com outros seus colegas, juiz federal pelo conservador presidente Ronald Reagan, ajudou a desenvolver uma teoria pragmática também assentada no *stare decisis*, atívida, empírica, cética, antidogmática, antimetafísica e realista.

Assim, a decisão judicial, na esteira do pragmatismo de POSNER (2009), seria um ato criativo, voltado para o futuro, sempre buscando a eficiência e levando em conta as consequências das decisões judiciais, que devem ser constantemente testadas para a correção de seus erros (consequencialismo), com vistas à maximização do resultado (rique-

za), devendo o juiz adaptar a norma ao contexto social e político cotejado com os interesses veiculados no caso concreto (*background*).

Por consequência, a vertente em testilha, que entende o processo como instrumento de efetividade do direito substancial, tem no processo eletrônico mais do que um mecanismo procedimental, pois o desenvolvimento tecnológico seria uma consequência lógica da necessidade de se encontrar instrumentos eficientes para possibilitar a maximização da riqueza.

A rigor, nesse diapasão, a decisão judicial poderia ser justificada pragmaticamente por meio do teste de suas consequências, ou, ainda, descambar a observação para a Análise Econômica do Direito, que busca uma racionalidade instrumental extrema, bitolando a atividade decisória dos juízes à escolha dos meios mais eficientes para o incremento da riqueza, embora por vezes se esqueça, como afirma FISS (2007), que o dever do juiz não é servir ao Mercado, mas, sim, determinar se este deve prevalecer.

Por fim, levando em conta a teoria dos sistemas sociais capitaneada por Niklas Luhmann, por meio da qual a Sociedade deve ser reconhecida como um sistema ambientalmente aberto, mas operacionalmente fechado, o sistema parcial do Direito é percebido em seu fechamento autopoiético, o que lhe dá autonomia operacional relativa, pois em tal situação só poderiam participar da reprodução do sistema aqueles elementos que são produzidos pelo próprio sistema (clausura operacional). Em decorrência, o sistema jurídico deveria definir o que pode ser considerado *output*, dentro do modelo binário *input/output* (estímulo/resposta), como prestação jurisdicional, para, só então, ser transferido a outros sistemas no meio.

De todo modo, o Direito deveria ser reconhecido como um sistema normativamente fechado e cognitivamente aberto. Com efeito, o Direito seria um sistema fechado em relação à função de decidir a respeito da licitude ou ilicitude (*Recht/Unrecht*) do caso em discussão, mas que permitiria uma abertura cognitiva para as ocorrências aleatórias do ambiente geral. Portanto, as proposições que orientam as decisões mudariam em decorrência da pressão da adaptação situacional.

Assim, seguindo a teoria dos sistemas, o juiz deveria ter em conta, ao decidir, as consequências derivadas de uma interpretação deter-

minada da lei, máxime quando o Direito passa a se converter em um meio para obter benefícios contra o interesse estatal secundário e, por consequência, forma de interferência na ação política, que deve ser adequadamente motivada.

Luhmann, como é sabido, foi influenciado pelos estudos de Maturana e Varela, sendo que esses autores descrevem que o conhecimento, fruto da mente e da consciência gerados pelo intenso acoplamento linguístico, obrigou o ser humano a assumir uma atitude de permanente vigília contra a tentação da certeza, reconhecendo que nossas certezas não são provas da verdade, pois é necessário o respeito ao ponto de vista do Outro, caso com ele desejemos conviver, uma vez que o nosso ponto de vista é o resultado de um acoplamento estrutural social no domínio experiencial, tão válido quanto o do Outro. Para tanto, necessária é a linguagem como instrumento para a convivência, que dá origem ao humano. Por consequência, toda ação humana teria sentido ético, pois sempre ocorre na linguagem, produzindo o mundo que se cria com os outros. Como ressaltam MATURANA e VARELA (2001), sem aceitação do outro junto a nós não há socialização, e sem esta não há humanidade.

De qualquer forma, o processo eletrônico, ao ser entronizado como norma processual, ainda que por meio de uma visão instrumental pouco ampla, passa a ter força para influenciar os argumentos utilizados na justificação da decisão judicial, pois sendo o discurso jurídico prático é ele constituído de enunciados normativos, entre os quais as normas processuais, que o limitam e, portanto, devem ser levados em conta, ainda que não sejam criadas novas regras argumentativas – mesmo em relação à oralidade –, na busca do que é justo e, portanto, discursivamente correto.

Com efeito, o processo eletrônico não significa ruptura com a tradição jurídica,⁵ embora tenha o condão, como qualquer nova tecnologia que modifique o ambiente, de influenciar a argumentação jurídica. Em verdade, embora a própria racionalidade da decisão judicial não parta da certeza absoluta, como lembra SESMA (2003), sendo demarcada por limites temporais, espaciais, tecnológicos e procedimentais,

⁵ Tendo sido a herança precedida de testamento, lembrando Hanna Arendt.

tais fronteiras vem sendo constantemente ampliadas e testadas ao longo das décadas, permanecendo a substância da legitimação da decisão judicial, cada vez mais, como corolário do processo democrático, sobressaindo, então, a necessidade da motivação, sob pena de cair-se no domínio do arbítrio – *sic solo, sic jubeo*. Arbítrio esse melhor observado, na era eletrônica, na massificação de decisões judiciais, que restam niveladas e padronizadas em razão da prática propiciada pelo procedimento eletrônico.

O risco que se avizinha é a inversão da lógica jurídica, com a utilização da novidade do meio eletrônico como definidor do processo judicial e, por consequência, da própria motivação da decisão a ser proferida pelo juiz, afastando a sua natureza dialógica. Assim, ao se afastar de seu mister de ferramenta para o desenvolvimento do processo democrático, o meio eletrônico institucionalizado como processo judicial pode provocar uma postura adiaforética da prestação jurisdicional, mensurável por padrões técnicos, mas não por valores morais.

3. AS LIMITAÇÕES SUBSTANCIAIS DO PROCESSO ELETRÔNICO COMO PRESSUPOSTO DE UMA NOVA ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

Faz-se mister observar de início que se realmente, como defende BAUMAN (1998b, p. 244), *a resposta da organização à autonomia do comportamento moral é a heteronomia das racionalidades instrumentais e processuais*, tornando a ação social adiaforética, estaria sendo fomentada, pela errônea concepção da alvissareira novidade tecnológica, *a tecnologia da segregação e separação, que promove a indiferença pela provação do Outro, a qual de outra forma seria submetida a avaliação moral e a uma resposta moralmente motivada* (1998b, p. 229).

Nesse diapasão, calharia rediscutir a Dialética do Esclarecimento, de ADORNO e HORKHEIMER (1985), que nasceu impulsionada pela crítica ao ideal iluminista de progresso da humanidade creditado ao acúmulo de conhecimentos científicos decorrentes da razão esclarecida, pois a razão instrumental iluminista, que tem por função

a preservação do sujeito, carece de conduta autorreflexiva, e acaba por transformar o homem, que se submete ao processo tecnológico de produção, em um autômato.

No caso da decisão judicial, na medida em que o juiz se afasta da autorreflexão – não se olvidando que a reflexão é também a interiorização do processo discursivo – e passa a proferir decisões pré-formuladas, repetitivas, taylorizadas, indicando como motivação apenas o enunciado de um precedente de um tribunal superior,⁶ passa ele a justificar a ideia de Indústria Cultural, pois sua atividade se apequena na racionalização da produção de bens culturais com o escopo de atender os resultados decorrentes das análises estatísticas.

Ora, a padronização das sentenças, em resposta às demandas massificadas, tem como relevante suporte técnico o instrumento eletrônico. Aliás, o novo meio massivo do processo eletrônico, mesmo sendo, *prima facie*, interativo horizontalmente, propicia a comunicação vertical alienante, de cima para baixo, já que a característica da Indústria Cultural é o caráter unilateral de seus produtos. O juiz é transformado, assim, em receptor de informações jurisprudenciais e técnico-burocráticas, perdendo parte de sua autonomia. A própria linguagem técnico-jurídica é uniformizada. É o retorno do monólogo processual, pois, embora o aspecto formal do diálogo seja respeitado, a par de a decisão judicial já ser pré-formulada, haveria pouco a decidir que não tenha sido antecipado, por meio de uma ideia abrangente, corporificada em súmulas mais que persuasivas e instruções normativas vinculantes. Os inesgotáveis e surpreendentes fatos da vida passam a ser adaptados aos rígidos e canhestros compartimentos da lei e da jurisprudência.

Ademais, o excesso de dados padronizados, apresentados em alta velocidade, pode ter como consequência a restrição da faculdade criativa do juiz, que se concentrará em desenvolver sua capacidade de observação, presteza e apreensão de informações, para dar conta da massa de casos repetitivos que lhe são apresentados, em detrimento da reflexão, que é exatamente o que qualifica e diferencia a atuação

⁶ Enunciados que surgem a profusão, lembrando um processo *just in time* nos moldes da toyotização.

do magistrado em relação ao servidor técnico-burocrático. A decisão judicial passa a ser produto, ou seja, mais um serviço realizado pelo Estado e mensurado por critérios estatísticos e mercadológicos; o cidadão, por sua vez, deixa de ser um sujeito de direitos, participativo, para ser um cliente; enquanto ao juiz caberá o gerenciamento da prestação do serviço. O pior: a repetição (imitação), dinâmica e ritmada, estimulada pelas decisões seriadas, de antemão prontas, e que paralisa as correntes da mudança, começa a ser erigida como algo a ser buscado, no âmbito da Indústria Cultural, trazendo em seu bojo, como é perceptível, a obediência hierárquica e a concentração de poder que lhe é inerente, afastando o processo judicial do seu trilho dialógico, democrático.

O discurso passa a substituir seu conteúdo. A rapidez da publicação da decisão judicial passa a significar eficiência. A palavra, exposta em atos orais rápidos, sequenciais e concentrados, é transformada em um falso imperativo fático, enquanto a recomendação normativa e a persuasão do precedente transmudam-se em comandos vinculativos. As decisões judiciais, nesse contexto, são produzidas mecanicamente, e sua motivação nada acrescenta ao inventário cultural, sequer tangenciando o ideal abstrato da justiça, deitando por terra a própria legitimidade da ação judicial em uma sociedade democrática.

Em verdade, o processo eletrônico pode ser considerado, na definição de MCLUHAN (2007), um meio quente, pois prolonga os nossos sentidos em alta definição, por meio do bombardeio de informações multimídias que não deixam muita coisa a ser preenchida ou completada pela audiência. Entretanto, ao construir a decisão judicial é necessário “esfriar” o meio, para permitir maior participação de todos os envolvidos no processo judicial, possibilitando que resultado dialógico seja apreendido. Do contrário, a simultaneidade do meio eletrônico provocará decisões não reflexivas, repetitivas, tornando a motivação uma justificativa pré-formulada em um simulacro de processo judicial.

Sem embargo, o processo eletrônico, como realidade, apresenta desafios interessantes ao encurtar distâncias e plasmar a noção de tempo, porquanto, diferente da era mecânica, a ação do juiz não pode ser mais fracionada e, conseqüentemente, apartada da reação. A decisão judicial na era eletrônica pode ter conseqüências imediatas (pe-

nhora *on line*, alvará de soltura eletrônico, etc.), porém tal não deve significar a perda da capacidade reflexiva do juiz, que será traduzida na motivação da decisão judicial, já que o resultado imediato (*output*) não deve significar a imediatidade da análise dos estímulos (*input*), que são os fatos e fundamentos jurídicos que lhes são apresentados, pelo contrário, exsurge a exigência, nesta nova era eletrônica, de um juiz melhor preparado e consciente de sua responsabilidade pessoal, que deverá se envolver profundamente na análise prévia de seus atos.

Em sentido diametralmente oposto, há que se tomar cuidado como uma consequência *sui generis* da inovação que se avizinha: a reação inusitada do juiz quando se tem por impotente e frustrado perante as novidades do processo eletrônico, o que o leva a exigir que lhe sejam concedidas competências administrativas, que não lhe são pertinentes, acabando por se transformar em um gerente de uma espessa estrutura econômico-burocrática. Pleito que pode gerar confusão entre as decisões gerenciais/operacionais e as decisões políticas sobre os rumos administrativos do Judiciário, deixando de lado, de todo modo, o debate sobre a responsabilidade pessoal pela autonomia da decisão judicial, que deveria estar estampada em cada motivação pelo juiz, individualmente, apresentada.

O fundamentalismo arraigado na alma de alguns outros juízes, que se sentem ameaçados pela nova tecnologia, também deve ser cuidadosamente combatido, pois toda nova tecnologia cria um ambiente que é logo considerado corrupto e degradante, o que provoca uma reação luddista, quando – o que pode ser mais devastador – não se resolve transformar a forma predecessora em uma forma de arte, criando um culto à linguagem jurídica escrita, privilegiando o formalismo, por vezes rococó, em detrimento da substância da motivação da decisão judicial.

De qualquer modo, a oralidade acentuada no processo eletrônico, com a substituição da linguagem escrita pela gravação ambiental de audiências, que podem ser realizadas sem o limite da distância, o que leva a uma mudança na forma dos participantes do processo se manifestarem e, portanto, argumentarem (fato que pode ser notado na transmissão ao vivo de julgamentos), não pode ser considerada novidade, nem muito menos ruptura com a tradição processual.

CAPPELLETTI (2001), nesse diapasão, já ensinava que o processo, que há muito deixou de ser considerado coisa das partes (*Sache der Parteien*), não comunga com a restrição do juiz julgar apenas com base nos escritos, sem entrar em contato oral com os sujeitos do processo, desde, pelo menos, no âmbito da *civil Law*, do florescimento do *ius comune* na Universidade de Bolonha, no limiar do ano 1000 d.c., passando a ser parte fundamental do sistema processual, ainda que precedido por uma fase *pre-trial*, a partir do século XIX.

O interessante é que a eterna desconfiança no exercício do poder de decidir pelo juiz, que deu origem ao processo judicial escrito como forma de proteção contra o juiz insincero por volta do ano 1000, consubstanciou-se na necessidade de motivação das decisões judiciais como forma de o pronunciamento judicial ser validado pelo direito e legitimado pela sociedade democrática. Sociedade essa que pode estar abrindo mão de uma garantia de sua própria subsistência.

Outro ponto a se discutir, *en passant*, diz respeito à influência das ciências na argumentação jurídica, não perdendo de vista que o conhecimento científico não apenas contribui para o desenvolvimento civilizatório, mas, especificamente, colabora com a construção da sociedade. Pois bem, se na antiga Grécia entendia-se que o *physis* e o *ethos* buscavam o fundamento último do ser, com o escopo de alcançar a verdade, dando origem à lógica aristotélica, que moldou o pensamento ocidental. Com o advento do mecanicismo e do determinismo científico newtoniano, todavia, a modernidade estreou privilegiando o conhecimento e a lógica matemática. A própria repetibilidade da imprensa, de base tipográfica, contribuiu para a divulgação da ideia de um tempo e de um espaço contínuo e mensurável. Na contemporaneidade, por sua vez, após o relativismo decorrente das conclusões de Einstein, que induz a ilusão do tempo e do espaço, a linguagem passa a ser a morada do ser, o que respaldaria uma teoria da argumentação jurídica.

Contudo, na esteira de PRIGOGINE (1996), o mundo estável, ordenado e idealizado, descrito pelas leis da física tradicional, estaria distante da realidade do universo instável e evolutivo em que vivemos. Ao contrário, a irreversibilidade, longe do equilíbrio, constantemente está a criar novas formas de coerência, não perdendo de vista

que é graças aos processos irreversíveis que a natureza realiza suas estruturas mais delicadas, mais complexas. A vida só é possível em um universo longe do equilíbrio.

Assim, da mesma forma que o determinismo erige uma barreira em relação à liberdade, criatividade e responsabilidade humanas, pois, além de ser ineficiente, porquanto não pode antever todos os fatos que aleatoriamente surgirão na vida, a massificação de decisões judiciais e o engessamento da competência criativa do juiz, no âmbito do processo judicial, podam o processo construtivo a ser intentado pelos sujeitos do processo. Sendo relevantes as lições de POPPER (2008) no sentido de que a determinabilidade não se aplicaria a efeitos de massa, máxime em razão de depararmos em um universo aberto, de futuro, muitas vezes, imprevisível. Por consequência, se nem todos os fatos que o juiz diuturnamente decide podem ser previstos e classificados de antemão pelos tribunais ou pelas leis, mormente em uma sociedade de massas, onde o franco desenvolvimento tecnológico traz novas questões éticas a cada dia (ambientais, neurocientíficas, genéticas, tecnológicas, etc.), a ênfase deveria ser dada na qualidade da motivação da decisão judicial, que deveria servir como parâmetro crítico para a constante sindicância a ser realizada pela sociedade democrática.

É claro que a técnica inculcada no processo eletrônico, por si só, não define se o meio utilizado será instrumento de emancipação ou de dominação. A utilização do conhecimento, na verdade, é definida pelo contexto sociopolítico-econômico. Contudo, a definição da utilização da ferramenta eletrônica para o desenvolvimento do processo judicial, como corolário do processo democrático, ou o seu emprego como instrumento do fortalecimento do monopólio da razão única, onde a onipresença dos atos procedimentais supera o seu conteúdo, depende apenas da inteligência dos indivíduos que formam a sociedade.

4. CONCLUSÃO

A observância do processo judicial como método democrático casa com a linha traçada por, entre outros, Jürgen Habermas, consubstanciada no desenvolvimento da noção de autonomia de Kant, com a realização da transição da reflexão monológica do Imperativo Categórico para o diálogo, necessário para se considerar a comunidade moral

como “uma comunidade formada de indivíduos livres e iguais que se sentem obrigados a tratar uns aos outros como fins em si mesmo” (2004, p. 13), o que leva à busca do consenso, como um acordo racional, decorrente da autoridade epistêmica de cada participante, que objetiva alcançar soluções que sejam racionalmente aceitáveis para todos os envolvidos, havendo a necessidade, porém, da existência de um órgão garantidor – que, no nosso caso, pode ser identificado com o órgão judicial –, que tenha legitimidade para impor o acordado.

Sem embargo, não apenas a noção de comunidade comunicativa é colocada sob ataque, mas também a própria assertiva de que caberia ao Poder Judiciário promover a resolução consensual de conflitos. Ora, a democratização do correio eletrônico e de outras formas de comunicação à distância tem por corolário a maior universalização do acesso ao Judiciário, com possível diminuição de custos e desburocratização do trâmite procedimental. Por consequência, a via judicial, por natureza destinada primordialmente às questões contenciosas, como vem sendo aparelhada, tornar-se-á a via principal do cidadão para a resolução de conflitos, superando não só as esferas política e administrativa, mas também o próprio diálogo que deveria ele, cidadão, manter com o Outro, transformando-se os argumentos jurídicos, com todas as suas deficiências, na peça principal do discurso público, levando à judicialização da vida.

A situação resta amplificada pela assunção dos processos coletivos (*group action*, *class action*, etc.), causados pelos conflitos trazidos pela complexa sociedade de massa, em uma era de hiperconsumo e de grandes e fechados conglomerados empresariais, assim como pela ação dos entes governamentais, eternos litigantes.

Não seria absurdo pensar, então, que o indivíduo poderia, no futuro, optar pela transferência de sua autonomia para o Estado,⁷ este

⁷ O relato de Raushenbush descrito por CASSIRER (2003, p. 333) é emblemático: “A um merceiro alemão que me tentava explicar a situação do seu país após o advento de Hitler, transmiti o meu sentimento de que alguma coisa de muito valiosa se tinha perdido com as liberdades políticas. Replicou ele: ‘Mas você, afinal. Não compreendeu nada. Antes dessa situação tínhamos de nos preocupar com eleições, partidos, votos. Tínhamos responsabilidades. Mas agora tudo isso acabou. Agora somos livres.’”

na qualidade de um ente asséptico e adiaforético, que decidirá em seu nome, mesmo que não a seu favor, para fugir do incômodo de dialogar diretamente com o Outro ou mesmo pelo descrédito nas instituições estatais reguladoras e administrativas e na conduta dos grandes conglomerados empresarias em uma sociedade massificada.

Assim, o indivíduo estaria abrindo mão de uma liberdade cuja conquista lhe foi muito cara, enquanto o Estado, ao revés, acabaria por montar uma gigantesca, embora sempre insuficiente, estrutura burocrática judicial, com decisões cada vez mais verticalizadas e homogeneizadas. Perderia o cidadão, tutelado, que deixaria de construir os seus limites em contato com o Outro, aprimorando o seu próprio desenvolvimento ao criar instrumentos de convivência social; tal qual perderia o Judiciário, que teria podada a atividade criativa diuturna de seus juízes, bem como a sua função primordial, na linha de FISS (2007), de dar significado e expressão concreta aos valores públicos contidos no direito, e não meramente de resolver conflitos, levando em conta o caráter essencialmente público da decisão judicial, para enfatizar a reprodução mecânica de decisões judiciais concentradas, comportamento que em muito é auxiliado pela utilização da tecnologia inerente ao procedimento eletrônico.

A motivação da decisão judicial é a mais pura expressão do poder que foi ao juiz concedido para dizer o direito, corporificando os valores civilizatórios mais caros àquela sociedade, naquele específico caso. Tal ação é, por natureza, artesanal. Os meios criados pelo gênio humano, como as inovações tecnológicas insertas nos mecanismos eletrônicos, devem servir para melhor qualificar a decisão judicial, permitindo o acesso seguro a todos aqueles que participam do processo às informações necessárias para a busca da definição mais justa. Não se deve inverter a lógica, quero crer, para moldar a participação dos cidadãos na constante construção do seu Judiciário, dentro de uma sociedade democrática, a uma relação de prestação de serviços massificados. Com efeito, se a crise contemporânea é gerada pelas dúvidas causadas pelo excesso e pela rapidez das informações, o caminho democrático não deveria levar à sacralização do pensamento único, com a recriação dos oráculos, mas, sim, conduzir ao estímulo da reflexão e da responsabilidade pessoal em relação ao Outro.

Não se deve olvidar que a linguagem, qualquer que seja sua forma – não perdendo de vista que o processo eletrônico permite a expressão multimídia –, tem sua origem na experiência humana e, portanto, deve observar o *ethos*, pois as tradições e as instituições são construídas para permitir que homem conviva – mas do que sobreviva –, por meio do estabelecimento de relações pessoais. O juiz ao decidir, portanto, nada mais faz que reviver a experiência fundante daquele pensamento, que se tornou universal através dos tempos para aquela sociedade, remodelando-a de acordo com a nova realidade. Ao assim proceder, o juiz, em conjunto com todos os demais participantes do processo, refunda a experiência comum, modificando condutas e redelineando o próprio conceito a respeito do comportamento até então sedimentado. Cada decisão judicial abala a estrutura da própria sociedade, contribuindo para o seu desenvolvimento civilizatório, devendo, portanto, ser reconhecida como ato humano único, de reflexos extensos, que precisa ser partilhada, controlada e legitimada, uma a uma, por toda a sociedade, o que só pode acontecer por meio da análise da sua motivação.

Se o futuro a Deus pertence, como reza um antigo ditado, cabe ao Homem a responsabilidade pelas suas decisões presentes, já que toda experiência é modificadora. Tem o juiz, então, a obrigação de exercer o poder que lhe fora concedido nos limites do consentimento social, de forma artesanal, como o é toda a ação intelectual, observando o dever de zelar pelo processo judicial como meio de construção do processo democrático, prestando contas a todos, e não apenas aos sujeitos do processo, cada vez que justifica a decisão proferida.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do Esclarecimento*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1985.

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Jorge; BADER, Wolfgang (orgs.). *Pensamento Alemão no Século XX*. São Paulo: Cosac Naify, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O Mal-Estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

- CAPPELLETTI, Mauro. *O Processo Civil no Direito Comparado*. Belo Horizonte: Ed. Líder, 2001.
- CARDOZO, Benjamin. *A Natureza do Processo Judicial*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- CASSIRER, Ernst. *O Mito do Estado*. São Paulo: Códex, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- LIPOVETSKY, Gilles. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barca-rola, 2004.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação Jurídica no Direito e na Moral: Justificação e Aplicação*. São Paulo: Landy, 2004.
- FISS, Owen. *El derecho como razón pública*. Madrid: Marcial Pons, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HABERMAS, Jürgen. *A Ética da Discussão e a Questão da Verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Rubi (Barcelona): Anthropos Editorial, 2005.
- MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do Conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana*. São Paulo: Palas Athena, 2001.
- McLUHAN, Marshall. *Os meios de comunicação como extensões do homem*. São Paulo; Cultrix, 2007.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas do Direito Processual*. Oitava Série. São Paulo: Saraiva, 2004.
- PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- POPPER, Karl. *A Sociedade Aberta e seus Inimigos*. Belo Horizonte: Itatiaia, 1987.
- POPPER, Karl. *Sociedad Abierta, universo abierto*. Conversación com Franz Kreuzer. Madrid: Tecnos, 2008.
- PRIGOGINE, Ilya. *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*. São Paulo: UNESP, 1996.
- POSNER, Richard. *Para Além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SESMA, Victoria Iturralde. *Aplicación del derecho y justificación de La decisión judicial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

11

A NOVA REDAÇÃO DO ART. 483, INCISO III, DO CPP, SOB O ENFOQUE DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS E DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

Thiago Colnago Cabral

A promulgação da Lei n. 11.689, de 2008, implementou inúmeras e significativas mudanças no rito do processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, os quais são reservados, por força do art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, à competência do Tribunal do Júri.

Dentre tais mudanças, uma das mais substantivas e de consequências mais representativas foi, inegavelmente, a que emprestou nova redação ao art. 483, inciso III, do CPP, determinando que as teses defensivas decorrentes da defesa técnica ou da autodefesa, desde que importem na absolvição do réu, sejam submetidas ao Conselho de Sentença mediante questionamento assim redigido “o jurado absolve o acusado?”.

Invertendo a lógica da redação original do Código de Processo Penal de 1941, que propugnava pelo detalhamento quase exaustivo das teses defensivas mediante quesitos específicos, o preceito tem o condão de aproximar nosso sistema normativo do modelo inglês e, por isso mesmo, do norte-americano, estabelecendo-se a conjugação das teses defensivas em questionamento único referente à condenação do réu, aos moldes do *guilty or not guilty*.

É certo que, sob o enfoque da votação propriamente dita, a nova redação do art. 483, inciso III, do CPP, facilita substancialmente a

realização da sessão de julgamento, porém a modificação legislativa em questão estabelece situação inusitada que, a par de aproximar o regime brasileiro do modelo do *guilty or not guilty*, desconsidera solenemente que vige entre nós a regra da incomunicabilidade entre os jurados (art. 466, § 1º, do CPP).

Com efeito, é deveras inusitada a importação de regra do modelo inglês do Tribunal do Júri, no qual é livre a manifestação e a persuasão dos jurados entre si, quando o Direito brasileiro tem suas raízes históricas no Direito europeu continental (regime do *common law*), sobretudo porque tais regimes são, especificamente no particular da comunicabilidade dos jurados, absolutamente antagônicos.

A despeito dessa particularidade pontual, é inequívoca a constatação de que, tida a forma em que cunhado o art. 483, inciso III, do CPP, além de haver sido promovida substantiva facilitação na realização da votação durante a sessão de julgamento, foi potencializada, de modo exponencial, a soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, alínea *c*, da Constituição Federal), sobretudo porque, com a aproximação do modelo inglês, ficam ampliadas “as possibilidades de absolvição do réu, inclusive por razões imponderáveis, como a simples clemência” (TJMG, Apelação n. 2048435-52.2007.8.13.0433, Des. Herculano Rodrigues, DJ 01/10/2009).

O contexto em comento estabelece, então, um sistema híbrido no qual a regra do *guilty or not guilty* incide de modo parcial, efetivamente temperado, notadamente porque sua aplicação, conquanto abarque todas as teses defensivas absolutórias, é subsequente ao prévio reconhecimento, em questionamento próprio, da materialidade do fato e da autoria delitiva, de forma que o julgamento não se faz em pergunta única.

A incidência da regra do *guilty or not guilty*, entretanto, fica relegada a segundo plano quando se constata que boa parte da doutrina tem apontado óbice à aplicação literal do preceito, cuja redação é expressa ao indicar a necessidade de que todas, sem ressalvas, as teses defensivas conducentes à eventual absolvição sejam submetidas ao Conselho de Sentença mediante quesito único.

Digo isso valendo-me, por exemplo, da doutrina de Rogério San-ches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto, indicando que

o problema se torna bastante complexo quando a defesa sustenta duas ou mais teses defensivas em plenário (...). De acordo com nossa opinião, desde que sustentadas duas ou mais teses defensivas, impõe-se a individualização das teses em quesitos próprios. Deve prevalecer a individualização das teses defensivas, levando o Conselho de Sentença a se manifestar sobre cada uma isoladamente (sem desdobramentos outros), permitindo ao acusador conhecer, em caso de absolvição, as razões da improcedência da acusação para subsidiar eventual peça recursal (...). A americanização (na verdade, a adoção do sistema inglês, que foi transportado para os EUA) do quesito simplificado pretendido pelo legislador (“O jurado absolve o acusado?”) deve ser bem compreendida. No sistema inglês (ou americano) os jurados se comunicam e buscam em todo momento o consenso (a unanimidade). Tudo pode ser resumido a um só quesito (*‘guilty or not guilty’*) porque em torno de todas as teses defendidas pela defesa os jurados promovem o mais aprofundado debate, até se chegar a um consenso. No Brasil vigora a incomunicabilidade dos jurados. Um não pode tentar influenciar o outro para se adotar essa ou aquela tese. Daí a imperiosa necessidade de serem individualizadas as teses defensivas, em quesitos próprios. (CUNHA, Rogério Sanches & PINTO, Ronaldo Batista. *Processo Penal – Doutrina e Prática*. São Paulo: Juspodivm, p. 172/173).

Luiz Flávio Gomes, na obra *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*, e Fernando da Costa Tourinho Filho, em artigo publicado na Revista *Magister* n. 27, encamparam idêntico entendimento.

Os argumentos da doutrina são, é de se reconhecer, absolutamente justificáveis, notadamente porque, de fato, nas hipóteses em que a defesa suscitar em plenário teses absolutórias diversas (v.g. legítima defesa própria e legítima defesa de terceiro ou estrito cumprimento de dever legal e inexigibilidade da conduta diversa) ter-se-á, no caso de formulação de quesito absolutório único, na forma prevista pelo art. 483, inciso III, do CPP, a completa inviabilidade de se apurar por qual fundamento o Conselho de Sentença concluiu pela improcedência da pretensão punitiva.

Apesar disso, não há como deixar de reconhecer que a exegese em comento, conquanto razoável e justificável, contraria frontalmente a redação do art. 483, inciso III, do CPP, notadamente por ser inegável

a constatação de que, no pormenor, a Lei n. 11.689, de 2008, objetivou a simplificação substancial da quesitação e de sua votação pelo Conselho de Sentença.

Opondo-se à citada concepção, propugnando, portanto, pela cogência da submissão de todas as teses absolutórias ao Conselho de Sentença mediante quesito único formulado nos moldes do art. 483, inciso III, do CPP, Aury Lopes Júnior assevera que

esse quesito é a principal simplificação operada pela Lei 11.689/2008, pois ele engloba todas as teses defensivas (exceto a desclassificação, que será tratada a continuação), não mais havendo o desdobramento em diversos quesitos para decidir-se sobre a existência (ou não) da causa de exclusão da ilicitude ou culpabilidade eventualmente alegada. Agora, a tese defensiva é decidida neste terceiro quesito, sem que se formule uma ou mais perguntas sobre legítima defesa, por exemplo, como no sistema anterior. Apenas para reforçar o afirmado: mesmo que a defesa alegue que o réu agiu ao abrigo da legítima defesa e, alternativamente que não lhe era exigível, naquelas circunstâncias, uma conduta diversa, deverá o juiz formular um único quesito: o jurado absolve o acusado? Apenas isso, nada mais. Qualquer que seja a tese defensiva, abrangida ou não pelo 3º quesito, sempre deverá o juiz formular esse quesito genérico da absolvição. (LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2009, v. 2, p. 295/296).

Idêntico entendimento foi encampado por Leopoldo Mameluque em seu *Manual do Novo Júri*, por Nestor Távora no seu *Curso de Direito Processual Penal*, por Denilson Feitoza na obra *Direito Processual Penal*, por Paulo Rangel no seu *Direito Processual Penal* e por José Henrique Pierângeli em artigo veiculado na *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 26.

O tema, a despeito de novo, já foi submetido ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais em pelo menos 4 oportunidades, tendo a Corte concluído que “a condensação das teses defensivas (legítima defesa e inexigibilidade de conduta diversa) em um único quesito atende às substanciais alterações promovidas pela Lei 11.689/08 no procedimento do Júri (art. 483 do CPP)”, concluindo pela inexistência da “obrigatoriedade de se elaborar quesitos específicos para cada uma delas” (cf. Apelações Criminais n. 0954557-67.2004.8.13.0701 e 0077430-

50.2007.8.13.0582, cuja relatoria foi do Des. Alexandre Victor de Carvalho; Apelação Criminal n. 0343982-05.2006.8.13.0596, relatada pelo Des. Adilson Lamounier; e Apelação Criminal n. 1.0433.07.204843-5/001, de relatoria do Des. Herculano Rodrigues).

Assim, tenho que, a par dos ponderáveis argumentos aviados em prol do entendimento diverso, não há como se possa, salvo incorrendo em nulidade na forma do art. 564, inciso III, alínea *k*, e parágrafo único, do CPP, individualizar cada uma das teses absolutórias em razão dos termos expressos e peremptórios em que redigido o art. 483, inciso III, do CPP.

Logo, invariavelmente, as teses absolutórias da defesa haverão de ser submetidas ao Conselho de Sentença em quesito único.

Poderia suscitar-se, entretanto, que a individualização das teses defensivas em quesitos distintos não configuraria nulidade, especificamente porque ausente o requisito essencial do prejuízo à parte (art. 563 do CPP).

Penso que não.

A razão remonta à verificação de que a nova forma de quesitação das teses defensivas repercute em substancial favorecimento ao acusado, de modo que sua inobservância ensejará, obrigatoriamente, prejuízo à defesa.

Um exemplo demonstrará mais claramente a assertiva: suponhamos que em imputação de homicídio a policial, a defesa avie pretensão absolutória fundada nas excludentes da legítima defesa e do estrito cumprimento de dever legal. Na hipótese proposta, é de se reconhecer que, fossem individualizadas as teses no quesito previsto no art. 483, inciso III, do CPP, seria absolutamente possível que ambas fossem rejeitadas pelo Conselho de Sentença, em 2 quesitos, por 5 votos a 2. Nessa situação, ter-se-ia, então, conclusão de rejeição das teses defensivas, com condenação do réu. Por outro lado, não individualizadas as alegações da defesa, submetendo-as ao Conselho de Sentença em questionamento único, ter-se-á, ao contrário, a invariável rejeição da pretensão punitiva, por acolhida das teses defensivas, dessa feita pelo resultado único de 4 votos a 3, já que se somariam as conclusões de 4 jurados acolhendo a alegação de excludente de ilicitude, conquanto em espécies distintas.

Merece ser ressalvado, porém, que a situação em comento, conquanto possa aparentar certa surpresa, foi anotada como corriqueira por Andrey Borges Mendonça, indicando que

se quatro jurados absolvem o réu, cada um adotando uma tese defensiva diversa, não se pode alegar que tenha ocorrido equívoco no julgamento, porque o que importa é que a maioria dos jurados entendia ser caso de absolvição, independentemente de qual foi a motivação que levou cada jurado a proferir seu voto. Vale destacar que é plenamente possível que ocorra tal situação fora do Júri. Por exemplo, em uma turma de um Tribunal, composta por cinco membros, é plenamente possível que todos votem pela absolvição do réu, mas cada um adote uma motivação diversa. [...] Ora, se aos juízes togados, que estão vinculados ao princípio da persuasão racional, é possível absolvição com fundamentos diversos, nos parece que maior razão existe para se admitir a mesma forma de absolvição no Júri, em que se aplica o princípio da íntima convicção. (MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Método Editora, 2009, p. 114).

É, outrossim, imperiosa a constatação de que, ao modificar a redação do art. 483, inciso III, do CPP, a Lei n. 11.689, de 2008, empreendeu substancial favorecimento à condição do acusado, aumentando suas chances defensivas na proporção exata em que potencializou a soberania dos veredictos (expressão utilizada pelo Desembargador Herculano Rodrigues, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Criminal n. 1.0433.07.204843-5/001), de forma que a individualização das teses defensivas, mesmo que adotando a expressão “o jurado absolve o acusado?” em tantos quesitos quantas forem as teses, enseja necessariamente prejuízo ao acusado, repercutindo, por conseguinte, em nulidade insanável, nos moldes do art. 564, inciso III, alínea *k*, e parágrafo único, do CPP.

Ratifica tal entendimento a verificação de que, ao reservar ao Tribunal do Júri a competência para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, a Constituição Federal assegurou ao Conselho de Sentença a prerrogativa de sua apreciação nos limites da consciência dos jurados, cuja soberania foi incrementada com a adoção, ainda que parcial, da regra do *guilty or not guilty*, a qual possibilita até mesmo eventual absolvição por clemência.

A vinculação, portanto, da prerrogativa absolutória a determinada tese defensiva, corolário da proposta de individualização das teses na fase do art. 483, inciso III, do CPP, viola, ainda, o art. 5º, XXXVIII, alínea *d*, da Constituição Federal, eis que mitiga a prerrogativa do jurado de absolver o réu por imperativo de consciência desvinculado de qualquer argumento técnico-jurídico, malversando, outrossim, sua competência para processar e julgar crimes dolosos contra a vida.

A conclusão em comento, no sentido de que as teses absolutórias não de ser submetidas ao Conselho de Sentença mediante quesito único, comporta exceções, sendo a mais evidente aquela decorrente do questionamento acerca da autoria delitiva (art. 483, inciso II, do CPP). Também estará excepcionada a regra em comento nas hipóteses (a) de absolvição imprópria decorrente da inimputabilidade, que exige questionamento quanto à aplicação de medida de segurança; (b) de excesso de legítima defesa na modalidade culposa; (c) de arrependimento eficaz; (d) de desistência voluntária; e (e) de erro de proibição vencível.

A promulgação da Lei n. 11.689, de 2008, trouxe a lume, ainda, outra questão absolutamente relevante, consistente em aquilatar a obrigatoriedade, ou não, da formulação do quesito “o jurado absolve o acusado?”, nas hipóteses em que a defesa – técnica ou pessoal – não suscite tese absolutória diversa da negativa de autoria.

No pormenor, não há como deixar de considerar que o art. 483, § 2º, do CPP, dispõe que “respondidos afirmativamente por mais de 3 (três) jurados os quesitos relativos aos incisos I e II do *caput* deste artigo será formulado quesito com a seguinte redação: O jurado absolve o acusado?”, o qual induziria, pela utilização do modo verbal imperativo, a cogência da formulação do quesito, independentemente dos argumentos defensivos do acusado e seu defensor.

Essa posição foi, a propósito, adotada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul quando concluiu que

a indagação aos jurados do terceiro quesito (“O jurado absolve o acusado?”) é obrigatória e independe da quantidade ou qualidade das teses defensivas. Assim, mesmo que a única tese defensiva seja a negativa de autoria e que os jurados já tenham respondido afirmativamente ao segundo quesito (“O réu concorreu para a prática do crime?”), deverá ser formulado o ter-

ceiro quesito (‘O jurado absolve o acusado?’). (TJRS, Apelação n. 70031002595, Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, j. 21/10/2009).

Também aqueles que sustentam a prerrogativa do Conselho de Sentença de absolver o acusado por razão de clemência haverão, por corolário, de admitir como obrigatória a formulação do quesito previsto no art. 483, inciso III, do CPP, independentemente das alegações defensivas, consoante se infere de julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que averbou que

mesmo reconhecendo a autoria do crime quanto a um dos agentes, pode o Conselho de Sentença absolvê-lo, ainda que a defesa não tenha manifestado outra tese senão a de negativa de autoria, pois os Jurados decidem por sua íntima convicção, sendo-lhes possível, inclusive, absolver o réu por motivo não alegado pela defesa (TJMG, Apelação n. 1.520.03.001302-0/004, Des.^a Jane Silva, DJ 10/11/2009).

Em oposição ao referido entendimento, de outro lado, é invocada a prescrição do art. 482, parágrafo único, do CPP, segundo o qual, na elaboração dos quesitos, o Juiz Presidente “levará em conta os termos da pronúncia ou das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação, do interrogatório e das alegações das partes”, consoante se infere da doutrina de Andrey Borges de Mendonça, que adverte que “existindo apenas uma tese defensiva – negativa de autoria, por exemplo –, caso esta tese tenha sido afastada pelos jurados, não deve o magistrado formular o quesito genérico (‘O jurado absolve o acusado?’)” (MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Método Editora, 2009, p. 115/116)

A meu sentir, não há como se possa deixar de reconhecer a obrigatoriedade da formulação do quesito referido no art. 483, inciso III, do CPP, independentemente das alegações defensivas feitas em plenário, pena de, violando a regra da soberania dos veredictos (art. 5º, inciso XXXVIII, alínea *d*, da CF), vedar ao Conselho de Sentença o exercício pleno de sua liberdade de consciência e julgamento, já que, por via reflexa, impedido o julgamento absolutório.

Com efeito, reservar aos cidadãos integrantes do Conselho de Sentença, e não ao juiz de carreira, a competência para processar e

julgar os crimes dolosos contra a vida e, ato contínuo, destituí-los da prerrogativa de proferir julgamento absolutório, por meio da conclusão de que a formulação do quesito “o jurado absolve o acusado?” fica condicionado à alegação da defesa, configura violação à autonomia e à independência do Poder Judiciário e, assim, malversação ao art. 2º da Constituição Federal.

Ademais, atrelar a formulação do quesito previsto no art. 483, inciso III, do CPP, às manifestações das partes em plenário repercute, em contrariedade ao propósito da Lei n. 11.689, de 2008, na inaplicabilidade do modelo do *guilty or not guilty* inequivocamente incorporado ao nosso ordenamento.

Logo, a título de premissa, é de se reconhecer que o quesito absolutório deve ser formulado, em regra, em questionamento único, de presença obrigatória independentemente das alegações defensivas sustentadas em plenário.

A constatação de que a promulgação da Lei n. 11.689, de 2008, transplantou, ainda que parcialmente, a regra do *guilty or not guilty* para o Processo Penal brasileiro, mediante submissão das teses defensivas absolutórias ao Conselho de Sentença em quesito único, de maneira a admitir, inclusive, a rejeição da pretensão punitiva por razão de consciência fundada na clemência dos jurados, repercute em outra questão a demandar extenso exame.

É que, conquanto de um lado a adoção do modelo do *guilty or not guilty* admita absolvição decorrente de imperativo de consciência, de outra banda, o Código de Processo Penal vigente prescreve, relativamente às decisões do Tribunal do Júri, que será cabível apelação quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP).

Impõe-se, destarte, a conciliação das referidas regras.

Com efeito, a parcial adoção do modelo do *guilty or not guilty* pela nova redação do art. 483, inciso III, do CPP, que potencializou substancialmente a soberania dos veredictos, na expressão do eminente Desembargador Herculano Rodrigues, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de maneira a possibilitar juízo absolutório calcado na clemência, induz efetiva limitação à possibilidade de reexame da ação penal em sede recursal, ensejando, por consequência, restrição

ao princípio do duplo grau de jurisdição reconhecido pela doutrina de Fernando Capez, Rogério Sanches da Cunha, Ronaldo Batista Pinho e Fernando da Costa Tourinho Filho.

Historicamente, a limitação cognitiva prevista no art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP, tem por escopo conciliar o dogma da soberania dos veredictos com a inadmissibilidade de que o Conselho de Sentença adote decisão arbitrária, no sentido de ser destituída de fundamento probatório, estatuinto “regra excepcionalíssima, cabível somente quando não houver, ao senso comum, material probatório suficiente para sustentar a decisão dos jurados” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 717), acrescentando Luiz Flávio Gomes, Rogério Sanches da Cunha e Ronaldo Batista Pinto que “seria inconcebível que uma decisão, obviamente divorciada da prova do processo, não pudesse ser revista por meio de recurso, o que afrontaria outro princípio previsto implicitamente na Constituição (e explicitamente na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – cf. art. 8º, 2, *h*) que é o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade da parte prejudicada, pelo menos uma vez, ver reexaminada a matéria por um órgão superior”. (GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches da; & PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008, p. 22).

Destarte, de um lado, há de ser reconhecido que comporta reforma eventual decisão de Conselho de Sentença que seja divorciada dos elementos de convicção colhidos, porém, de outra banda, não há como se possa negar que a promulgação da Lei n. 11.689, de 2008, ampliou substantivamente a soberania dos veredictos, possibilitando a absolvição do réu até mesmo por clemência, mediante resposta afirmativa ao quesito “o jurado absolve o acusado?”.

A questão que se coloca, então, é estabelecer qual o ponto limítrofe, na nova sistemática decorrente da adoção temperada da regra do *guilty or not guilty*, entre o regular exercício da soberania dos veredictos, que foi amplamente majorada pela Lei n. 11.689, de 2008, e a arbitrária adoção de julgamento em manifesta contrariedade à prova dos autos.

Portanto, apesar da ampliação dos poderes do Conselho de Sentença, não é possível reconhecer a esse a prerrogativa de, em descompasso com elemento de convicção mínimo e, assim, arbitrariamente, promover julgamento da causa.

Na espécie, caberá ao órgão *ad quem* cotejar todas as teses absolutórias aviadas, sem ressalva, com o acervo probatório, de modo a aferir se ao menos alguma delas é compatível com as provas colidas. Nesse caso, mesmo sem poder aferir ao certo qual o fundamento erigido pelo Conselho de Sentença para lastrear a absolvição, haverá de ser privilegiado o dogma constitucional da soberania dos veredictos pelo simples fato de um único dos argumentos da defesa ser compatível com as provas colhidas.

Assim, assumirá inegável relevância o atendimento, pelo Juiz Presidente, do que determina o art. 494 do CPP, segundo o qual “de cada sessão de julgamento o escrivão lavrará ata”, sendo requisito que a mesma registre “os debates e as alegações das partes com os respectivos fundamentos”, notadamente quanto a possível absolvição por clemência ou benevolência (art. 495, inciso XIV, do CPP).

De outro lado, se nenhuma das teses defensivas encontrar lastro probatório, configurada estará a postura arbitrária do Conselho de Sentença que deliberar pela absolvição do agente, restando suficientemente demonstrada a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, a qual induz à acolhida da pretensão recursal com desconstituição do julgamento e submissão do réu a novo júri.

Tal entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em precedente que prescreve que

é nulo o julgamento quando a única tese alegada tanto pela defesa técnica quanto pelo réu é a de negativa de autoria, e os jurados, após reconhecerem a materialidade e a autoria do delito absolvem o réu ao responderem ao quesito genérico previsto no art. 483, III, do CPP. (TJMG, Apelação n. 664499-31.2007.8.13.0625, Des. Adilson Lamounier, DJ 10/02/2010).

De se reconhecer, outrossim, que com a nova redação do art. 483, inciso III, do CPP, restou minorada a incidência do duplo grau de jurisdição nos processos de competência do Tribunal do Júri, na mesma proporção em que foi potencializada a soberania dos veredictos,

de forma que o reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos estará adstrito à constatação de que nenhuma das teses defensivas encontra amparo nos elementos de convicção colhidos.

Nas demais hipóteses, isto é, nas situações em que aviadas diversas teses absolutórias, mesmo que não se possa apurar ao certo qual o fundamento adotado pelo Conselho de Sentença, não será dado à instância recursal submeter o acusado a novo julgamento se ao menos algum dos argumentos for compatível com o acervo probatório colhido.

Impõe-se, assim, conciliar essas conclusões com o reconhecimento, firmando anteriormente, de que é dado ao Conselho de Sentença promover absolvição fundada em razões de clemência ou benevolência, denominadas genericamente como causas metajurídicas que em nada se confundem, por exemplo, com a hipótese legal do homicídio privilegiado (art. 121, § 1º, do CP).

Dizem-se metajurídicas porque, por decorrerem de clemência ou benevolência dos jurados e, assim, de imperativo de consciência, não assumem a feição de fundamento jurídico-normativo, tornando impossível sua comprovação pelos meios de prova admitidos processualmente e, portanto, seu debate sob o enfoque da lei, da doutrina e da jurisprudência.

Ora, tida a premissa de que clemência, piedade ou benevolência em nenhuma hipótese poderão ser extraídas das provas colhidas, notadamente porque essencialmente metajurídicas, absolutamente viável o reconhecimento de decisão manifestamente contrária à prova dos autos, no caso de ser absolvido o réu por esses fundamentos, de forma que o tribunal competente somente estará jungido à mencionada decisão na hipótese de segundo julgamento (art. 593, § 3º, do CPP).

Destarte, a decisão por causa metajurídica proferida em primeiro julgamento perante o Tribunal do Júri configurará deliberação manifestamente contrária à prova dos autos, comportando sua cassação em sede de apelação, ao passo que, na hipótese de idêntica situação se verificar no segundo julgamento, não haverá como se possa, em sede recursal, por força do art. 593, § 3º, do CPP, exercer controle de legalidade da decisão dos jurados, de modo que haverá de ser privilegiada a deliberação manifestamente contrária à prova dos autos, resguardando-se, outrossim, a soberania dos veredictos.

Ressalvada a hipótese do segundo julgamento, por força do art. 593, § 3º, do CPP, é de se concluir que admitir a absolvição por causa meta-jurídica repercute em violação ao art. 593, inciso III, alínea *d*, do CPP, eis que padece a mesma do vício decorrente da manifesta contrariedade à prova dos autos, no sentido de lhe faltar lastro probatório suficiente à absolvição, tanto assim que absolutamente tormentosa a tentativa de adequá-la aos incisos do art. 386 do Código de Processo Penal.

Nesse diapasão, impõe-se a conclusão de que a implantação da regra do *guilty or not guilty* em nosso sistema processual foi tão minorada que acabou por restar, em grande parte, absolutamente desconfigurada, seja porque a decisão do Conselho de Sentença comporta controle de legalidade em sede recursal, seja porque a prerrogativa dos jurados de decidir conforme sua livre consciência, eventualmente em contrariedade às provas, tal qual vigia antes da promulgação da Lei n. 11.689, de 2008, é restrita ao segundo julgamento, conquanto agora esteja desvinculada de uma alegação específica da defesa.

Somente assim ter-se-ão por respeitadas as prescrições legais que, a par de resguardarem a soberania dos veredictos, potencializada mediante adoção parcial do modelo inglês do *guilty or not guilty*, vedam, por outro lado, a prolação, pelo Conselho de Sentença, de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, assegurando a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição no processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

1. BIBLIOGRAFIA

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches da; PINTO, Ronaldo Batista. *Comentários às Reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito*. São Paulo: RT, 2008.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009, v. 2.

MAMELUQUE, Leopoldo. *Manual do Novo Júri*. São Paulo: RT, 2008.

MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova Reforma do Código de Processo Penal*. 2. ed. São Paulo: Método Editora, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

12

RECURSO CONTRA A DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

Vitor Luís de Almeida

1. INTRODUÇÃO

O vigente Código de Processo Civil brasileiro já nasceu sob a tutela do revisionismo. Promulgado em 1973, já no período de *vacatio legis*, sofreu alterações em vários de seus dispositivos, com fins a adequar o texto aprovado pelo Congresso Nacional ao verdadeiro sistema processual civil, pretendido à época.

Nestes trinta e seis anos de vigência, o estatuto processual civil pátrio passou por outras tantas reformas setoriais, sempre no intuito de acompanhar a evolução do Direito, garantindo a existência de procedimentos mais efetivos e céleres. Dentre as reformas mais recentes, a nova definição do instituto jurídico da sentença e a introdução do processo sincrético foram responsáveis pela modificação de conceitos solidificados, há muito já criticados pelos modernos processualistas.

No atual contexto normativo, o presente trabalho tem por escopo discutir e sugerir soluções sobre o cabimento e adequação do recurso a ser interposto contra a decisão que acolhe parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença.

2. AS ONDAS REFORMATÓRIAS DO PROCESSO CIVIL PÁTRIO NAS ÚLTIMAS DUAS DÉCADAS

Na última década do século XX, iniciou-se uma onda de reformas do Processo Civil pátrio, a qual tem como objetivo a efetividade do processo. Em linhas gerais, podemos identificar três fases dessa reforma. A primeira delas foi procedida por meio da edição das Leis n. 8.445/1992, 8.710/1993 e 8.898/1994 que, respectivamente, alterou as disposições atinentes à prova pericial, introduziu a citação via correio e modificou a sistemática da liquidação de sentença, extinguindo a liquidação por cálculo do contador.

A segunda fase teve início com a Lei n. 8.950/1994, que alterou a sistemática recursal. Em sequência, entraram em vigor a Lei n. 8.951/1994, criando a consignação em pagamento extrajudicial; a Lei n. 8.952/1994, instituindo as tutelas antecipada e específica; a Lei n. 8.953/1994, que procedeu tímidas alterações no processo de execução. Em 1995, a Lei n. 9.079 introduziu a ação monitória no ordenamento jurídico brasileiro. Após mais de cinco anos sem reformas, surgem em 2001, a Lei n. 10.352, dando novo tratamento ao reexame necessário, e a Lei n. 10.358, responsável por reconhecer a existência e eficácia das decisões mandamentais e executivas *lato sensu*. Em 2002, a Lei n. 10.444 estabeleceu tópicas alterações no processo executivo.

Após a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, que introduziu no ordenamento constitucional o princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal), surge a terceira fase das reformas, a qual teve por principal escopo a consolidação do processo sincrético que compreende de forma concomitante as tutelas cognitiva e executiva. Nesse diapasão, a Lei n. 11.187/2005 conferiu nova disciplina ao recurso de agravo e a Lei n. 11.232/2005 alterou sobremaneira a execução de título judicial, estabelecendo a fase de cumprimento de sentença, no processo hoje sincrético. Em 2006, são editadas a Lei n. 11.276, que introduz modificações na forma de interposição dos recursos e no saneamento de nulidades processuais; a Lei n. 11.277, que permite a reprodução do teor de sentenças de improcedências, com relação às matérias idênticas, cuja controvérsia for unicamente de direito; a Lei n. 11.280, alterando os

institutos da incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, cartas precatórias e rogatórias, ação rescisória e vista dos autos; a Lei n. 11.341, que estabelece critérios para configuração da divergência jurisprudencial para fins de admissibilidade do recurso extraordinário; e a Lei n. 11.382, responsável por alterações de normas inerentes à execução de títulos extrajudiciais, além de reconhecer a força probatória de peças reprográficas declaradas autênticas pelo próprio advogado.

Atualmente, encontra-se em fase final de tramitação no Poder Legislativo federal, o projeto do novo Código de Processo Civil, que ainda trará substanciais alterações ao ordenamento legal pátrio, sempre com fins a garantir uma maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional.

Nestas quase duas décadas de reformas da legislação processual civil, uma das alterações mais veementes foi a que introduziu o processo sincrético, por meio do cumprimento de sentença (Lei n. 11.232/2005), a qual dentre outras modificações, disciplinou a impugnação como meio de defesa ao cumprimento, antiga execução fundada em título judicial. Nesta atual disciplina legal, o § 3º, do art. 475-M, do Código de Processo Civil dispõe que “a decisão que resolver a impugnação é recorrível mediante agravo de instrumento, salvo quando importar extinção da execução, caso em que caberá apelação”.

A mera interpretação gramatical do dispositivo legal revela, sem maiores discussões, que restou disciplinado o recurso cabível contra decisão que julgar improcedente a impugnação, no caso o agravo de instrumento e contra a sentença que importar a extinção da execução, sendo este a apelação. Entretanto, a questão ganha relevo quando o acolhimento da impugnação ensejar a extinção parcial da execução, em especial, levando-se em consideração a nova definição de sentença proposta pelo legislador processual reformista, disposta na atual redação da art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, e as consequências advindas do cabimento e adequação do agravo de instrumento ou da apelação.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A NATUREZA JURÍDICA DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA

À luz dos dispositivos legais do Código de Processo Civil, alterados pela Lei n. 11.232, de 2005, surgiram três correntes doutrinárias sobre a natureza jurídica da impugnação ao cumprimento de sentença, cujo conhecimento mostra-se necessário e pertinente, uma vez que, conforme a interpretação dada, as consequências recursais mostram-se diversas.

A primeira corrente, expressada por Arruda Alvim, defende a ideia de que a impugnação tem natureza jurídica de ação, tal como ocorria com os extintos embargos à execução de título judicial, tendo em vista estarem presentes nessa os mesmos elementos constitutivos dos antigos embargos do devedor. Assim, a impugnação instauraria uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório ao credor, exigindo um julgamento por sentença, o qual se revestiria da autoridade de coisa julgada.

A segunda corrente, no escólio do Ernane Fidélis dos Santos, manifesta-se pela consideração da impugnação ao cumprimento de sentença como mero incidente processual, visando apenas a defesa do devedor. Salienta que sendo o cumprimento de sentença somente uma fase no processo sincrético, posterior ao trânsito em julgado da sentença na fase do conhecimento ou à provisória exigibilidade do provimento jurisdicional em razão do recebimento do recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, a impugnação seria oposta como mero incidente, sendo apreciada por meio a decisão interlocutória, sujeita, portanto, ao recurso de agravo. No caso, a modalidade aplicável ao agravo seria a de instrumento, em razão da impossibilidade de interposição em sua forma retida, considerando-se que esse depende de posterior reiteração em preliminar de eventual recurso de apelação em face da sentença, que no pertinente, poderá não existir.

A terceira corrente, defendida por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, a qual nos filiamos, entende ter a impugnação uma natureza híbrida, sendo um misto de ação e defesa. Assim, dependendo do objetivo colimado e das questões suscitadas, a impug-

nação poderá dar ensejo a uma sentença ou a uma decisão interlocutória. Neste ínterim, entendemos acertada a disposição do art. 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil, que prevê o cabimento do recurso do agravo de instrumento contra as decisões proferidas em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, manifestadas por meio de provimentos interlocutórios, decidindo a questão incidente levantada, à exceção do provimento jurisdicional que acolhe a impugnação, ensejando a extinção da execução, ou seja, fase do cumprimento de sentença, hipótese na qual é cabível a apelação.

4. A ATUAL DEFINIÇÃO DE SENTENÇA NA ÓPTICA DO LEGISLADOR PROCESSUAL REFORMISTA

Antes da reforma no Código de Processo Civil, inerente à Lei n. 11.232/2005, o conceito de sentença era bastante criticado pela doutrina que entendia existir uma tautologia que não refletia o verdadeiro alcance do instituto. A característica básica da sentença era sua finalidade de extinguir o processo em primeiro grau de jurisdição, com ou sem julgamento do mérito.

Com a reforma processual e a extinção da autonomia do processo de execução fundado em título judicial, introduzindo-se o processo sincrético, a atualização do conceito de sentença tornou-se ainda mais necessária, uma vez que esse provimento jurisdicional, ao menos em processo de conhecimento tendente a uma sentença condenatória, não mais extinguiu o processo em primeiro grau de jurisdição, pondo fim apenas a fase de um procedimento mais amplo, propenso a garantir efetividade à pretensão jurisdicional buscada pela parte, o qual será seguido pela posterior fase de cumprimento de sentença.

Atualmente, a definição de sentença disposta no art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, tem por característica norteadora seu conteúdo, em substituição à finalidade do ato, implicando no provimento do juiz que faz alusão a alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 do estatuto processual civil. Não obstante a melhor técnica do preceito legal, existem pronunciamentos judiciais que, apesar de proferidos no curso do processo, têm por conteúdo uma das matérias constantes dos incisos dos arts. 267 ou 269 do Código de Processo

Civil, a exemplo da decisão que afasta um dos litisconsortes do processo, indefere liminarmente a reconvenção ou declaratória incidental. Assevere-se que, apesar de tais decisões terem conteúdo de sentença, se assim forem consideradas, desafiando recurso de apelação, poderiam trazer um inconveniente quase insuperável ao processo, levando-se em consideração que os autos deveriam ser encaminhados à instância superior para apreciação do recurso, paralisando-se o processo, o que seria diretamente contrário aos objetivos das reformas processuais, em especial ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

De tal forma, a mera interpretação gramatical não tem cabimento, sob pena de violação a todo o sistema recursal do Código de Processo Civil, mostrando-se como melhor opção, a interpretação sistemática e teleológica do art. 162, § 1º, do Código de Processo Civil, analisando sua conexão com as demais normas processuais do sistema, com a finalidade e utilidade social da norma e sua aplicabilidade à razoável duração do processo, com fins a melhor servir à tutela dos interesses da sociedade. Por conseguinte, o ato judicial, para ser considerado sentença, deverá, necessariamente, adimplir a um critério misto, contendo matéria disposta nos artigos 267 ou 269 da lei processual civil e, concomitantemente, extinguindo a fase de conhecimento ou o processo, considerado em sua integralidade.

Assim, sem olvidar da existência de posicionamentos diversos, que indicam ser sentença qualquer ato judicial que em seu conteúdo encerre uma das situações da resolução ou não do mérito, ainda que não extinga o processo, sendo recorrível por agravo, entendemos que a decisão inerente à impugnação ao cumprimento de sentença, está sujeita, em certos casos, à interpretação sistêmica e teleológica acima disposta.

5. A DECISÃO QUE ACOLHE PARCIALMENTE A IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA E O PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL

Analisando o disposto no artigo 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil, verificamos que, considerando-se a natureza híbrida da impugnação ao cumprimento de sentença, o texto legal é claro e não

pende dúvidas a respeito da recorribilidade de seu julgamento quando a impugnação é rejeitada, sendo cabível o agravo de instrumento. Assim, a decisão que não acolhe, rejeita ou mesmo não conhece da impugnação, permitindo a sequência do processo, na fase de cumprimento da sentença, é, sem dúvida, interlocutória, razão pela qual, sujeita a agravo, no caso interposto em sua forma instrumentada, uma vez que o legislador pátrio bem observou a dificuldade de interposição de agravo retido, ainda que tal decisão não se encartasse nas hipóteses previstas na parte final do artigo 522 do Código de Processo Civil, que excepcionam a regra de interposição do agravo, em sua forma retida.

Lado outro, caso o magistrado conheça e acolha a impugnação, extinguindo-se a execução, tem-se que tal provimento jurisdicional tem natureza de sentença, uma vez que além de ter como conteúdo uma das situações dispostas nos artigos 267 ou 269, do Código de Processo Civil, determina a extinção integral do processo. Dúvida não resta, portanto, que o recurso adequado será a apelação. Nesse sentido, é o escólio de Humberto Theodoro Júnior:

Diante dessa complexidade, a lei, embora não trate a execução por quantia certa como um processo distinto em face daquele onde proferiu a sentença condenatória, qualifica como sentença a decisão que, ao acolher a impugnação do executado determina a ‘extinção da execução’ (art. 475-M, § 3º).¹

Resta-nos apreciar o recurso cabível contra a decisão judicial que acolhendo parcialmente a impugnação enseje apenas a extinção parcial da execução, como nos casos de pagamento parcial, remissão parcial, compensação parcial, dentre outros. Em tais situações, dúvidas poderão surgir quanto à natureza desse provimento jurisdicional e, conseqüentemente, quanto ao recurso cabível.

Não obstante o conteúdo de tais decisões importar em uma das situações legais de resolução ou não de mérito, o que em princípio lhe garantiria a característica de sentença, o processo não será extinto como um todo, prosseguindo o cumprimento da sentença com rela-

¹ In: *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 153.

ção ao objeto restante. Por tal razão, analisando a nova sistemática do critério misto para a definição de sentença, mostra-se mais adequada a interpretação desse ato judicial como se tratasse de decisão interlocutória, desafiada, portanto, pelo recurso de agravo, na modalidade de instrumento. A doutrina pátria coaduna com tal entendimento, conforme os ensinamentos de Araken de Assis:

Com efeito, a apelação somente se tornará o recurso próprio, em princípio, na hipótese de acolhimento total da impugnação e, conseqüentemente, de extinção da execução (art. 475-M, § 3º, *in fine*). Neste caso, os autos em que tramitou a impugnação se encontram livres para neles se desenvolver o procedimento recursal.²

Analisando a jurisprudência pátria, verificamos a existência de decisões que corroboram esse entendimento. O Ministro Jorge Mussi, da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questão inerente a extinção parcial da execução, manifestou-se no sentido de que: “A extinção parcial da execução possui caráter interlocutório e deve ser desafiada por meio de agravo de instrumento.”³ No Tribunal de Justiça de Minas Gerais, o Desembargador Luciano Pinto, em voto recente, proferido em abril de 2010, ao avaliar o cabimento de recurso contra a decisão de acolhimento parcial da impugnação ao cumprimento de sentença, coaduna com o entendimento ao explicar que: “A decisão que acolhe parcialmente a impugnação tem natureza interlocutória, haja vista que, posteriormente, continua seu regular prosseguimento, de modo que desafia Agravo de Instrumento e não Apelação.”⁴

Por fim, necessário se faz discorrer sobre a aplicação do princípio da fungibilidade recursal no caso de provimento parcial à impugnação ao cumprimento de sentença.

É cediço que o sistema recursal previsto no Código de Processo Civil manifesta-se de modo simplificado, sendo adequado e cabível o recurso de apelação para objetivar a reforma de sentenças e o agravo para as decisões interlocutórias.

² In: *Manual de execução*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1163.

³ AgRg no REsp 956960/PR, j. 08/09/2009, DJe 13/10/2009. Disponível em: <www.stj.jus.br>.

⁴ Apelação n. 1.0707.01.033005-8/004(1), j. 08/04/2010, p. 28/04/2010. Disponível em: <ww.tjmg.jus.br>.

Em casos de fundada dúvida doutrinária e jurisprudencial sobre o recurso cabível contra decisão judicial, tem aplicação o princípio da fungibilidade recursal, desde que inexistente a má-fé processual, o erro grosseiro e que o recurso ajuizado de forma equivocada tenha sido interposto no prazo do recurso adequado.

Apesar de ser o agravo de instrumento o recurso adequado contra a decisão que acolhe parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, sem extinguir a execução em sua integralidade, tendo em vista o celeuma jurídico que absorve a questão, entendemos que a interposição da apelação não demonstra erro grosseiro ou má-fé. Portanto, caso esse recurso seja ajuizado no prazo do agravo de instrumento, mostra-se possível o seu conhecimento, em razão da aplicação do princípio da fungibilidade recursal.

6. CONCLUSÃO

Buscamos por intermédio do conteúdo explanado demonstrar que na atualidade o processo civil brasileiro tem passado por uma onda reformista que visa sobretudo garantir uma maior celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, atendendo-se ao contemporâneo direito fundamental à razoável duração do processo, inserido no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, por força da Emenda Constitucional n. 45, de 2004.

Nesta linha reformista, a Lei n. 11.232/2005 alterou substancialmente a antiga execução fundada em título executivo judicial, inserindo no ordenamento jurídico pátrio o processo sincrético, passando as ações condenatórias cíveis a terem uma nova fase procedimental denominada cumprimento de sentença. Como possibilidade de defesa do executado, surge então a impugnação ao cumprimento de sentença, em substituição aos embargos do devedor, que possui uma natureza híbrida de ação e defesa.

Lado outro, afastando a mera interpretação gramatical do conceito de sentença previsto na atual redação do artigo 162, § 1º, do Código de Processo Civil, e utilizando os métodos sistemático e teleológico, verificamos que a definição de sentença passa a ser disposta por um misto critério, cujo conteúdo esteja afeito a matéria disposta nos

artigos 267 ou 269 da lei processual civil e, de forma concomitante, determine a extinção integral do processo ou de uma de suas fases.

Por conseguinte, ao interpretarmos o artigo 475-M, § 3º, do Código de Processo Civil, concluímos que a decisão que resolver a impugnação ao cumprimento de sentença poderá produzir efeitos heterogêneos, dependendo das matérias aduzidas. Assim, rejeitada a impugnação, prosseguindo-se a fase de cumprimento de sentença, essa decisão interlocutória será desafiada pelo recurso de agravo de instrumento. Se a impugnação for acolhida, extinguindo-se o processo em sua totalidade, será cabível a apelação.

Por fim, concluímos que a decisão que acolher parcialmente a impugnação ao cumprimento de sentença, sem extinguir o processo em sua integralidade, havendo prosseguimento em parte da fase executiva, também será desafiada por recurso de agravo de instrumento, uma vez que será caracterizada como decisão interlocutória por não adimplir ao critério misto para definição da sentença.

Em tais casos, inexistindo a má-fé processual e o erro grosseiro e sendo a apelação interposta no prazo do agravo de instrumento, entendemos pela possibilidade de seu conhecimento, em atenção ao princípio da fungibilidade recursal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de. *Manual de execução*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, s/d.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. II.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo *et al.* *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

Jurisprudência no portal do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 25.06.2010.

Jurisprudência no portal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 25.06.2010.

MARCATO, Antônio Carlos (coord.). *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de processo civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito procesual civil*. São Paulo: Método, 2009.

NOTARIANO JR., Antônio; BRUSCHI, Gilberto Gomes. Generalidades sobre os recursos na impugnação ao cumprimento de sentença. In WAMBIER, Teresa Arruda Alvim Soares; NERY JÚNIOR, Nelson. *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PAIXÃO JÚNIOR. Manuel Galdino da. *Teoria geral do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *As reformas de 2005 do código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *As novas reformas do código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Código de processo civil anotado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Aspectos polêmicos da nova execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 3.

Impresso em março de 2011