

Atualmente, tomou-se quase rotineiro dizer que o Estado, nas três dimensões - Legislativo, Executivo e Judiciário -, encontra-se em crise, conclusão que, além de apressada, parece carecer de uma avaliação equidistante do momento ora vivido. Sucedem-se manchetes sobre escândalos das mais variadas matizes, a envolverem tanto o desapego, por certos administradores, a princípios, quanto a morosidade da justiça ou a violência urbana. A veiculação desses temas ganha como que a aparência de novidade, a discrepar do que estaríamos vivenciando nos últimos anos. Não é bem assim. A corrupção de hoje não é mais acentuada do que a de ontem. As mazelas simplesmente vêm aflorando, até porque a sociedade, alertada - graças ao pleno exercício da liberdade de expressão pelos órgãos de comunicação, cobra dos agentes públicos, em salutar exercício da cidadania, a correção de rumos.

Cabe, portanto, a competente armação que se avizinham as escolhas de parlamentares e chefes do Poder Executivo, no âmbito estadual e federal. Mais do que nunca, o cidadão há de compreender o valor de uma decisão individual, mas de crucial e definitiva consequência para a coletividade: a participação interessada e construtiva nas eleições. A força está no voto consciente, não apático. A força está na fé, e isso de modo algum haverá de faltar.

Quanto ao Judiciário, o que se nota e o que é dado esperar? .

O brasileiro reclama, com razão, da duração de um processo, intuindo ser a celeridade indispensável para se alcançar o objetivo precípua da jurisdição: o restabelecimento da paz social momentaneamente abalada pelo conflito de interesses. Entretanto, mesmo tendo um direito espeznhado, confia ainda o jurisdicionado na atuação do Estado-juiz e, por isso, deixa de acionar outros meios de solução de

pendências, distanciando-se, assim, à mercê de paixões condenáveis, da composição amigável. A falta

de rapidez no julgamento das ações embasa-se em causas que não se sustentam. Ainda hoje, encontra-se o Judiciário no rescaldo dos incêndios advindos dos diversos planos econômicos. Nos últimos trinta anos, foram mais de uma dúzia, todos voltados ao combate ao mal maior, a inflação. Elaborados a partir da ênfase no aspecto econômico, sem submissão cuidadosa ao rigor técnico-jurídico, tais planos menosprezaram situações constituídas, direitos integrados ao patrimônio dos cidadãos, sem falar-se na instabilidade normativa gerada por cada qual deles e, também, no enxugamento do mercado. Não mais se tem a inflação em dois dígitos, ante o êxito, sob o ângulo econômico-financeiro, do Plano Real, nascido nos idos de 1993.

Os processos ajuizados tendem a se extinguir, e, aí, esses quase dez anos transcorridos consubstanciam intervalo considerável de estabilidade, a sugerir a inexistência de outras tantas ações.

É certo que alguns fatores persistem, dificultando a entrega da prestação jurisdicional em tempo hábil, a prolação da sentença final em período norteado pela razoabilidade. Citemse, para exemplificar, o descompasso entre órgãos julgadores e população, a falta de um crivo rigoroso na tramitação do

processo legislativo, a ausente independência técnica, por vezes, do profissional da advocacia, especialmente na área do Estado, a instabilidade normativa decorrente desse instrumental de mil facetas que é a medida provisória e, por último, a exclusão de alguns brasileiros do processo de

produção, entre os quais a chamada força jovem, que ano a ano chega ao mercado e nele não consegue o espaço necessário a garantir a própria subsistência, a plena realização, a almejada e digna colaboração com a

comunidade. Não obstante, a época é de evolução. O Estado, não estando mais às voltas com a estabilidade da moeda, tende a preocupar-se com o social, em face, até, do aumento da delinquência

urbana. Dia a dia, busca-se o aprimoramento da máquina judiciária, introduzindo-se formas

desburocratizadas de atuação do Estado-juiz, como vem ocorrendo com os Juizados Especiais. Sob o ângulo das leis, cresce a atenção dada aos anseios da sociedade, à necessidade de prevalecer, sempre, as balizas maiores do Estado Democrático de Direito, os ditames da Constituição Federal, que a todos, indistintamente, submete. Por outro lado, os advogados agem, mais e mais, norteados, a cada passo, pela ética processual, restando ultrapassados aqueles reprováveis procedimentos nos quais o processo

era utilizado como meio para projetar no tempo o deslinde final da controvérsia. Agora mesmo, exemplo marcante é notado no Supremo Tribunal Federal. A Advocacia Geral da União e a Caixa Econômica Federal vêm fazendo mutirão para selecionar, entre cerca de trinta mil processos que aguardam autuação e distribuição, os que versam sobre matérias já pacificadas e que, assim, persistem em virtude de recurso impossível de frutificar. O resultado desse esforço é surpreendente. A percentagem de processos a contrariarem a ordem natural das coisas, de processos com medida recursal hoje protelatória, é de sessenta por cento. A formulação de pedidos de desistência do recurso inaugura uma nova fase, na qual o profissional do Direito adota postura exemplar, sem o receio de vir a sofrer com a maledicência, como se cooptado houvesse sido pela parte contrária.

Quanto à fúria normatizadora, a disciplina da medida provisória revestiu -se de cunho pedagógico, servindo de freio inibid

Por último, merece atenção o mercado, de há muito desequilibrado, com oferta excessiva de mão-de-obra e escassez de empregos, o que é péssimo, portanto, além de levar à frustração do homem, impedindo-o

de realizar-se e de ser útil ao semelhante, contribui com a injustiça social, o aumento das desigualdades e a manutenção do estado de pobreza que hoje atinge cinquenta milhões de brasileiros. Impõe-se a

retomada de projetos ligados ao desenvolvimento, e isso vem sendo percebido por aqueles que se

apresentam como pré-candidatos nas eleições de outubro vindouro. Oxalá as promessas de campanha deixem de ser simples acenos interesseiros e se mostrem autêntico compromisso a ser honrado no desempenho dos mandatos, procedendo-se à obra tão esperada pelos brasileiros. or à obrigatoriedade de exame pelo Congresso, sob pena de ter-se o prejuízo da pauta. Aliás, é preciso aprender-se, vez por todas, que a vida gregária pressupõe regras estáveis e, portanto, duradouras, abandonado-se o vezo de acreditar-se na edição de leis como meio de avançar-se, alcançando-se dias melhores. O Brasil não precisa de novos diplomas legais, mas de homens que observem os existentes. O entulho legislativo é causa de insegurança jurídica, não devendo ser ainda mais exacerbado.

— — —

La Demarch de Qualité

Dans La Justice: Un Enjeu Majeur et Collectif pour les Praticiens

A. LORIEUX BÂTONNIER DIALLO

Sous la pression d'une demande judiciaire toujours accrue, la préoccupation d'un traitement régulier et suffisamment rapide des affaires était devenue quasi-obsessionnelle au sein de l'institution; elle tendait à occuper la quasi totalité du champ de la réflexion sur le fonctionnement de la justice.

Sans doute cette attention ne saurait se relâcher car, toute les études le démontre, l'une des grandes attentes de l'usager de la justice est celle d'une décision suffisamment rapide. Symétriquement, le reproche essentiel porté à l'égard des Tribunaux est celui d'une excessive lenteur: «le mauvais jugement n'est-il pas en effet celui qui, toujours retardé, laisse s'envenimer le conflit, se tendre et se détériorer les

relations; le jugement jamais prononcé ou qui arrive trop tard?

Mais la justice n'est pas soluble dans la comptabilité et la statistique. Elle est un appel à l'excellence; la qualité doit l'habiter en permanence.

On observe le retour qu'opère cette notion dans notre société à travers les normes de qualité, les responsables de la qualité des produits, la vigilance des consommateurs à cet égard. Ce qui caractérise

ce mouvement, c'est l'approche systématique et méthodologique qui l'accompagne à partir du constat que l'exigence de qualité à tous les stades d'une activité humaine conditionne le succès final; rien ne doit être

négligé; tout élément du processus importe; la démarche de recherche de la qualité se veut globale. Le support technique de cette approche le plus couramment utilisé est celui des normes dont le sigle est

devenu familier. Ainsi la démarche qualité, axée sur l'objectif —zéro défaut il a pris naissance dans

l'industrie dans la production de biens ou le vice de fabrication est assez facilement contrôlable, ou la sanction de la commercialisation est immédiate: c'est le «retour usine» et la perte d'image et de clientèle avec la sanction financière qui s'y attache.

Cette démarche s'est adaptée à d'autres activités, notamment aux prestations de service.

Le monde des professions libérales a été ainsi progressivement investi par la démarche qualité et le sera de plus en plus.

L'activité juridique n'en est pas exclue et des cabinets d'avocats, d'experts, entreprennent la procédure de certification.

L'administration judiciaire ne saurait rester étrangère à ce mouvement, même si l'activité qui est sienne est à certains égards - mais à certains égards seulement - spécifique».

La toute récente certification ISO 9001 du parquet général de la Cour des Comptes après deux années de préparation, témoigne de la pertinence de cette démarche dans une institution juridictionnelle.

La question de la qualité de la justice est ainsi en passe de devenir centrale, de retrouver la place qu'elle n'aurait jamais du perdre.

Reste, et ce n'est pas le moins, à trouver les approches qui permettent de lui donner corps, de l'ancrer dans les fonctionnements judiciaires, dans le quotidien de la vie des Tribunaux, des Cours d'Appel et des professionnels du droit.

Mais il convient préalablement d'inventorier les données d'une démarche qualité dans le processus judiciaire à la lumière des réflexions qui sont actuellement conduites

I Les éléments existants d'une démarche qualité

Plusieurs approches sont possibles et ont été prospectées.

Elles se complètent: celle, préalable à toute action, de «l'état des lieux»; celle de la recherche des critères

de la qualité, notamment de source européenne; celle d'une systématisation de l'approche en cette matière.

La première démarche aujourd'hui engagée est celle du diagnostic, de l'audit ou de l'état des lieux. L'enquête de satisfaction conduite auprès des usagers de la justice en 2001 par l'Institut Louis Harris à la

demande de la Mission de Recherche Droit et Justice, est à cet égard riche d'enseignements.

Ses résultats ont été publiés en mai dernier à l'occasion d'un colloque réuni à l'École Nationale de la Magistrature sous le titre «qualité et évaluation de la justice». C'était de la part de notre institution, une première.

Son intéressante particularité était de questionner uniquement des personnes qui avaient eu affaire à la justice au cours des trois années précédentes et qui pouvaient par conséquent, émettre à cet égard un

avis personnel et circonstancié. Les réponses qui s'en dégagent sont relativement nuancées mais parfois assez paradoxales.

Ainsi «l'utilisateur de la justice» est à la fois majoritairement confiant à son égard mais critique quant à son fonctionnement.

Sans entrer dans le détail - fort instructif des résultats de ce sondage, nous y trouvons la confirmation de ce que le délai de traitement des affaires constitue la critique majeure pour 54% des insatisfaits.

Le plaideur civil malheureux attribue son infortune à une mauvaise appréciation de son affaire par la juridiction dans 41 % des cas, à une loi mal faite dans 34%, à l'insuffisance de son conseil dans 17%.

C'est ainsi seulement, 4% des perdants qui acceptent l'idée qu'ils n'avaient peut-être pas entièrement raison.

Voilà, pour le juge, un appel à l'humilité s'il pense convaincre par les motivations de fait et de droit de ses décisions ou par ses explications à l'audience.

Plus positivement, la qualité du procès à travers le déroulement de l'audience, est appréciée à 61%. C'est essentiel: le sérieux de la démarche judiciaire est reconnu par nos concitoyens.

Mais le sondage nous ouvre des perspectives qui n'ont pas trait qu'aux seuls délais; l'amélioration de l'information y trouve une place essentielle:

1- Information sur le fonctionnement de la justice en général, citée par 43% des sondés; il s'agit là d'une défaillance de l'instruction civique à laquelle notre institution ne peut répondre seule, même si des efforts importants sont faits en ce sens.

2- Information sur les délais prévisibles des procédures, citée par 36 % des sondés : c'est bien de notre responsabilité directe et à notre portée ; il y a manifestement là un objectif de qualité à retenir et mettre en œuvre.

Au-delà de cet état des lieux de la qualité de la procédure judiciaire contemporaine, avec ses ombres et ses lumières, il faut en rechercher les critères d'une qualité accrue, voire d'une «qualité totale».

Le champ d'une telle étude est vaste: il aurait vocation à couvrir, comme le faisait le sondage précité, tout par la loi» dispose l'article 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Ne peut-on pas considérer que la justice qui respecte totalement cet ensemble de prescriptions répond très largement à l'impératif de qualité objective? Une communication adaptée permettra alors d'opérer l'indispensable glissement au subjectif tant il est vrai qu'il ne suffit pas que justice soit rendue, encore

faut-il qu'elle ait été perçue comme l'ayant été.

Le Doyen Serge GUINCHARD en a fait la complète et brillante analyse lors du colloque que l'Ecole Nationale de la Magistrature a consacré les 21 et 22 mai 2001, au thème «qualité et évaluation de la justice».

La Convention Européenne des Droits de l'Homme en son article 6 paragraphe 1er et l'interprétation qu'en conduit la Cour Européenne des Droits de l'Homme, établissent le socle d'une démarche de qualité de la justice des états qui y adhèrent. Chaque juriste en est désormais conscient.

Indépendance du Tribunal par rapport aux parties au procès, mais aussi par rapport aux autres pouvoirs de l'Etat, impartialité des juges et l'on sait des jurisprudences qui en la matière peuvent déstabiliser nos

organisations judiciaires - et où le Doyen GUINCHARD voit parfois poindre un risque de dogmatisme, voire

d'intégrisme, équité de la procédure et célérité du traitement des affaires constituent certes un ensemble normatif d'une justice de qualité

Une troisième approche, complémentaire, est celle d'une démarche d'évaluation institutionnelle de la qualité de la justice et de la mise en place d'outils statistiques permettant sa mise en œuvre. Le rapport établi par Hubert DALLE, Président du Tribunal de Grande Instance d'EVRY en mars 2001 sur une commande du Garde des Sceaux de janvier 2000 en est l'illustration la plus achevée. Sous le titre

«qualité de la justice et évaluation des Tribunaux de Grande Instance» il propose la mise en place «d'une première batterie d'indicateurs qui permettent de décrire l'ensemble des activités d'un tribunal de grande instance et les principaux moyens qu'il met en œuvre pour tenter de mesurer ses performances. Certains indicateurs répondront à la démarche de qualité».

Il se réfère à plusieurs expériences conduites dans d'autres pays, notamment, aux Etats Unis, celle du

«Trial Court Performance Standard and Measurement System» qui distingue cinq domaines d'évaluation de

la qualité des cours de justice:

1- l'accès à la justice avec cinq critères dont la sécurité, l'accessibilité et la commodité, la participation effective, la courtoisie et le respect, le caractère raisonnable des coûts d'accès,

2- les diligences et la durée,

3- l'égalité, l'impartialité et l'équité,

4- l'indépendance et la responsabilité,

5- la confiance du public.

Il propose pour la France une analyse de la qualité de la justice à trois niveaux

1 °) la qualité de la justice comme service public qui ne la différencie pas des autres services publics de l'Etat et qui peut être centrée sur l'utilisateur et le justiciable,

2°) la qualité du procès centrée sur la spécificité du mode judiciaire du règlement des conflits et litiges,

3°) la qualité de la justice comme autorité ou pouvoir, productrice de normes, garante des libertés individuelles et chargée de la régulation des conflits par le droit.

Si l'on s'en tient dans le cadre de cette étude à la seule approche juridictionnelle, celle de la — qualité du processus, on retrouve et cela ne saurait surprendre puisqu'il s'agit des fondamentaux de l'acte de justice, les critères de qualité évoqués plus haut par le Doyen GUINCHARD au niveau européen:

. l'égalité devant la justice,

. le droit au procès équitable,

. le droit d'être jugé dans un délai raisonnable

mais aussi la qualité de la décision de justice qui intègre sa clarté et sa compréhension et des lors sa motivation.

Le rapport DALLE propose dans une première approche, l'établissement d'une fiche d'évaluation de l'activité des Tribunaux de Grande Instance comportant des données brutes et un certain nombre de ratios dans ses différents domaines d'activité, rapporté aux moyens dont dispose la juridiction. '

Autre approche méthodologique de la qualité, qui est celle proposée avec le soutien du G.L.P. Mission de Recherche Droit et Justice, l'Institut de Recherche et d'Etudes pour le traitement de l'Information Juridique sous le titre «Système de gestion de la qualité et décision judiciaire: applicabilité de la norme ISO 9001». Cette fois la norme ISO est proposée comme instrument privilégié de la mise en place de la démarche de qualité et l'analyse en est conduite dans les différents paramètres de l'activité juridictionnelle.

Extrayons à titre d'exemple quelques propositions qui s'en dégagent en matière civile:

* Caractère essentiel de la mise en état pour qu'arriver à l'audience de jugement un dossier apuré de tous incidents de procédure,

* Rédaction de la décision répondant aux trois objectifs qualité, «la rédaction de la décision doit répondre aux objectifs qualité suivants:

1- la décision doit être compréhensible pour le justiciable: l'exposé clair, le raisonnement suivi rigoureux,

l'enchaînement des propositions logique;

2- la décision doit être convaincante: la motivation ne doit pas être elliptique, le recours à des bibliographies d'actes ou à des formulaires n'est pas exclu, mais à la condition de satisfaire aux exigences qualitatives de la motivation définies dans les données de sortie de la conception;

3- la décision doit être opportune: elle doit être adaptée à la situation posée, aux circonstances propres à l'espèce».

Cet inventaire incomplet des diverses réflexions et analyses conduites en matière de qualité de la justice doit être complété par l'analyse de certaines évolutions réglementaires. L'exemple du décret du 28

décembre 1998 mérite à cet égard qu'on s'y arrête.

Ce texte, tant contesté dès lors qu'il bouleversait certaines habitudes et imposait aux professions judiciaires des contraintes nouvelles, doit être analysé dans le cadre d'une démarche de qualité de la justice.

L'obligation de qualifier, de reprendre, récapituler et en définitive de synthétiser son argumentation, celle d'établir un bordereau des pièces communiquées, s'inscrivait dans un processus d'enrichissement du dossier et de méthodologie dont l'objectif est celui d'une meilleure qualité de la décision rendue.

Plus généralement, l'ensemble des textes de procédure, ainsi que certaines dispositions du règlement

intérieur des barreaux constituent un corpus de normes de qualité en ce qu'elles assurent le respect des principes fondamentaux de conduite du procès. Nos codes deviennent ainsi les «cahiers des procédures» de la démarche qualité.

C'est ainsi que le tableau serait gravement incomplet s'il ne mentionnait pas le contrôle de qualité essentiel et classique que constitue un ensemble de dispositions de procédure et d'organisation judiciaire au nombre desquelles la collégialité des formations juridictionnelles et l'existence de voies de recours: la faculté d'obtenir un nouvel examen de l'affaire par une juridiction supérieure constitue un élément essentiel de contrôle de la qualité.

On constate ainsi que les éléments épars d'une démarche de qualité sont prescrits dans l'institution judiciaire, que les réflexions théoriques et pratiques ont beaucoup progressé ces dernières années, que les instruments

méthodologiques issus d'autres horizons mais adaptables à la matière juridictionnelle existent. Reste à créer les conditions sur le terrain de la pratique juridictionnelle et professionnelle de cette dynamique, à l'organiser, voire à la systématiser.

II L'enjeu Pratique de la Demarche

Qualite et ses Perspectives

La démarche qualité est par nature globale et doit prendre en compte chacun des éléments, chacune des interventions, qui concourent au résultat final.

Il est dès lors essentiel qu'elle soit initiée au départ du processus et qu'elle recouvre tous les stades de son déroulement. Il est indispensable que les professions judiciaires et particulièrement les cabinets d'avocats inscrivent leurs activités dans un tel contexte.

On sait que le travail de l'avocat conditionnera largement le résultat de l'instance judiciaire.

La certification en est désormais la voie classique.

Il est tout aussi nécessaire que la démarche se poursuive au niveau de la juridiction elle-même. Il est enfin indispensable que ces deux éléments se complètent et s'harmonisent: la démarche qualité comporte ainsi une dimension collective, pluridisciplinaire incontournable.

A) La démarche qualité appréhendée par le professionnel du droit: l'exemple d'un cabinet d'avocats

Les cabinets d'avocats qui ont engagé une démarche qualité sont animés de la volonté d'améliorer leur organisation interne dans le but de mieux servir leurs clients, considérés comme de véritables partenaires pleinement associés à la conduite de leurs dossiers

Aujourd'hui la norme de référence est l'ISO 9001, version 2000.

L'obtention de la certification ISO 9001 exige une préparation rigoureuse, dont le but n'est pas de rejeter nos expériences acquises mais d'adopter une organisation destinée à les rendre plus efficaces et surtout pérennes et évolutives, et ce, grâce à l'application d'une méthodologie objective transparente et surtout écrite, afin de permettre à chacun de savoir clairement ce qu'il doit faire mais aussi ce que les autres font. Dans une telle démarche, il n'y a pas de vide organisationnel.

Il est essentiel de souligner que la démarche qualité n'a pas pour but de dire à l'avocat ce qu'il doit faire intellectuellement! Il demeure absolument maître de son travail intellectuel mais qu'il décide de structurer selon une méthodologie et par l'utilisation d'outils pratiques tels que:

- . le manuel qualité,
- . le plan d'entreprise,
- . le livre des procédures,
- . les fiches de fonctions,
- . les modèles de documents dont les rapports de dysfonctionnement et de réclamation client, etc...

Initier une démarche qualité exige de connaître et d'évaluer ses trois composantes:

- . la qualité voulue,
- . la qualité produite,
- . la qualité perçue

1 °) La Qualité Voulue

Schématiquement, c'est l'exposé de la politique qualité avec les objectifs que l'on veut atteindre à court, moyen et long terme, sans omettre de préciser les moyens à déployer pour leur réalisation.

2°) La Qualité Produite

Partant du principe que ce qui n'est pas évalué, n'évolue pas, il importe d'apprécier objectivement la qualité produite grâce à l'utilisation des rapports de dysfonctionnements et de réclamations-clients. En présence d'un dysfonctionnement, il faut prendre les mesures permettant d'éviter que le même dysfonctionnement ne se reproduise (action préventive).

Tout dysfonctionnement doit faire l'objet d'un rapport par l'avocat ou la secrétaire et traité par le responsable qualité. Son but est d'améliorer la production de la qualité et non pas d'être un instrument de «flicage» ou de culpabilisation.

Il faut donc éviter que le responsable qualité soit en même temps l'autorité chargée du pouvoir disciplinaire..

3°) La Qualité Perçue

Sa mesure nécessite d'effectuer régulièrement (en général une fois par an) une enquête clients pour vérifier s'il y a adéquation entre la qualité voulue et la qualité produite.

En somme, la démarche qualité peut être résumée par la formule suivante

- . Je dis ce que je fais
- . je fais ce que je dis
- . je prouve que j'ai fait ce que j'ai dit

B) La démarche qualité au sein de la juridiction

L'initiative et la responsabilité en incombent respectivement et, dans certains domaines, conjointement aux Présidents et au Procureurs de la République dans les Tribunaux de Grande Instance, aux Premiers Présidents et au Procureurs Généraux dans les Cours d'Appel.

Elle constitue en effet un élément de la politique managériale qui leur incombe; leur engagement et leur implication sont donc à cet égard essentiels.

La démarche qualité irriguera en effet tous les aspects de la direction de la juridiction et du parquet qui implique l'affectation des moyens

humains et matériels (incluant la formation et la documentation), les options prises en matière budgétaire, informatique, voire immobilière.

Mais l'objectif de qualité se déclinera par des approches plus spécifiques de l'ordre de l'audit permanent et d'une méthodologie adaptée aux objectifs poursuivis.

«Qui bien se pèse, bien se connaît; qui bien se connaît, bien se porte».

Cette maxime qui était inscrite autrefois sur les balances proposées aux clients des pharmacies, garde toute sa pertinence.

Seule une bonne connaissance de la situation de la juridiction va permettre de lui donner des objectifs en matière de qualité.

La démarche qualité comporte classiquement deux phases:

- celle de la détection du dysfonctionnement, de l'imperfection,
- celle de son traitement

Le premier point est dans notre institution sans doute délicat à mettre en œuvre par un mouvement naturel d'affirmation d'une autorité qu'il appartient au juge d'exercer et qu'il ressent trop souvent comme abusivement - voire systématiquement - contestée. Devant trop de critiques, l'institution judiciaire est dès lors peu encline à s'auto-flageller. Or il ne s'agit pas de cela, mais d'une interrogation objective et neutre qui devra rester interne pour être efficace et qui conditionnera le succès de la deuxième phase. Nous disposons déjà d'indicateurs nombreux de possibles dysfonctionnements:

- celui des états trimestriels des délibérés de plus de deux mois adressés à la Cour d'Appel.
- celui des tableaux de bord des juridictions qui renseignent leurs responsables sur un certain nombre de clignotants, ainsi dans le domaine civil: le nombre des rectifications d'erreurs matérielles, des demandes d'interprétation, celui des procédures «parasites» qu'il convient d'analyser cas par cas (n'y a-t-il pas

exces d'incidents de la mise en état, de décisions avant dire droit, de renvois d'affaires à l'audience au détriment de l'examen du fond du litige?)

- celui du taux d'appel. très instructif en lui-même, car il est un indice de crédibilité de la juridiction auprès de son public; et celui des confirmations ou des infirmations et réformations partielles, plus difficile à apprécier,

- celui au pénal - tout récent - des procédures d'indemnisation après détention provisoire, et toutes les

formes de la mise en cause de la responsabilité de l'Etat relatives aux services de justice,

- celui du courrier des justiciables, etc...

L'approche nouvelle de qualité doit être de rassembler ces indicateurs et d'en opérer une lecture objective ce qui exclut une approche culpabilisante qui serait vaine et stériliserait tout progrès.

Pourra s'ouvrir alors une seconde phase: celle de la recherche du traitement, de l'action corrective. Elle devra être méthodique, collective et surtout durable car la qualité ne se conçoit que dans la durée.

La dimension collective, pluridisciplinaire de la démarche qualité est la clé de sa réussite. Ce n'est pas la

moindre difficulté quand on connaît l'individualisme des professionnels du droit et de la justice. Or, il est nécessaire que les objectifs de qualité soient appréhendés sous le regard croisé des différents intervenants au procès. Le contradictoire qui est au cœur de nos fonctionnements juridictionnels doit tout naturellement trouver ici sa place.

Ceci n'est pas de nature à entraver la liberté et l'indépendance de chacun dans sa sphère propre d'action.

Il est également nécessaire que les défaillances soient contradictoirement analysées afin de mettre en place les actions préventives et/ou correctives.

La structure, nécessairement durable répétition de, d'une telle action, n'est pas inscrite dans les textes.

Ni le code de l'organisation judiciaire, ni les codes de procédure n'organisent des rencontres institutionnelles des magistrats, avocats, avoués, greffiers, huissiers, pour traiter des améliorations à apporter aux fonctionnements juridictionnels. N'existent que les assemblées générales internes aux juridictions, les conférences en matière civile, depuis peu les conférences d'action publique des

procureurs généraux.

La mise en place de conférences interjudiciaires généralistes axées sur le triple objectif de la qualité, de la communication et de la méthodologie dans un certain nombre de juridictions, notamment de Cours d'appel, s'est avéré très fructueux, tant en matière civile qu'en matière pénale.

L'expérience qui en a été conduite depuis plusieurs années, à raison de rencontres trimestrielles des présidents de chambres, des bâtonniers du ressort, des avoués et des greffiers dans notre Cour d'Appel, a ainsi permis dans un esprit de dialogue constructif avec un objectif, toujours tenu, de décisions pratiques aussitôt applicables, d'aborder successivement les difficultés liées:

. à la réforme de la procédure civile issue du décret du 28 décembre 1998,

. à l'organisation de la Cour (création d'une nouvelle chambre),

. à la médiation civile,

. à la dimension économique du procès (frais de justice, article 700, aide juridictionnelle)

. à la mise en état et à la communication préalable des pièces avant l'audience,

. à l'organisation de l'audience civile, plus interactive grâce au rapport du magistrat, etc.

L'idée de la valeur ajoutée de chaque intervention d'un professionnel, celle de la méthodologie de l'action, ont été en permanence présents à l'esprit des participants.

Il est manifeste qu'un mouvement actuellement se développe en ce sens

Les expériences conduites au Tribunal de Grande Instance de PARIS par le Président MAGENDIE et les magistrats de sa juridiction en lien avec le barreau en matière de mise en état et de déroulement de l'audience en sont un exemple majeur et édifiant. .

Chaque intervenant au procès doit y trouver avantage dès lors que chaque effort demandé doit trouver sa contrepartie selon la formule gagnant-gagnant.

En conclusion, citons celle de la recherche conduite sur ce thème sous l'égide du GIP «Mission de Recherche Droit et Justice»: «... son organisation. Même si elle peut apparaître contraignante, la démarche qualité ne doit jamais être vécue comme un moyen de coercition ou de surveillance. Elle repose sur l'adhésion, sur une volonté commune tendue vers un but identique, gages incontestables d'une implantation réussie».

La justice gagnera sûrement dans la conduite d'une telle démarche car la qualité est devenue pour elle l'enjeu prioritaire et l'on ne peut que s'en réjouir.

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO Ministro do Superior Tribunal de Justiça

— — —

Genocídio: Jugamento Histórico

ACADÊMICO MINISTRO JORGE SCARTEZZINI

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, tendo como Relator o Ministro JORGE SCARTEZZINI,

apreciando Recurso Especial em Apelação Criminal proferiu uma decisão inédita que, sem dúvida nenhuma, entrará para a história do direito e da nossa sociedade; a relevância está não apenas pela resolução da questão jurídica, mas também e principalmente por tratar de um assunto de grande importância para nosso país e para a comunidade universal, ou seja, o genocídio.

Assim, por solicitação da Academia Paulista de Magistrados apresentamos algumas anotações sobre a relevante decisão, para depois ser transcrito o Acórdão, em sua íntegra.

O crime de genocídio foi definido, no Brasil, pela Lei 2.889, de 10 de outubro de 1965, no artigo 1º, como a destruição no todo, ou em parte, intencionalmente, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Este crime, de acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, foi considerado hediondo, tanto na forma tentada como consumada. O fundamento da extensão da qualidade de hediondo

ao genocídio foi o artigo 5Q, XLIII, da Constituição Federal de 1988, demonstrando a repulsa do legislador pela gravidade desta conduta criminosa.

Definido o crime de genocídio, na lei brasileira, deve-se estabelecer o bem jurídico protegido, diante das características próprias do mesmo, o que tem causado algumas dúvidas, em especial quanto à competência de julgamento, quando se refere a grupos nacionais e étnicos.

De fato, uma pesquisa na conceituação do genocídio, através das disposições de organismos internacionais, nos dá elementos para a configuração do bem jurídico protegido pela Lei 2.889/56, e, via de consequência, a fixação do juízo ou tribunal competente para apreciar a matéria.

Assim, a Resolução nº96, de 11 de dezembro de 1946, da Assembléia Geral das Nações Unidas declarou que o genocídio é a negação do direito à existência de grupos humanos inteiros, do mesmo modo que o

homicídio é a negação de dito direito à pessoa individual.. "No mesmo sentido, a Convenção das Nações

Unidas, de 9 de dezembro de 1948, para a Prevenção e Castigo do Delito de Genocídio, dispôs no seu artigo 2Q que o genocídio são atos cometidos com o propósito de destruir na sua totalidade ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial e religioso, como a morte ou atentados graves contra a integridade física ou mental dos membros do grupo.

Verifica-se, portanto, uma diferença específica entre o genocídio, como destruição total ou parcial de grupos nacionais ou étnicos, do crime de homicídio, que se dirige contra a vida de pessoas individualizadas ou grupo de pessoas determinadas e identificadas.

Entende-se por bens jurídicos intermediários aqueles que se caracterizam por serem suprapessoais e ultrapassam os interesses puramente particulares. Assim esclarece Ricardo M. Mata y Martín ("Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro". Editorial Comares, Granada, 1997, pág. 24) que se trata de bens jurídicos cuja titularidade não pertence a uma determinada pessoa, isto é, por sua própria natureza não

pode ser atribuído com exclusividade a um titular singular.

Não se trata de crime político, mas a mencionada Convenção das Nações Unidas, no seu artigo 7Q, declarou, expressamente, que o genocídio e outros atos enumerados no artigo 3Q não serão considerados como delitos políticos para fins de extradição. Além do mais, o excluiu, no artigo 1 Q, como um delito exclusivo de guerra, tendo considerado que sua prática também é possível em tempo de paz.

Nestas condições, o genocídio é um crime comum, comissivo, doloso, direcionado à destruição total e parcial de grupos nacionais, étnicos, raciais ou religiosos.

Outra característica que se apresenta no crime de genocídio é sua permanência ou continuidade, pois, quando um determinado grupo nacional é visado durante um período de tempo, mais ou menos longo, que

se possa considerar a ação posterior como continuidade da anterior, isto é, movidas pelos mesmos

propósitos, na forma do artigo 71 do Código Penal de 1984, devendo a punição observar os critérios deste dispositivo legal.

A ação do crime de genocídio pode restringir-se a apenas um agente, como também a um grupo, em co-autoria ou participação, não havendo necessidade, específica, de :um domínio do fato, por todos os membros, mas, ainda, o domínio da vontade daqueles que determinaram a ação, e não participaram concretamente do fato praticado. Esta teoria do domínio do fato e autoria tem por base as lições de Claus

Roxin, jurista alemão, da Escola de Munique, na sua obra *Taterschaft und Tatherrschaft*, 6" ed., Walter de Gruyter, Berlin, 1994 (há tradução castelhana, "Autoria y Dominio del Hecho en Derecho Penal", trad. Joaquin Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzales de Murillo, Marcial Pons, Editor, Madrid, 1998).

Além de ser um crime de ação, pode ser considerado na sua forma comissiva por omissão, de acordo com o artigo 13, letra "a" e "b", quando há a obrigação legal de cuidado, proteção e vigilância, como no caso dos índios no Brasil, enquanto grupo étnico, e, também no caso do Movimento Sem-Terra, tendo em vista o artigo

1º Q, V, da Constituição Federal, que contempla o pluralismo ideológico, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Desta forma, as autoridades, ressalvados os atos que possam contrariar a estabilidade organizacional do Estado Democrático de Direito, ou tiver caráter paramilitar, nos termos do artigo 5º Q, XVIII, da Constituição Federal. A outra hipótese, da letra "b", do artigo 13 do Código Penal

brasileiro de 1984, se refere aos casos daquele garantidor que assumiu a responsabilidade de evitar o resultado.

Analisados os elementos do crime de genocídio, resta a questão da competência para julgamento.

Não se trata, como se verificou, de um crime contra a vida, o que exclui, de plano, a instituição do Júri, como competente para julgá-lo, de acordo com o artigo 5º Q, XXXVIII, da Constituição Federal. Da mesma

forma, não se trata de crime político, mas de crime comum, que atem como objeto de proteção não só a vida, como também a paz que deve ser assegurada aos grupos nacionais e étnicos.

A lei que pune o genocídio é a referida 2.889/56, cabendo à justiça comum seu processo e julgamento.

Compete à Justiça Federal, tendo em vista serem crimes originários de tratados com organismos internacionais, havendo, portanto, interesse imediato da União, e quanto às etnias, é expresso o inciso XI, do artigo 109 da Constituição Federal.

RELATOR RECTE RECDO ADVOGADO RECDO RECDO RECDO RECDO ADVOGADO ASSIST. AC. PROC. SUST.ORAL

MIN. JORGE SCARTEZZINIa MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL JOÃO PEREIRA DE MORAIS PEDRO LUIZ DE ASSIS E OUTRO FRANCISCO ALVES RODRIGUES JUVENAL SILVA

ELIEZIO MONTEIRO NÉRI PEDRO EMILIANO GARCIA PEDRO LUIZ DE ASSIS E OUTRO

FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO - FUNAI JOÃO FERREIRA DA COSTA NETO

ORA. ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO (P I MPF) DR. PEDRO DE ASSIS (P I

RECDOS)

Ocorrido, portanto, qualquer crime contra os grupos nacionais, contra grupos indígenas, de forma que se revele a intenção de desestabilizar o direito da reunião e convivência destes grupos, a competência para julgamento será sempre da Justiça Federal, pelo juízo comum de primeira instância, afastada a possibilidade julgamento pelo Tribunal do Júri, quer federal, quer estadual.

ANTÔNIO CHAVES CAMARGO

- -

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI (Relator): Sr. Presidente, inicialmente, acolho o pedido formulado no parecer ministerial de fls. 1.819 para, com fulcro no art. 107. inciso I. do Código Penal. declarar extinta a punibilidade contra FRANCISCO ALVES RODRIGUES, em virtude de seu falecimento, conforme certidão de óbito juntada às fls. 1.807 destes autos.

Quanto ao pedido de liberdade provisória, formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos, impossível seu conhecimento por este Tribunal Superior, sob pena de ferir-se o princípio do juiz natural, restando sua apreciação, nesta oportunidade, prejudicada.

Aduz o recorrente, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, afronta ao art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal, bem como a dispositivos da Lei nº 2.889/56. Ressalto que, apesar de não constar qualquer registro no v. julgado a quo acerca dos artigos supra, tratou este da matéria (fls.

1.697/1.701), não requerendo, necessariamente, a teor do decidido pela Corte Especial, nos Embargos de Divergência em REsp nQ§ 181.682/PE, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO; 144.844/RS, Rel. Ministro VICENTE CERNICCHIARO e 155.321/SP, Rel. Ministro HÉLIO MOSIMANN, que tais dispositivos fossem expressamente mencionados no mesmo, ocorrendo, na espécie, o chamado prequestionamento implícito. Masto, desta forma, a incidência da Súmula 356, do Colendo Supremo Tribunal Federal, para, com tais premissas, conhecer do recurso pela alínea "a", do an. 105, III, da CF.

"

,

Passo a seu exame.

Primeiramente, conforme dados inseridos no PARECER nº 002/CEA/91 - FUNAI/BSB/2191/04, acerca da identificação da Terra Indígena YANOMAMI e MAYONGONG, tais silvícolas são assim descritos:

"Os Yanomami são um grupo indígena de tradicional ocupação da região montanhosa e de floresta da fronteira entre o Brasil e a Venezuela.

A Terra Indígena _demarcada compreende as de ocupação Yanomami e dos Mayongong (nome pelo qual são conhecidos os autodenominados Yekuana, na Venezuela). Mantêm língua própria. diversificada em Sanumá, Yanam (ou Ninam),Yanomami e Yanomam. Seu hábitat natural é a região das cabeceiras dos rios

ORINOCO e CASIQUIARE, na Venezuela, e dos rios RIO BRANCO e parte do RIO NEGRO, no Brasil.

Têm grande mobilidade espacial e dispersão populacional, tendo suas comunidades cerca de 30 a 270 pessoas (em geral, têm população média de 50 a 80 habitantes - theri - em cada comunidade), que mantêm intensa vida intercomunitária.

Sendo pobre o solo, para plantio, são conduzidos a permanecer sem fortes concentrações populacionais num mesmo local. Suas roças suportam vida útil de 02 a 04 anos, quando largam as roças velhas e formam roças novas. Praticam a caça, como atividade essencial à subsistência, e o fazem de modo individual e por vezes coletivamente.

Há informes da existência de aproximadamente 22.500 índios, sendo que 9.636 são habitantes vivendo nas matas situadas nos Estados do Amazonas e Roraima, no norte do Brasil". Denotamos tratar-se, de um grupo étnico, conforme concepção do antropólogo FREDRIK BARTH, ao lecionar-nos que:

"O termo grupo étnico é utilizado geralmente na literatura antropológica para designar uma comunidade que:

a) em grande medida se autopropaga biologicamente;

b) compartilha valores culturais fundamentais realizados com unidade própria;

c) integra um campo de comunicação e interação e

d) conta com membros que se identificam a si mesmo e são identificados pelos outros e que constituem uma categoria distinguível de outras categorias da mesma ordem"

Ü11. "Los Grupos Étnicos e sus Fronteras", Ed. Fondo de Cultura Económica/ ONU, 1990, México, p. 11 - tradução livre do original em espanhol).

Necessário se faz, então, um breve relato dos fatos narrados nestes autos, para compreensão dos limites contidos na presente via excepcional.

Consta que os réus, ora recorridos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal (fls. 02/ 38) pela prática dos delitos de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver, dano, formação de quadrilha ou bando, todos em conexão com genocídio e associação para o genocídio, na figura da alínea "a", do art. 1º Q da Lei nº 2.889/56, cometidos contra os índios YANOMAMI, resultando nas

.mortes de 12 índios, a saber: 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças

(entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, 02 crianças.

O estudo da lavra do antropólogo francês BRUCE ALBERT, publicado na URIHI nº 08 - JAN / 89, CCPY, e copilado na denúncia (fls. 08/09), esclarece, com precisão, os mecanismos sociais que envolvem o chamado "Massacre de Haximu":

"Na origem do massacre de Haximu está uma situação crônica de conflito interétnico criada na área yanomami pela presença predatória das atividades garimpeiras. Desde o início da grande corrida do ouro em Roraima, em agosto de 1987, vários assassinatos de índios ocorreram e outros poderão ocorrer novamente devido às mesmas causas. Portanto, é preciso primeiro tornar claro o contexto social e econômico capaz de gerar tais violências.

Ao instalar-se num novo sítio dentro da área ianomãmi, os garimpeiros vêm primeiro em pequenos grupos. Sendo poucos, sentem-se vulneráveis perante a população indígena. Temendo uma reação

negativa dos índios, tentam comprar a sua anuência comfarta distribuição de bens e comida. Por sua vez, os índios têm pouca ou nenhuma experiência com brancos e tomam a atitude como uma demonstração de generosidade que se espera de qualquer grupo que quer estabelecer laços de aliança intercomunitárias. Enquanto se desenrola esse mal-entendido cultural, os índios ainda não sentem o impacto sanitário e ecológico das atividades de garimpo. A seus olhos, o trabalho dos garimpeiros parece ainda algo enigmático e irrelevante. Com ironia e condescendência, chamam-nos de 'comedores de terra' ao

compará-los a um bando de queixadas (porcos selvagens) jUçando na lama.

Num segundo momento, o número de garimpeiros aumenta substancialmente e já não é preciso manter aquela generosidade inicial. Os índios passam de ameaça a estorvo com suas insistentes demandas pelos bens que se acostumaram a receber. Os garimpeiros irritam-se e tentam afastá-los dos garimpos com falsas promessas de presentes e com atitudes impacientes ou agressivas.

A essa altura, os índios já começam a sentir uma rápida deterioração em sua saúde e meios de subsistência. Os rios ficam poluídos, açafoque e muita gente morre em constantes epidemias de malária, gripe etc., desestruturando a vida econômica e social das comunidades. Desse modo, os índios passam a ver os bens e a comida que vêm dos garimpeiros como uma compensação vital e inquestionável pela destruição causada. Negada tal compensação, cria-se no seu entender uma situação de hostilidade explícita".

A r. sentença monocrática de fls. 1. 163/ 1.207, reconhecendo a competência da Justiça Federal em face da comprovação do crime contra indígenas, absolveu todos os réus em relação aos cri

mes de lavra garimpeira ilegal, contrabando ou descaminho, ocultação de cadáver e formação de quadrilha, condenando-os, todavia, pela prática de genocídio, dano e associação para o genocídio e foram

fixadas penas que variam de 19 (dezenove) anos e 06 (seis) meses a 20 (vinte) anos de reclusão, todas acrescidas de 06 (seis) meses de detenção, a serem cumpridas em regime integralmente fechado.

Foram completamente absolvidos de todos os crimes a eles imputados, os réus WALDINÉIA SILVA ALMEIDA e WILSON ALVES DOS SANTOS.

Os réus condenados interpuseram Recurso de Apelação (fls. 1.220/1.227), objetivando o reconhecimento de suas absolvições, bem como o Ministério Público Federal apelou requerendo a condenação dos dois

réus, supracitados, que foram absolvidos (fls. 1.461). O Egrégio Tribunal Regional Federal da Iª Região, em voto do ilustre Revisor, de ofício, entendeu que a hipótese dos autos cuida de competência, por conexão, diante da existência de crimes dolosos contra a vida, do Tribunal do Júri. Assim, por maioria,

vencido o Relator, determinou-se a anulação da r. sentença de primeiro grau, retomando os autos à

origem, para adoção do procedimento previsto no art. 406 do Código de Processo Penal. Igualmente, considero válido transcrever pronunciamento do falecido Senador SEVERO GOMES, então Coordenador da Comissão "Ação pela Cidadania", do Congresso Nacional, a respeito da situação que envolve os autos:

"Nunca houve na história do infortúnio dos índios brasileiros um genocídio com as características que cercam o fim do povo Yanomami.

É o maior grupo étnico existente, e habita há mais de três mil anos a área montanhosa da nossa fronteira com a Venezuela. É também a cultura mais preservada entre as mais antigas que povoam a face da Terra.

Com o avanço dos garimpeiros em busca do ouro, começou a dizimação.

Há um par de anos eram pouquíssimos os garimpeiros. As autoridades foram alertadas para o que já sabiam: a necessidade de sua retirada da área indígena, no estrito cumprimento da lei e da Constituição. Nadafoifeito. Ao contrário, elas assistiram impassíveis ao afluxo de dezenas de milhares de garimpeiros, como se esse desastre fizesse parte de um secreto plano do governo. E ainda foram retiradas da área entidades religiosas ou civis, como a Comissão para a Criação do Parque Yanomami, que davam assistência médica aos índios, para deixar o garimpo sem peias.

Os discursos do governador de Roraima - velho caçador de escalpos -, do ministro do Exército e de todos os bugreiros que bebem nas mesmas águas é o mesmo: é impossível retirar os milhares de garimpeiros que por lá vagueiam.

Convenhamos que é um problema difícil, mas que surgiu pela ação ou omissão das autoridades, que pelo jeito viam com bons olhos a invasão, tanto que a assistiram sem mover uma palha.

A contra partida de deixar como está será a solução final do problema dos Yanomami: o exterminio. Mais ainda. O uso do mercúrio está transformando os igarapés, há pouco tempo limpos e piscosos, em lagos de águas mortas, de lamas envenenadas.

Estivemos há dias na maloca de Paapiú. Lá o governo alongou e melhorou a pista de pouso. Como não se pode imaginar que faça parte do Projeto Calha Norte, pois está a poucos quilômetros da pista e do destacamento de Sururucus, fica a conclusão de que este melhoramento foifeito para propiciar o avanço proibido do garimpo em terras indígenas.

Paapiú parece um cenário da Guerra do Vietnã. De cinco em cinco minutos um avião pousa e decola. Os helicópteros rondam sobre o pano de fundo da selva - trezentos gramas de ouro por hora de vôo. Dali sai uma riqueza de difícil mensuração, e que segue pelos descaminhos da fronteira, deixando atrás a morte da natureza e dos homens.

O posto da Funai está abandonado. Remédios e seringas descartáveis amontoados em desordem e misturados a latas de cerveja vazias. O livro de registro é folheado pelo vento. O rádio transmissor

sumiu, ninguém sabe como. Os índios entregues aos garimpeiros. Enfim, uma amostra desse esterco em que se transformou o nosso país. Doença, desnutrição, mortalidade infantil. A malária que não existia,

agora jlagela grande parte da população. A catapora deixa na cara dos que sobrevivem o sinal dos tempos de incúria.

Junto à ponta da pista, de onde arremetem os aviões para a decolagem, a cinquenta metros dela, está a maloca dos Yanomami, antes cercada pelo vôo dos pássaros e borboletas. O barulho é infernal.

Impossível conversar dentro da maloca.

Depois do pôr-do-sol os aviões silenciam. Aídisse um velho índio - temos um barulho muito pior: são as crianças que choram a noite inteira. Defome" (in "Povos Indígenas no Brasil", Ed. CEDI, SP, 1991, p. 163). Feitos tais registros, resta-nos claro que o cerne da questão, nestes autos, gira na órbita da competência

para o julgamento do crime de genocídio. ou seja, se este deve ser julgado por Juiz Singular Federal ou se por Tribunal do Júri Federal. Faço estas assertivas porquanto, em momento algum, quer na r. sentença

monocrática, quer no v. aresto guerreado, afastou-se a constatação fática de que os delitos ora submetidos ao crivo desta Corte são os de dano, genocídio e as sociação para o genocídio, bem como de

que a competência para apr"eciá-los é da Justiça Federal e não da Justiça Comum. A respeito de tal competência (art. 109, inciso XI, CF), inclusive, o Colendo Supremo Tribunal Federal já asseverou,

quando do julgamento do RE nº 179.485/2-AM, DJU de 10. 11. 1995, Relatar o ilustre Ministro MARCO AURÉLIO, o seguinte:

"COMPETÊNCIA - GENOCÍDIO - INDÍGENAS.

A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, é da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, à própria vida". - grifei.

A r. sentença de fls. 1.163/1.207 assim aborda o tema do genocídio: "Algumas considerações preliminares são imprescindíveis à análise de toda a questão.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que garimpeiros e índios jamais tiveram uma convivência pacífica na região de garimpo.

Os garimpeiros devastam, ainda que parcialmente, o habitat natural dos silvícolas, espantam a caça e criam inúmeros outros transtornos, e alguns até mais graves, como o rapto de mulheres índias.

Os silvícolas, por seu turno, longe de serem a encarnação do 'bom selvagem', na visão poética que muitos pretendem preservar, cometem furtos e roubos dos garimpeiros, pilham, agredem, às vezes gratuitamente, estão sempre exigindo e cobrando presentes e dádivas, e matam garimpeiros também

Para os garimpeiros, os índios são um constante transtorno, uma perene ameaça, e, muitas vezes, uma verdadeira fera, mais temível que qualquer outra que possa ameaçá-lo.

Ficou claro, nos presentes autos, que os Yanomamis roubaram, juraram, causaram danos, agrediram, feriram e mataram mais de um garimpeiro em mais de uma oportunidade.

A situação conflituosa evoluiu de tal forma que os representantes de nossa "civilização" - os garimpeiros, acreditaram que a única alternativa era o extermínio dos índios.

Tal intenção está patenteada em vários depoimentos.

Por exemplo no interrogatório de ELIEZIO MONTEIRONÉRI, às fls. 328/332, consta 'QUE com relação ao 2º massacre presenciou PEDÃO e PARAZINHO, que estavam reunidos com o pessoal para no dia seguinte irem matar os índios:'...

SILVÂNIA SANTOS MENEZES (fls. 214/217) aduz

... 'QUE gostaria de esclarecer, que antes de WURO ter sido baleado os garimpeiros já tinham saído com destino à 'Chapona', que fica aproximadamente quase dois dias de 'varação' a pé, os quais tinham como objetivo matar todos os índios daquela 'Chapona'...' No depoimento de MANOEL JOSÉ SANTOS SOARES, às fls. 160/161: 'QUE PARAZINHO trabalhava com JOÃO NETO e a conversa que correu no garimpo é que CHICO CEARÁ, JOÃO NETO e CURUPURU levaram uma turma para fazer a segurança deles e qualquer coisa matassem os índios todos da maloca'.

Tal constatação também se depreende do fato de que os garimpeiros mataram todos os silvícolas que encontraram em seu caminho. Homens, mulheres e crianças. Sua fúria não se dirigia contra nenhum silvícola especificamente, mas para todos os membros do grupo étnico. Daí, também, a competência deste juízo singular. Não se tratou de crime doloso contra a vida, mas de crime contra um grupo étnico - os silvícolas".

Os votos prolatados pelo Tribunal a quo, no mesmo sentido acerca da matéria, obtemperam que (fls.

1.697/1.698 e 1.701), respectivamente:

"1. O fim específico do crime de genocídio - que pode ser físico, biológico e cultural - é destruir física ou culturalmente determinado grupo racial, político ou religioso. Não é um crime contra a vida do indivíduo.

O seu objetivo é bem mais amplo. É um crime contra a humanidade.

Explica Heleno Fragoso, em sua obra Lições de Direito Penal, 6ª edição, São Paulo: José Bushatsky Editor.

1980. Parte Especial 1, p. 97, que:

'Todas as ações que configuram o crime de genocídio não se dirigem em primeira linha, contra a vida do indivíduo, mas sim contra grupos de pessoas, na sua totalidade' (destaquei). Esta é a objetividade jurídica do crime de genocídio.

Atente-se para o que diz Aníbal Bruno, em Crimes contra a Pessoa, 4ª edição, Rio de Janeiro, Editora

Rio, 1976, p. 178:

'Não se trata da destruição da vida de um ser humano tomado isoladamente, como unidade subsistente por si mesmo, mas com finalidade de acometer e lesar o grupo de que a vítima faz parte, visando sua

destruição total ou parcial'.

Na hipótese dos autos, os garimpeiros querem a destruição dos yanomami para, sem qualquer precalço, explorarem as riquezas minerais de suas terras. A desavença inicial foi apenas um pretexto.

Compete ao júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida - Constituição Federal, art. 59-, inciso

XXXVIII - não sendo, pois, de sua competência o julgamento do crime de genocídio.

2. Deste modo, mantenho a competência do juízo singular.

3. É o voto" (fls. 1.697/1.698 - Juiz Relator).

"Aos Apelantes foi imputada a prática dos crimes de lavra garimpeira sem autorização, contrabando, ocultação de cadáver, dano, quadrilha ou bando, em conexão com genocídio, na figura da alínea "a" do art. 12 da Lei 2.889/56. e associação para o genocídio.

A Constituição Federal, em seu art. 52, inciso XXXVIII, garante a instituição do júri popular, atribuindo-lhe competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

De sua parte, o Código de Processo Penal, no artigo 76, estabelece a competência por conexão se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso (inciso I). Nessa hipótese, haverá reunião de processos (art. 79), determinando o art. 78, I, a prevalência da competência do júri.

A hipótese dos autos é de competência por conexão, eis que vários foram os crimes imputados a diversas pessoas, impondo-se a unidade de processos para julgamento de todos eles pelo tribunal do júri.

Desse modo, padece de nulidade absoluta a sentença proferida pelo ilustre magistrado de primeiro grau, por não possuir ele competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Pelo exposto, decreto de ofício a nulidade da sentença, determinando o retomo dos autos à vara de

origem, para adoção do procedimento previsto nos artigos 406 e seguintes do Código de processo

Penal, ficando prejudicado o exame das apelações interpostas.

É como voto" (fls. 1.701 - Juiz Revisor).

A expressão genocídio foi expressada pela primeira vez, em 1944, por LEMKIN, professor polonês, radicado nos Estados Unidos. Nas "Atas da Conferência de Bruxelas", Paris, 1947, p. 174, asseverou: "O crime de genocídio é um crime especial, consistente em destruir intencionalmente grupos humanos, raciais, religiosos ou nacionais, e, como o homicídio singular, pode ser cometido tanto em tempo de paz como em tempo de guerra. Em território ocupado pelo inimigo e em tempo de guerra, será crime de guerra, e se na mesma ocasião se comete contra os próprios súditos, crimes contra a Humanidade. O crime de genocídio acha-se composto por vários atos subordinados todos ao dolo específico de destruir um grupo humano".

A definição internacional do crime de genocídio ocorreu sob o patrocínio da Organização das Nações Unidas - ONU, em 1948, através da "CONVENÇÃO PARA A PREVENÇÃO E A REPRESSÃO DO CRIME DE GENOCÍDIO", conhecida como "CONVENÇÃO CONTRA O GENOCÍDIO". Estabeleceu-se que "... entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial, ou religioso, tal como: assassinato de membros do grupo, dano grave à integridade física ou mental de membros do grupo; submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial; medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo; transferência forçada de menores do grupo para outro" (art. 22).

O Brasil, como signatário da Convenção mencionada, tendo ratificado-a em 15 de abril de 1952 (Decreto nº 30.822), através de seu ordenamento

jurídico, mais especificamente a Lei nº 2.889, de 01 de outubro de 1956, também definiu o crime de genocídio, dispondo que o comete:

"Art. 12 Quem, com a intenção de destruir, no todo ou em parte, grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:

a) matar membros do grupo;

b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;... omissis".

NELSON HUNGRIA, sobre a questão, lecionou

na-nos que:

"A mais frisante modalidade de crime contra a Humanidade, sem dúvida alguma, é o genocídio. O estrito conceito pode ser fixado nestes termos: homicídios em série vinculados e especificamente cometidos pelo fim de destruição de grupos nacionais, raciais, religiosos ou políticos, como tais" (in Revista Forense, RJ, vol. CXXII, 1950, p. 07) - grifei.

Assim, a esta Corte de Uniformização sobe já a análise do crime de genocídio e a competência para seu julgamento, em face ao art. 74, parágrafo 12, do Código de Processo Penal, tido como violado.

Reza tal dispositivo legal:

"Art. 74. A competência pela natureza da infração será regulada pelas leis de organização judiciária, salvo a competência privativa do Tribunal do Júri.

Parágrafo Primeiro. Compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, § 1º,

121, § 2º, 122, parágrafo único, 123, 124, 125, 126 e 127 do Código Penal, consumados ou tentados". Já o art. 5º, inciso XXXVIII, da Constituição Federal, assegura ao Tribunal do Júri, com a organização que lhe der a lei, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Ao comentar tal norma constitucional, CELSO RIBEIRO BASTOS ensina-nos que:

"Fica dito que é assegurada ao júri, entre outras coisas, a competência para o julgamento dos crimes

dolosos contra a vida. Esta é uma competência sem dúvida mínima. Em nenhuma hipótese um crime com estas características pode ser subtraído ao júri, mas em nenhum momento está dito que outras atribuições não lhe podem ser acrescentadas nos termos da lei ordinária. " (in "Comentários à Constituição do Brasil", Ed. Saraiva, SP, 1989, 22 vol., p. 208) - grifei.

A conjunção destas duas normas, uma inserta no Texto Maior e a outra na legislação infraconstitucional, leva-nos à conclusão de que todas as ações que configurem o crime de genocídio não estão subordinadas ao Tribunal do Júri, posto que estes delitos não se dirigem, em primeira linha, somente contra a vida do indivíduo, mas sim contra um grupo ou parte de um grupo de pessoas. Anote-se que o crime de genocídio tem objetividade jurídica, tipos objetivos e subjetivos, bem como sujeito passivo, inteiramente distintos daqueles arrolados como crimes contra a vida.

Ademais, a idéia de submeter tal crime ao Tribunal do Júri encontra óbice no próprio artigo 74 do Código Penal, porquanto não há em seu bojo previsão para este delito, sendo possível apenas e somente a condenação dos crimes especificamente nele previstos; ou seja, na hipótese subjudice, os agentes poderiam ser condenados por homicídio qualificado, mas nunca por genocídio. JULIO FABBRINI MIRABETE, no mesmo sentido, afirma que "segundo o artigo 74, parâg. 1Q, do CPP, compete ao Tribunal do Júri o julgamento dos crimes previstos nos arts. 121, parágs. 1Q e 2Q, 122, parâg. único, 123, 124, 125, 126 e

127 do Código Penal, consumados ou tentados. Não se incluem, portanto, os crimes em que haja morte da vítima, ainda que causada dolosamente, se não são classificadas na lei como crimes dolosos contra a vida, como é a hipótese, por exemplo, do latrocínio" (in "Processo Penal", Ed. Atlas, SP, 1995, 4a edição, p. 476) - grifei.

Outrossim, o bem jurídico tutelado é a vida em comum dos grupos de homens, da comunidade de povos, ou seja, da etnia, sendo, no presente caso, a existência da tribo HAXIMU, dos YANOMAMI, localizada em terras férteis para lavra garimpeira. Logo, garante-se como bem jurídico os ideais humanitários de que todos os povos ou grupo de pessoas, entre eles os silvícolas, não obstante suas diferenças, têm a pretensão ao reconhecimento de sua dignidade humana e existência. Não se trata, logicamente, de considerar a humanidade como bem jurídico tutelado, o que dificultaria qualquer pretensa punibilidade dos atos praticados, mas, sim, de identificar valores particularmente dignos de proteção jurídica no respeito humano das pessoas que integram certos grupos que de outros se destacam apenas por sua raça, nacionalidade ou religião.

No mesmo diapasão, o Prof. Dr. MARCO ANTONIO MARQUES DA SILVA, Livre-Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUCjSP, em sua tese "Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito", obtempera que:

"O genocídio é um crime doloso, assim como o homicídio previsto no artigo 121, do Código Penal de 1940, mas, como salientado, neste a intenção e vontade de eliminar a vida se direciona contra pessoa determinada ou grupo determinado de pessoas, identificáveis, enquanto o genocídio, o objetivo final do agente, ou agentes, é a morte ou danos físicos a um grupo, uma coletividade que se identifica por caracteres próprios, independentemente da personalidade de cada um de seus membros.

Desta forma, o genocídio ao proteger, enquanto bem jurídico, a existência de grupos nacionais e étnicos, de uma coletividade nacional, inclui, no âmbito da norma, o direito à vida, como, também, a existência pacífica a que tem direito estes grupos, sendo, portanto, um bem jurídico intermediário, na nova nomenclatura da dogmática penal.

... 'omissis'.

O bem jurídico protegido, na mencionada Lei 2.889 j 56, é de natureza supra-individual, pois, além de proteção à dignidade da pessoa humana, como fundamento constitucional contido no artigo 1Q, m, e, em decorrência desta, transcende a esta para levar seu âmbito de proteção a um grupo nacional ou étnico.

...'omissis'.

O genocídio, nestes termos, será um crime de ação, comissivo, ou omissivo, comissivo por omissão. Analisados os elementos do crime de genocídio, resta a questão da competência para julgamento.

Não se trata, como se verificou, de um crime contra a vida, o que exclui, de plano, a instituição do Júri, como competente para julgá-lo, de acordo com o artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal. Da

mesma forma, não se trata de crime político, mas de crime comum, que tem como objeto de proteção não só a vida, como, também, a paz que deve ser assegurada aos grupos nacionais e étnicos. " - grifei.

O parecer ministerial de fls. 1.798/1.800, com precisão observa que:

"Antonio Lopes Monteiro, ao comentar os crimes hediondos, leciona, especificamente no que concerne ao genocídio, que:

'O que se tutela ... não é... a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida de grupos de pessoas em sua totalidade; dito de outra forma, protege-se a vida em comum dos grupos de homens, na comunidade dos povos'. Laplaza vai mais longe e diz claramente que 'lo que aquí se ataca no son personas humanas concretas, sino el grupo racial al que aquéllas pertenecen. Es destruir un vínculo de la sangre o del espíritu mediante la destrucción de las personas vinculadas. En otros términos, el distingo, la especificidad a otros delitos comunes, sino en el propósito que guiá al agente'.

... 'omissis'.

O genocídio exige sempre dolo ... A vontade deve ser específica de aniquilar todo um grupo... De outra forma teremos homicídios simples ou qualificados, em concurso formal ou material.

... Problema angustiante que aflige até hoje os estudiosos é o da necessidade ou não de pluralidade de vítimas, ou, ainda, se é o membro do grupo, ou o grupo, o sujeito passivo do delito... o que prevalece é

o objetivo da conduta: o ato deve ser dirigido à destruição de um grupo. Irrelevante, portanto, se o resultado acometeu apenas um indivíduo desse grupo. " (Destaquei.)

Também João José Leal, tratando do tema relativo aos crimes hediondos, argumenta:

'...A vítima do genocídio... já se encontra predestinada ao extermínio físico ou cultural, por carregar consigo o estigma de pertencer a determinada raça, de professar determinada religião ou de ter crença ou militância política. No genocídio o agente atua contra 'O grupo maldito', para exterminá-lo, no todo ou

em parte. ' (Destaquei.)

A matéria, pelo que se vê, conquanto seduza em primeira análise, afligida-se singela. Dúvidas não restam de que o genocídio não representa mero crime contra a vida; é algo maior e, mesmo, absolutamente diferente, no sentido de que não só pode abranger o delito contra a vida como também pode, na pertinente observação do recorrente, dispensá-lo, sem prejuízo de sua configuração". HELENO CELSO FRAGOSO, já em 1964, ao comentar as possíveis alterações no Código Penal, anotou que:

"Não nos parece feliz a introdução no CP de disposições sobre o genocídio, particularmente entre os crimes contra a vida. Nesse sentido, tivemos oportunidade de nos manifestar, em crítica ao anteprojeto, salientando que o que caracteriza o genocídio é, precisamente, sua projeção no campo internacional e sua transcendência ao simples quadro do homicídio, como crime contra a pessoa. Entendíamos que a natureza desses delitos claramente desaconselhava que o novo CP deles se ocupasse, e sugeríamos

que o art. 128 do anteprojeto fosse suprimido" (in "A Reforma da Legislação Penal", Revista Brasileira

Criminal, nº 04, p. 96). Penso que mais não há que se perquirir.

Por tais fundamentos, conheço e dou provimento ao recurso para, reformando o v. acórdão a quo, declarar competente o Juiz Singular Federal para apreciar os delitos arrolados na denúncia, devendo o Tribunal de origem julgar as apelações que restaram, naquela oportunidade, prejudicadas, bem como o pedido de liberdade provisória formulado às fls. 1.823/1.832 destes autos. Decretada extinta a punibilidade em re

lação ao réu FRANCISCO ALVES RODRIGUES, nos termos do art. 107, I, do CP, em razão de seu falecimento.

É como voto.

JORGE TADEO FLAQUER SCARTEZZINI

Acadêmico Fundador, Patrono e Titular da ACADEMIA PAULISTA DE MAGISTRADOS, MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A Prestação Jurisdicional na era dos Direitos

ACADÊMICO MINISTRO DOMINGOS FRANCIULLI NETTO

Da segunda metade do século passado a esta parte, vieram a lume uma ruma de declarações sobre os direitos do homem e da sociedade, incomensuravelmente maior do que a soma das mais conhecidas normas de direito universais até então conhecidas, sem olvidar textos e códigos singulares, mas de grande repercussão e influência para outros povos.

Para não ficar no campo do alegar por alegar, convém lembrar os textos universais que retratam, segundo a autorizada preleção de Norberto Bobbio, a passagem que "ocorreu do homem genérico - do homem enquanto homem - para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.

A mulher é diferente do homem; a criança, do adulto; o adulto, do velho; o sadio, do doente; o doente temporário, do doente crônico; o doente mental, dos outros doentes; os fisicamente normais, dos deficientes, etc. Basta examinar as cartas de direitos que se sucederam no âmbito internacional, nestes últimos quarenta anos, para perceber esse fenômeno: em 1952, a Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher; em 1959, a Declaração da Criança; em 1971, a Declaração dos Direitos do Deficiente Mental; em 1975, a Declaração dos Direitos dos Deficientes Físicos; em 1982, a primeira Assembléia Mundial, em Viena, sobre os direitos dos anciãos, que propôs um plano de ação aprovado por uma resolução da Assembléia da ONU, em 3 de dezembro".

No Brasil, a onda de leis voltadas para os direitos difusos e/ou coletivos, nas precisas considerações do ilustre Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, "começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29/6/1965), assumindo dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de

24/7/1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei n. 8.884, art. 88, de 11/6/1994, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/1990)".

Prossegue o ex-presidente do STJ:

"A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do

Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico.

Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada erga omnes e ultra partes e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos ". Igualmente, há redobrada preocupação em facilitar, a cada dia, o acesso à Justiça, com inúmeras reformas processuais, entre as quais, v.g., avultam de importância os Juizados Cíveis e Criminais, o mandado de injunção, a tutela jurisdicional coletiva (legitimidade de sindicat os e entidades associativas), e o mandado de segurança coletivo etc.

Nada obstante, no plano internacional, presente como nunca, sobressai-se a advertência do já citado Norberto Bobbio, no sentido de que o problema grave de nosso tempo "não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los", aduzindo mais que "para protegê-los, não basta proclamá-los",

A roborar esta procedente observação, estão aí, entre outros, os tristes e recentes

episódios do Afeganistão e do Oriente Médio.

No plano interno, nunca houve tanta reclamação em relação à prestação jurisdicional, mormente quanto à demora na solução dos processos. É cada vez mais comum aguardarse no Brasil o desfecho definitivo de uma ação por 10 (dez) ou mais anos,

Nos idos de 1686, em memorável sermão intitulado "A Justiça na Bahia", o orador sacro Pe, António de Sá advertia:

"...E este he o primeiro aviso, que dà aos tribunaes da terra, que nam se dilatam nelles com importunas tardanças os despachos, senam que se abreviem com diligente cuidado: porque na verdade não sabe o que custa hum despacho retardado, quem retarda um despacho" (redação original) ,6

Em outro passo:

"Ou despachar logo com o desengano, ou com a mercê, porque negar logo o que se pretende, pode ser benevolencia de quem ama, & conceder tarde o que se dezeja, parece graça de quem zomba" (redação original).?

O saudoso Desembargador Dínio de Santis Garcia, depois de lembrar que no Brasil, tal qual se dá na Itália, ocorre uma "profunda desvalorização do juízo de primeiro grau, com a conexas glorificação, se assim se pode dizer, dos juízos recursais",8 disserta:

"Ou seja, a primeira instância não é mais que uma ante-sala em que se espera,

impacientemente, o momento em que se possa interpor a apelação e, em consequência, levar a causa à segunda instância. Daí a saturação dos tribunais e a consequente morosidade dos julgamentos.

No que diz com o amor aos recursos - e aqui vai a terceira observação - o nosso processo civil é paradigmático: 1) das decisões proferidas no processo em primeira instância cabem agravos de instrumento (Código de Processo Civil, art. 522); 2) da sentença cabem embargos de declaração para o próprio juiz (art. 464); 3) Julgados os embargos de declaração, se interpostos, da sentença cabem apelação para a instância superior (art.

513); 4) a parte que não apelou ainda pode oferecer recurso adesivo (art. 500); 5) julgada a apelação, cabem embargos de declaração ao acórdão (art. 535); 6) se a decisão não for unânime, cabem embargos infringentes (art. 530); 7) se a decisão divergir de outras do mesmo tribunal, cabe o pedido de uniformização

de jurisprudência (art. 476). Há ainda decisões de presidentes e relatores que ensejam agravos regimentais, bem como a utilização (abusiva) do mandado de segurança como sucedâneo de recursos.

Se pode ser invocado o art. 105, III, da Constituição da República, cabem das decisões locais de segunda instância, para o Superior Tribunal de Justiça: 1) recurso especial; 2) agravo de instrumento da decisão que indeferir o recurso especial; 3) embargos de declaração ao acórdão que julgar o recurso (Regimento Interno do STJ, art. 263); 4) embargos infringentes aos acórdãos não unânimes (art. 260); 5) embargos de divergência se a decisão contraria outras do mesmo tribunal; 6) agravos regimentais de decisões de presidentes e relatores (art. 258); 7) recurso ordinário ou extraordinário para o Supremo Tribunal Federal (art. 268). Nos casos de recursos extraordinários elencados no art. 102, III, da Constituição da República, o processo no Supremo Tribunal Federal prevê os mesmos 1) agravo de instrumento da decisão que indeferir o recurso (Regimento Interno do STF, art.

313), 2) embargos de declaração (art. 337), 3) embargos infringentes (art. 330), 4)

embargos de divergência (art. 330) e 5) agravos regimentais (art. 317). Assim, uma causa poderá ter de passar por perto de uma dezena de recursos, para alcançar o fim... do processo de conhecimento! Sim, porque o processo de execução pode, por sua vez, engendrar um bom número de gravames! Com razão os magistrados consideram o elevado número de recursos como a principal causa da morosidade da Justiça.

Porque há de ser assim, se em primeira instância já se consumou a prestação jurisdicional? De que vale estar ajulgar e a rejulgar a mesma causa, ad nauseam? O que garante que a última decisão seja melhor do que a primeira - sendo de notar que o tão decantado princípio da oralidade só funciona em primeiro grau?

Dir-se-á que parte desses recursos dizem respeito a questões processuais - o que, em princípio, demonstra um condenável amor ao formalismo. Mas ainda sobram, quanto ao mérito, outros que podem retardar a condução do processo por meses ou anos. Note-se que o simples julgamento da competência, através dos remédios previstos no estatuto

processual civil, pode consumir largo tempo que, como todos sabem, às vezes é contado

por anos".

Nos limites deste esboço, algumas observações podem ser tecidas para que as leis processuais venham a satisfazer às necessidades do século XXI.

Imóvel; e as de reparação de danos exclusivamente materiais causados em acidentes de veículos terrestres, pesquisadas separadamente, acusaram um índice de manutenção em tomo de 95%.

Parece de toda a conveniência a elaboração de pesquisa mais aprofundada e em estrita consonância com os parâmetros técnicos hodiernos. Se a conclusão, depois de exaustivas

análises, for semelhante à acima noticiada, valerá a pena a manutenção do atual duplo (ou

triplo, quando não quádruplo) grau de jurisdição para todos os feitos, indiscriminadamente?

Por que não se aproveitar a Justiça Comum da experiência dos Juizados Especiais Cíveis e

Criminais (Pequenas Causas)?

Alguns processos, tomando-se como parâmetro a natureza e o valor da causa, poderiam perfeitamente nascer, desenvolver-se e morrer em primeira instância, com a reintrodução dos embargos infringentes do julgado. Às instâncias superiores, em tais feitos, tocariam apenas as ações rescisórias de sentença. Quanto à natureza da causa, por exemplo, as ações retro lembradas que apontaram um significativo número de recursos não providos. Quanto ao valor da causa, as ações obrigacionais (ou pessoais) de até 50 salários mínimos.

No campo do Direito de Família, não se justifica mais a manutenção do sistema recursal atual para ações como as de alimentos, as de visita e as de guarda de menores. Os recursos, amiudadamente, são julgados depois de novas situações de fato consolidadas e de difícil reparação.

Nem se diga que essas ações poderiam ser carreadas para a competência dos Juizados

Especiais Cíveis e Criminais. Esses devem permanecer como meio facultativo e alternativo

para a solução dos conflitos, com competência limitadíssima, sob pena de consolidar-se uma nova instituição obsoleta dentro da tradicional igualmente asoberbada, tardinha e de resultados discutíveis, pois consta que alguns Juizados Especiais já estão levando até cerca de 2 anos para a composição da lide.

Poderiam ser criados cargos privativos, dentro do próprio figurino tradicional, transformando-se cada unidade do Juizado Especial em vara, com expediente ao público diferente. Existe um verdadeiro tabu ou fetichismo sobre a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição, no sentir do autor não previsto forçosamente em nossa Constituição. Mas, ainda que diferente fosse, nada está a empecer a revisão constitucional dessa matéria.

Há anos, por conta própria o signatário procedeu a uma pesquisa num universo de 500 feitos cíveis que subiram aos Tribunais de Justiça e Alçada do Estado de São Paulo. A conclusão foi a seguinte, descontados os decimais: foi negado provimento a 72% dos recursos;

16% foram providos em parte (não raro, para modificações secundárias, tais como redimensionamento da verba advocatícia, dos salários periciais, termo inicial da correção

monetária ou dos juros); e apenas 12% acolhidos in totum, incluídas as sentenças desconstituídas por questões exclusivamente processuais.

Determinadas ações, a saber, ações e/ou execuções de cobrança de despesas condominiais da propriedade horizontal; as oriundas de contrato de alienação fiduciária em garantia; as de

prestação de serviços, salvo as de natureza pública; as de comodato; as atinentes a

arrendamento mercantil, mobiliário ou imobiliário; as relativas a locações de bem móvel ou fixo do horário ordinário, dadas as suas peculiaridades. O juiz, com dedicação exclusiva a essas varas, sem dúvida estaria em condições de oferecer rendimento mais eficaz, abolindo-se as compensações oriundas da cumulação com as varas comuns. O Juizado Especial, dessarte, perderia sua conotação de "bico".

Caso não se queira chegar a tanto (solução final em primeiro grau), para feitos desse jaez, de desfecho altamente previsível, no máximo deveriam-se terminar tais causas nos tribunais locais.

Com isso, a par da revalorização dos juizes de primeira instância e dos julgadores de segundo grau, e do sensível encurtamento da duração média dos processos, estar-se-ia contribuindo sobremaneira para evitar-se a total inviabilização dos Tribunais Superiores, que se encontram abarrotados de feitos.

Despiciendo frisar que essas medidas em muito contribuiriam para o aperfeiçoamento da qualidade das decisões judiciais, com a diminuição da brutal carga existente nos dias atuais.

É de conhecimento geral que o Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 para desafogar o Supremo Tribunal Federal. Frustrou-se por completo esse desideratum. Como demonstram os dados estatísticos abaixo, ambas as Cortes encontram-se praticamente inviabilizadas.

No ano de 2000, os recursos e processos originários que deram entrada no Supremo Tribunal Federal alcançaram a cifra de 105.441; no Superior Tribunal de Justiça, 147.318; no ano de 2001, respectivamente, 110.772 e 189.515. Até 31 de março de 2002, obedecida

a mesma ordem, 25.400 e 36.412, o que permite vaticinar, que, ao final do ano, a situação permanecerá calamitosa. No ano de 2001, os 11 Ministros do STF proferiram 9.211 votos e

114.307 decisões monocráticas, enquanto os 33 do Superior Tribunal de Justiça, 198.613, somados os votos às decisões monocráticas.

Se fosse triplicado, da noite para o dia, o número de Ministros dos Tribunais Superiores, o resultado prático seria de pouquíssima monta, em face dos números acima explicitados. Sobrariam, isso sim, apenas os conhecidos inconvenientes oriundos da massificação dos

órgãos colegiados.

É de meridiana evidência que a crise que assola a prestação jurisdicional, para ser totalmente debelada, está a exigir um complexo de medidas.

Sem embargo disso, poder-se-ia começar por uma radical reforma de nosso processo, o que, sem dúvida, já representaria um gigantesco passo para que os direitos não permaneçam apenas proclamados, mas também eficazmente protegidos.

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO Ministro do Superior Tribunal de Justiça Acadêmico Patrono e Titular da Academia Paulista de Magistrados

Sobre o Estado de Direito Democrático

MINISTRO EDSON VIDIGAL

VICE-PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quando os homens deram conta de si, já estavam fazendo as guerras. E as alianças políticas, ainda bem. Assim

consolidavam impérios e, para manterem-se, editavam suas leis sobre os outros homens.

Nascia, então, o Direito estatal, retrato e espelho do déspota, arma de domador para manter a seu serviço as energias da sociedade.

Os guerreiros e os políticos, porém, não fizeram, nem fazem, trajetórias apenas cavando poços ou cometendo maldades.

Hamurabi, por exemplo, assim que consolidou o seu poder, unificando sob suas ordens a Mesopotâmia inteira, logo cuidou de manter a paz dedicando-se ao progresso. Desviou curso de dois rios, abriu canais, construiu cidades, desenvolveu a agricultura, a arquitetura, as artes. A Babilônia

foi um dos pontos mais admirados do mundo, não só por sua pujança e beleza, mas também por suas leis.

Foi pelas leis que Hamurabi harmonizou a convivência entre todos, os aliados e os súditos. Seu código alcançou, em influência, até o Direito hebreu. A Mesopotâmia era um Estado de

Direito, mas não era um Estado de Direito Democrático.

É possível exaltar o bem comum como meta num Estado de Direito, mas é impossível alcançá-lo em sua plenitude, porque de nada servem os confortos do progresso quando o ser humano não pode desfrutar da liberdade - bem que não pode despojar porque, dentre

todos, é o mais inerente à condição humana. Alguém já disse que o ser humano sem liberdade é apenas uma aspiração a engordar .

A liberdade, portanto, é o que faz a diferença entre o Estado de Direito e o Estado

Democrático

de Direito. Os países dominados pelo totalitarismo tinham e ainda têm suas Constituições e suas Leis. A Itália fascista, a Alemanha nazista, a União Soviética comunista e seus satélites, foram Estados de Direito, escorados em suas Constituições e em suas Leis. Do mesmo modo, as ditaduras que ainda mancham o mapa do mundo e que, na contramão da

história, desconstroem a paz e os direitos humanos.

O Brasil, que também provou e pagou caro pelas doses de autoritarismo a que foi tentado, resolveu que não poderia adotar como Estado e República aquele formato clássico, o do simples Estado de Direito. Propôs, então para si mesmo, uma ambição maior, melhor, mais consistente, mais duradoura, a do Estado Democrático de Direito.

E o que pretendemos nós, brasileiros?

Construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

outras formas de discriminação. Tudo isso sob os princípios fundamentais da soberania, da cidadania, da igualdade, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho

e da livre iniciativa e do pluralismo político.

Queremos ser, assim, uma República efetivamente democrática, comprometida ainda nas relações internacionais, com os princípios da independência nacional; da prevalência dos direitos humanos; da autodeterminação dos Povos; da não intervenção nas questões internas dos outros países; da igualdade entre os Estados; da defesa da Paz; da solução pacífica dos conflitos; do repúdio ao terrorismo e ao racismo; da cooperação entre os Povos para o progresso da humanidade e da concessão do asilo político.

Queremos que a vontade do poder, de qualquer um dos três Poderes da União Federal, seja a expressão da vontade do Povo, por seus representantes legitimamente eleitos ou na forma direta por meio de plebiscito, referendo ou iniciativa popular.

Por isso, o Direito Eleitoral desponta como o primeiro Direito num Estado Democrático de Direito. Sem eleições livres e limpas não há democracia e sem democracia nenhum outro Direito é possível.

Os desvios para os caminhos do mal são

incontáveis quando o Estado é apenas de direito formal, sem compromissos com a pluralidade política, com a diversidade de idéias mobilizadoras para a formação de oposições vigilantes e atuantes.

A oposição, numa democracia, não pode ser

apenas consentida. No Estado onde a oposição não tem espaços, ou porque não é tolerada, ou porque é apenas consentida, não há Governo legítimo. Há, sim, uma camarilha aboletada rateando entre si os dividendos do Poder.

Eleições que apenas reproduzem formalidades e que, por isso, não recolhem e nem

expressam a verdade sobre o que se passa entre os mais pobres, que continuam sendo a maioria da população.

Eleições cujos resultados são obtidos à força de muito dinheiro sobre o qual nem se sabe mesmo se oriundo de contribuição escondida, conquanto suspeita, do poder econômico ou

se produto de desvio descarado feito à sombra do poder político.

Eleições de campanhas milionárias em que o marketing político, pago a peso de ouro, esconde as idéias e o caráter dos candidatos para só exibí-los como bijuterias de vitrine inalcançável, pedras preciosas que à luz de qualquer verdade logo transmutam-se em

diamantes falsos.

Eleições que antes eram fraudadas no ato de votar ou nas apurações e que agora são fraudadas no atacado porque, com a predominância do circo eletrônico, fraudam-se a consciência coletiva

mediante pesquisas enganosas que, alardeando tendências, apenas tendências, na verdade induzem a maioria, que é de incautos, a acolher como salvadores da Pátria muitos

que pouco depois se constata que são de fato bons salvadores, mas salvadores, sim, dos seus próprios interesses.

Eleições que trazem entre os eleitos também aqueles que, pelas ações seguintes, logo se vê, não respeitam o dinheiro público, desdenham do Povo, debocham da Justiça, esnobam o

Ministério Público e desacatam as leis.

Tudo porque só acreditam no dinheiro que furtaram ou ainda vão furto e porque julgando-se imunes a tudo, acima do bem e até do mal, só prestam devoção aos demônios da impunidade.

Eleições manchadas assim são incompatíveis com o Estado Democrático de Direito.

Por isso a necessidade urgente de reformas no Estado.

Reformas políticas, a começar pelas leis eleitorais e pela Justiça Eleitoral. No plano das leis, precisamos de normas mais severas e sumárias contra os abusos do dinheiro e do poder político nas eleições. Como no Direito Penal, o Direito Eleitoral deveria prever também causas interruptivas da prescrição nos ilícitos que, pela lei das inelegibilidades, por

exemplo, são facilmente prescritíveis. Isto porque a pena de suspensão de direitos políticos, nesses casos, é de apenas de 3 anos contados da data do fato e não da data em que a representação foi julgada procedente.

Incompreensível, agressiva ao bom senso, a convivência da permissão de reeleição com a inelegibilidade por parentesco, as duas em brigas com a lógica no estreito espaço de um mesmo texto constitucional.

De há muito faz falta a vigência das chamadas cláusulas de barreira para funcionamento parlamentar dos partidos políticos, que já são hoje mais de quarenta, a grande maioria sem idéias mobilizadoras e sem qualquer representatividade.

Defendo o voto distrital misto, proclamando, portanto, o direito do eleitor vigiar mais de perto e também de aplaudir, - por que não? -, mais de perto os seus eleitos. Defendo uma redução pela metade da composição de todas as Casas Legislativas, em todos os níveis, no País. E também do número de Senadores por Estado, que deveriam ser apenas dois e não três como agora. E o prazo dos seus mandatos também deveriam ser reduzidos.

A principal função das Casas Legislativas hoje é apoiar os contribuintes, zelando para que o dinheiro dos impostos tenha correta aplicação.

Assim, deveriam dedicar mais tempo e trabalho ao exame das normas tributárias, à elaboração do Orçamento público de modo a que fosse tanto mais participativo e, ao mesmo tempo, fiscalizada severamente a sua execução. Algo em torno de US\$ 40 bilhões escorrem, anualmente, pelos ralos da corrupção na área pública, no Brasil. Isto corresponde

a 5% do nosso Produto Interno Bruto (PIE).

No Judiciário precisamos também de muitas reformas. Dentre elas, duas que reputo essenciais. Uma, na Justiça Eleitoral, que já tendo, como tem, atuação permanente, deveria ter sua própria estrutura de Juízes e de Pessoal. Defendo outro formato para a composição dos Tribunais Juízes que não pertençam, como agora, a

Partidos Políticos e da Mídia impressa/ eletrônica. Já detalhei essa proposta em discurso no

Tribunal Superior Eleitoral (TSE).

A outra idéia, igualmente polêmica, não nego, resultaria na extinção da Justiça dos Estados repassando-se tudo, Juízes, Servidores e processos, para o Judiciário da União Federal.

Ora, se é a União que legisla, privativamente, todo o Direito que tem a ver com a vida das pessoas, Direito que é nacional federal, não é Direito estadual, de legislatura estadual,

não faz sentido e nem é justo, do ponto de vista dos custos, que essas despesas com a

aplicação das leis da União Federal sejam bancadas pelos Orçamentos dos Estados- membros.

Mediante regras de transição, os Juízes dos Estados seriam elevados à condição de Juízes Federais e cada Tribunal de Justiça nos Estados seria transformado em Tribunal Regional Federal. Acabaríamos com essa dualidade de Judiciários, uns dos Estados e outros da União

Federal, todos ocupados com as mesmas leis decretadas pelo mesmo Congresso Nacional.

Vamos começar a discutir isso?

Não se resolve os problemas que mais

atravancam os direitos da cidadania, num Estado Democrático de Direito, apenas fazendo leis, alterando decretos, portarias ou até mesmo emendando a Constituição.

Numa só partida, em abril de 2002, exportamos para Europa e Ásia, também por apenas uma empresa, 12 mil toneladas de óleo cru e 48 mil toneladas de farelo de soja. Já exportamos, nos últimos 5 anos, apenas pelo terminal de Itacoatiara, no Amazonas, 3,5

milhões de toneladas de soja. As exportações de mamão papaia já somaram US\$ 6 milhões antes de encerrarmos 2002. A meta é atingir US\$ 30 milhões em três anos.

Isto é só uma ligeira amostra do quanto somos capazes.

Imagine-se o dia em que todos os economistas souberem Direito e quando todos os advogados e demais operadores do Direito souberem economia. É um pouco dessa combinação que falta entre os agentes da coisa pública em nosso País.

A gerência das questões econômicas não pode prescindir do respeito às normas do Direito, sem consideração à cidadania.

A operação do Direito não pode ignorar as peculiaridades da economia. Quando os dois, economia e direito se entendem, a sociedade ganha, a cidadania se afirma, a democracia vence porque se ampliam os combates às causas das desigualdades sociais.

Muito desigual é a economia em que a produção agro-industrial, por exemplo, se realiza com atenções preferenciais a demandas externas. Do muito que se consegue, quase nada contra a fome, quase tudo para, ao final, acertarmos as contas dos endividamentos interno e externo.

Os juros não deixam que os empresários pequenos, nem os médios empresários, se juntem ao esforço de crescimento do PIB, ampliando as ofertas de empregos, reduzindo os números da exclusão social. As taxas de juros, nos patamares em que estão, não servem ao desenvolvimento econômico. Servem à especulação ou à inadimplência.

Um só banco particular brasileiro lucrou, no ano passado, R\$ 2,17 bilhões. Um outro, este estrangeiro, nunca lucrou tanto durante os 55 anos em que opera no Brasil. Teve um lucro de 200% sobre o ano anterior. Faturou R\$ 737 milhões conforme o balanço publicado em

2001.

No Estado Democrático de Direito é possível discutir abertamente essas questões. O Estado de Direito apenas formal é a ante-sala da opressão política contra a cidadania, é a véspera ou o amanhecer da ditadura, ainda que disfarçada.

Quanto mais pessoas souberem sobre Economia e sobre Direito mais pessoas indignadas vamos conhecer. A indignação é o primeiro ingrediente para uma pessoa se tornar cidadã.

E o Brasil precisa de muita indignação.

Ninguém nega, porém, que muitos ajustes precisam ser feitos no ordenamento jurídico, antes que muitas ações favoráveis ao bem comum sejam desencadeadas. Mas muito antes de tudo, temos que conhecer bem as realidades configuradoras das nossas mazelas espalhadas.

Afinal, conhecer bem os problemas é o começo de solução; enfrentá-los corajosamente é a metade de bom êxito. Precisamos conhecer bem os nossos problemas. Saber, por exemplo, que se há fome, e há muita fome ainda, não é por nossa incapacidade de produzir alimentos. A meta de exportações em 2002 deverá alcançar uma receita de US\$ 500 milhões somente com carne de porco. Mais US\$ 1,5 bilhão só em frango. Para o Japão foram vendidas até agora, por uma única empresa, 20 toneladas de camarões de água doce. Um camarão inteiro, com cabeça e casca, custa entre US\$ 4,20 e 4,50 no mercado externo. Numa só partida, em abril de 2002, exportamos para a Europa e Ásia, também por apenas uma empresa, 12 mil toneladas de óleo cru e 48 mil toneladas de farelo de soja. Já exportamos, nos últimos 5 anos, apenas pelo terminal de Itacoatiara, no Amazonas, 3,5 milhões de toneladas de soja. As exportações de mamão papaia já somaram US\$ 6 milhões antes de encerrarmos 2002. A meta é atingir US\$ 30 milhões em três anos.

Isto é só uma ligeira amostra do quanto somos capazes.

Imagine-se o dia em que todos os economistas souberem Direito e quando todos os advogados e demais operadores do Direito souberem economia. É um pouco dessa combinação que falta entre os agentes da coisa pública em nosso País.

A gerência das questões econômicas não pode prescindir do respeito às normas do Direito, sem consideração à cidadania.

A operação do Direito não pode ignorar as peculiaridades da economia. Quando os dois, economia e direito se entendem, a sociedade ganha, a cidadania se afirma, a democracia vence porque se ampliam os combates às causas das desigualdades sociais.

Muito desigual é a economia em que a produção agro-industrial, por exemplo, se realiza com atenções preferenciais a demandas externas. Do muito que se consegue, quase nada contra

a fome, quase tudo para, ao final, acertarmos as contas do endividamento interno e externo.

Os juros não deixam que os empresários pequenos, nem os médios empresários, se juntem ao esforço de crescimento do PIB, ampliando as ofertas de emprego, reduzindo o número da exclusão social. As taxas de juros nos patamares em que estão, não servem ao desenvolvimento econômico. Servem à especulação ou à inadimplência.

Um só banco particular brasileiro lucrou, no ano passado, R\$ 2,17 bilhões. Um outro, este estrangeiro, nunca lucrou tanto durante os 55 anos em que opera no Brasil. Teve um lucro de 200% sobre o ano anterior. Faturou R\$ 737 milhões conforme o balanço publicado em

2001.

No Estado Democrático de Direito é possível discutir abertamente essas questões. O Estado de Direito formal é ante-sala da opressão política contra a cidadania, é a véspera ou o amanhecer da ditadura, ainda que disfarçada.

Quanto mais pessoas souberem de Economia e sobre Direito mais pessoas indignadas vamos conhecer. A indignação é o primeiro ingrediente para uma pessoa se tornar cidadã.

E o Brasil precisa de muita indignação.

DOMINGOS FRANCIULLI NETTO Ministro do Superior Tribunal de Justiça Acadêmico Patrono e Titular da Academia Paulista de Magistrados

Biodiversidade e Direito

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO

Para Aristóteles, o objetivo da vida seria a felicidade, cujo caminho dizia encontrar-se na identificação da qualidade especificamente humana, que diferenciaria o homem dos outros seres, e a excelência particular do homem seria a sua capacidade de raciocínio, a qual lhe permitiria ultrapassar e governar todas as outras formas de vida. Presumia o filósofo que a evolução dessa faculdade traria realização e felicidade.

Conquanto filósofo, o grande pensador grego não era visionário, por isso não previu que essa mesma peculiaridade faria o homem aportar, no século XX, em campos inimagináveis, que o colocariam no limiar da sua própria natureza.

Para isso não o prepararam nem os milhares de anos de sua história, pois, se algo identifica estes tempos, certamente é a celeridade dos avanços científicos: considere-se, por exemplo, que mais de dois mil anos mediam entre a passagem dos barcos a remo e caravelas e o barco a vapor, no entanto poucas décadas separam o motor que impulsionava veículos a trinta quilômetros por hora do motor que concretizou a conquista da lua.

Em face da celeridade das descobertas da ciência e da sua transformação em tecnologia, estamos nós, viventes deste século, a braços com conseqüências que não prevíamos e que nos obrigam à dupla tarefa de

adaptar-nos às novas realidades e de refletir sobre elas para dar-lhes lugar no ordenamento elaborado pela razão.

Essa tarefa racional tem-se mostrado urgente principalmente no campo da biologia, no qual os avanços mais recentes têm permitido a manipulação genética, ou seja, têm tornado possível que se modifique o material mesmo da vida. Para admitir tal

possibilidade, o homem precisa reelaborar os seus princípios, a sua visão de mundo a fim de incluir neles o novo conhecimento.

Dessa forma, entende-se por que certos conceitos estão hoje se impondo à humanidade. Biodiversidade, certamente, é um deles.

Sem querer substituir o especialista, pode-se tentar explicar

"biodiversidade" como a variedade de formas de vida existentes no planeta, a qual deve ser analisada sob vários prismas,

considerando a diversidade genética dos ecossistemas. Aplicando-se um critério etimológico ao termo, pode-se afirmar que a diversidade dos organismos vivos é um fator inerente ao

mundo conforme o conhecemos e considerar natural que haja

constantes modificações nas relações entre os seres, processo cujo estudo deu a Darwin um lugar na história. Afinal, a diversificação e a evolução das espécies é que atraíram a atenção do naturalista e biólogo inglês.

Não é, portanto, novidade a existência de um mecanismo de alteração dos grupos animais ou vegetais. É inusitada, porém, a capacidade humana de alterar não apenas a constituição de um ser vivo em particular, mas também o equilíbrio ecológico.

A deliberada transformação do código genético de plantas, animais ou microorganismos por meio da engenharia genética já é uma realidade com os produtos transgênicos. O procedimento pretende suprimir atividades de genes ou transferi-los de uma espécie

para outra. Essa transferência permite substituir, acrescentar ou retirar um comando químico ou gene de uma cadeia genética, para obter um organismo geneticamente modificado (OGM) ou

transgênico. Um dos objetivos declarados de tal mudança é obter produtos mais resistentes e mais adaptados às necessidades

humanas. Outro exemplo de controle sobre o mecanismo da vida é a clonagem, isto é, a reprodução de espécies a partir de células outras que não os gametas, o que origina espécimes idênticos.

Ainda submetendo a natureza a interesses de distintas ordens, a

raça humana tem promovido destruição e fragmentação de

habitats, introdução de espécies e doenças exóticas, exploração excessiva de plantas e animais, contaminação do solo, água e atmosfera por poluentes, entre outras formas de ataque à biosfera.

Consoante já foi lembrado, Aristóteles citava o poder humano de, por meio da razão, ultrapassar e governar todas as outras formas de vida, mas, provavelmente, nunca se pensou que esse domínio pudesse ameaçar a qualidade e a sobrevivência da vida em si mesma. Entretanto tal espectro paira sobre nós, como alertam tanto a comunidade científica nacional e internacional quanto governos e entidades não-governamentais ambientalistas. A rapidez com que se sobrepõem as descobertas das ciências biológicas e o imediatismo da

sua aplicação, conhecida esta como biotecnologia, não propiciam o tempo necessário para a correta avaliação das conseqüências de tais práticas. Além do mais, interesses econômicos de grupos financiadores de algumas dessas pesquisas podem levá-los a ignorar indícios de periculosidade ou mesmo a mascará-los.

A grande questão que se impõe é: em face dos avanços da engenharia genética e da biotecnologia, qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas ao enfrentarem

os desafios decorrentes dessa evolução? Talvez a resposta fosse mais simples se a própria sociedade já tivesse traçado suas

diretrizes para o assunto, mas também ela está perplexa. Como tratar questões extremamente polêmicas, cuja análise comporta diferentes perspectivas, sejam elas sociais, psicológicas,

morais, éticas, econômicas ou jurídicas? Por exemplo: o que é

ético ou aético na clonagem, na fecundação in vitro, nos transplantes de órgãos, na eutanásia, no aborto terapêutico? Qual o argumento forte o suficiente para que se substitua o processo natural de reprodução por um procedimento difícil, oneroso e de resultados incertos? Há autores que vêem como indigna até mesmo a fecundação in vitro, uma vez que, por meio dela, não seriam os filhos fruto do amor, mas, apenas, de um artifício que não dignifica a relação que deva gerar a prole. Além disso, qual o destino que deve ser dado aos óvulos fecundados que não são escolhidos para implantação no útero? E a situação das mulheres de "barriga de aluguel"?

Como reagir diante da possibilidade de se transplantarem cérebros, fonte da memória e da personalidade? A quem deve ser dado o poder de decisão sobre a vida ou a morte de outrem, seja um feto ou um doente incurável? Quais os riscos que são assumidos ao delegar tal poder divino a um semelhante?

Note-se não ser minha intenção direcionar opiniões; quero levantar problemas que mostrem a complexidade das decisões que, na verdade, cabem ao corpo social, após sérias e longas discussões.

Recentemente, foi notícia o caso de uma esposa que, após a comprovação da morte do seu marido, determinou a retirada do

seu sêmen para posterior utilização, tomando a si a decisão de ter, como efetivamente o fez, um filho que jamais poderá sequer a esperança de conhecer o pai não por uma desventura, contudo por

expresso desejo da mãe. Uma situação dessas suscita

questionamentos de ordem moral, ética e, por que não dizê-lo, de ordem jurídica, visto que haverá um filho herdeiro produto de um ato de terceiro, que não o próprio pai. Qual deveria ser o limite para decisões dessa natureza? Ainda não temos as respostas. Outra discussão atual envolve questões referentes à saúde e economia. É, por exemplo, seguro ingerir alimentos transgênicos? Afirmam alguns que sim; no entanto O Estado de S. Paulo publicou, há pouco, que, na Europa e Ásia, há franca resistência a esse tipo de produto sob os argumentos da "segurança qualitativa do alimento, impactos ambientais, saudabilidade dos produtos, questões éticas e morais, concentração de empresas, liberdade de escolha do consumidor, entre outros". São considerações relevantes, que não se podem ignorar.

Os argumentos de ordem econômica são fortes, mas não conseguem dar uma resposta satisfatória ao cientista inglês que divulgou o encolhimento do cérebro de um rato, seguido de morte, após ter sido alimentado com batata transgênica. Alegam os defensores da prática, em seu favor, que a causa mortis do animal foi a ingestão de um tipo de lecitina utilizada na ração. Em quem acreditar?

No Brasil, o tema encontra-se em amplo debate, pois somos ainda carentes de regulamentação, e a opinião pública começa a despertar para o problema. É fonte de grande preocupação a transferência de genes entre

espécies diferentes, como no caso da soja transgênica, em que os cientistas tentaram melhorar a sua qualidade nutricional utilizando genes da castanhado-pará.

Pessoas que nunca haviam comido essa castanha passaram a apresentar alergia aos seus componentes ao ingerir a soja modificada.

Daí surge mais um nó jurídico: deve ser obrigatório informar ao consumidor, no rótulo de um produto, se ele é ou não de origem

transgênica? Ou deve-se assumir o risco de, à revelia do

consumidor, fazê-lo ingerir alimentos a cujos componentes é alérgico ou que são contrários às suas convicções religiosas? Qual a escala de valores que deve predominar nessas situações?

No mesmo campo, mais uma variável deve ser considerada: os transgênicos podem ser patenteados, o que obriga a pagamento de royalties para lidar com o produto. Surge aí o interesse comercial de quem investiu pesadamente em pesquisas e quer,

naturalmente, o retorno e o lucro dos seus investimentos. Um

aspecto ético importante: quais os limites para a corrida de patentes do material da vida?

A resposta a isso é urgente, porquanto já vivenciamos a biopirataria, isto é, o fato de que cientistas instituições de pesquisa de países do Hemisfério Norte se apossam, na Amazônia, de amostras da flora de propriedades medicinais. São tantos e tão sorrateiros os expedientes, parte de um vasto elenco de dissimulações, que os legisladores passaram um mês no Amazonas e Acre, recolhendo informações com as populações da área sobre

os saques.

Faz-se tempo de abrir o espaço para que essas e outras questões acerca de um assunto não só novo como também instigante sejam trazidas a lume. Aos especialistas na área e à sociedade cabe a responsabilidade de delinear caminhos por onde possam trilhar os operadores do Direito, sem esquecer que os questionamentos levantados não de ser considerados em todas as suas facetas, sem perder de vista o fato de serem o homem e o seu direito à dignidade valores maiores, que é preciso preservar.

ANTÔNIO DE

PÁDUA RIBEIRO Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Direitos de Quarta Geração Biodiversidade e Biopirataria MINISTRA ELIANA CALMON

I – Introdução

A história do homem civilizado, ser gregário e social, parte da era dos chamados direitos naturais, pouco essenciais, tais como direito à vida, à sobrevivência, à propriedade e à liberdade.

Como Direito Natural, ou afirmação filosófica, não há defesa possível quando é ele violado pelo Estado, a não ser quando há RESISTÊNCIA - o súdito rebelar-se contra a supremacia do soberano que não respeita os direitos indispensáveis à sobrevivência, resistindo e pressionando a ordem constituída pelo Príncipe.

Nesse diapasão, no estágio de consciência de que os direitos são conquistados e não outorgados, parte o homem, com resistência e pressão, para ampliar os direitos fundamentais, ultrapassando a esfera do natural,

para chegar aos DIREITOS POLÍTICOS, era que tem início com a Revolução Francesa e com a aprovação da primeira Declaração dos Direitos do Homem, cuja marca registrada está na consciência da imperiosa necessidade de se estabelecer limites ao superpoder do Estado. Daí a preocupação em garantir-se a liberdade pessoal: ninguém pode ser acusado, preso ou detido, senão nos casos determinados em lei.

No entanto, a preocupação não foi capaz de frear a tendência de, partindo-se do individualismo jurídico, chegar-se aos estados totalitários que, acelerando o processo de evolução do Direito, inauguraram uma terceira geração.

O individualismo jurídico demonstrou claramente a sua disfunção, porque passou a traduzir os interesses de uma classe determinada, deixando à margem um grupo de pessoas desiguais, vindo a Revolução Industrial a deixar às claras o desamparo das mulheres, das crianças e dos idosos.

O amadurecimento de novas exigências ou de novos valores, tais como o bem-estar, a equidade real e não apenas formal, e o interesse na manutenção de uma igualdade que transcende a fronteira do Estado, fizeram explodir uma nova era: a dos DIREITOS SOCIAIS. Tem início com uma visão ainda individual: a igualdade real de cada um, merecedora de proteção do Estado - direito à educação, ao pleno emprego, à segurança e outros, mas em um segundo momento, passa-se a visualizar o homem integrado em um grupo. Da preocupação com o indivíduo, passou-se, então, a proteger indivíduos identificados por laços comuns, família, minorias étnicas, religiosas etc.

Surge um interessante fenômeno, provocado principalmente pela tragédia do nazismo, cujo ponto de partida foi o Tribunal de Nuremberg: um direito supranacional, sob o consenso de que, em foro internacional, deve-se discutir muitas questões ligadas aos direitos fundamentais.

É a terceira fase dos direitos sociais, voltada para a comunidade internacional, cujo problema maior é o de fornecer garantias válidas e eficácia para os direitos fundamentais, ao tempo

em que se empenha em aperfeiçoá-los continuamente, de modo a não deixá-los engessados em fórmulas solenes e vazias.

Surgem os entes quase públicos, representados por segmentos não-governamentais da

sociedade civil organizada, as ONG's, incumbidas de lutar por interesses coletivos e difusos, direitos estes que dificilmente poderiam merecer a tutela estatal, por ausência de representação política adequada e em face da excessiva exposição daquele indivíduo que decidia enfrentar o Estado.

Forjamos a nossa Carta Política, a "Constituição Cidadã", sob a égide dos direitos de terceira geração, com o que de mais moderno tinha o mundo em termos de visão jurídicoinstitucional, ao término da "Guerra Fria".

De lá para cá, entretanto, o mundo mudou radicalmente. Caiu o muro de Berlim e, com ele, toda a política comunista do Leste Europeu. A economia mundial se realinha para enfrentar os

grandes grupos econômicos e apátridas. As ameaças à estabilidade nacional não mais vêm dos países vizinhos mas de grupos econômicos sem nacionalidade, fronteira ou ideologia, que varrem o mundo com a velocidade proporcionada pelos novos meios de comunicação. Chega, então, a hora de comporem-se os Estados em blocos, cedendo às exigências da cultura nacional para, fortalecidos pela união, enfrentarem a ganância pelo lucro rápido e fácil, dentro de uma política que sugere o novo *laissez faire*, *laissez passer*: o neoliberalismo.

Dentro deste quadro, passados mais de dez anos da reestruturação do Estado Brasileiro pela

Constituição Federal de 1988, temos um modelo já superado. O mundo parece estar bem

menor e a velocidade da mudança no Planeta teve como consequência o rápido envelhecimento da capacidade de ordenar a sociedade, afora os gravíssimos problemas sócio-econômicos, soterrando o sonho de um "estado do bemestar social".

Sem condições de ver implementadas as políticas sociais e ambientalistas propostas constitucionalmente, sem poder fortalecer e proteger os grupos minoritários, surge como complicador a exclusão social provocada pelo apartheid econômico: os desempregados, os subempregados e a economia informal.

Estes são os reais problemas do mundo atual, especialmente dos países que, como o Brasil, enfrentam as mazelas da globalização sem ter tido tempo de cumprir seus compromissos sociais.

II - Direitos de 4ª Geração - Novas Tendências

As descobertas científicas e os avanços tecnológicos praticamente colocam o mundo em perplexidade, com valores sociais e éticos das três gerações de direito até aqui delineadas em absoluto declínio.

As exigências sociais chegaram a um nível de sofisticação tal que o regramento da vida do indivíduo e da sociedade na qual ele se insere tomou-se insuficiente, sendo necessário ordenar e disciplinar o espaço físico e o meio ambiente. Assim, a preocupação apresentada não é mais pela VIDA, mas pela QUALIDADE DE VIDA.

A taxa de mortalidade diminuiu e a longevidade se estende à medida em que avança a ciência, fazendo com que o homem tenha praticamente o poder sobre a vida, determinando o nascimento e a morte do seu semelhante.

A biodiversidade, como variedade de formas de vida existentes no planeta, está provocando diversos debates, haja vista que se tornou possível alterar não-somente a constituição do ser vivo, mas também o equilíbrio ecológico.

A transformação do código genético de plantas, animais ou microorganismos, por meio da engenharia genética, já é uma realidade. Mediante um comando químico na cadeia genética é possível obter um organismo geneticamente modificado, de melhor resistência e adaptado

às reais necessidades do homem, como também é possível que se faça a reprodução de espécies a partir de células outras que não os gametas, o que dá origem à espécimes

idênticas, os chamados "dones".

Este poder científico do homem e a rapidez das descobertas biológicas, pela biotecnologia, levam a uma grande questão: qual o comportamento a ser adotado pelos profissionais das diversas áreas, ao enfrentarem os desafios decorrentes desta evolução? Como tratar questões extremamente polêmicas, dentro de um universo de valores ainda envelhecidos? Qual será o limite para a vida e para a morte?

A globalização e os avanços tecnológicos diminuíram distâncias, aceleraram o tempo, dinamizaram a vida, mobilizando os capitais em tal velocidade que resultou na impossibilidade de acompanhamento pela nossa compreensão, disciplinada para um tempo e um espaço que se tomou inadequado.

O mundo inteiro ressenha-se com o fenômeno, visto que as normas jurídicas vêm perdendo, gradativamente, a capacidade de ordenar e moldar a sociedade. O reflexo imediato deste descompasso está no Poder Judiciário,

desguarnecido dos padrões que constituem a sua lógica e a sua força: a efetividade da lei, aplicada ao caso concreto. Os mecanismos processuais de controle dos conflitos não mais conseguem exercer o papel de absorver tensões, dirimir conflitos, administrar disputas e neutralizar a violência. O fenômeno atinge a todos, sejam países da common law, que adotam para o Judiciário o sistema de precedentes, como também nações que, como o Brasil, pautam-se no sistema da legalidade ou da segurança jurídica, a *civillaw*.

Dentro deste quadro, na perspectiva da sociedade brasileira, traçaram os Professores José Eduardo de Faria e Celso Campilongo as novas tendências da vida jurídica nacional. A primeira mudança far-se-á no Direito Processual para atender às novas solicitações, preconizando-se para tanto:

- redução do número de recursos;
- adoção abundante do princípio da moralidade;
- finalização do processo nas instâncias inferiores;
- adoção de súmulas vinculantes;
- transformação dos tribunais de cúpula em cortes constitucionais;
- atos de comunicação processual por meios modernizados;
- redução da coercibilidade do direito positivo, pelos processos de desregulamentação,

deslegalização e desconstitucionalização.

Incentivam-se as negociações, os entendimentos e as soluções específicas para cada situação, com grande flexibilidade, pautados em uma nova racionalidade, com renúncia de

supremacia e universalidade, dando ênfase e preponderância para as decisões articuladas e prevenidoras de conflitos, instrumentalizada pelas soluções alternativas de conflito, tais como negociação, mediação e arbitragem.

É o retorno à privatização do Direito, após a expansão do Direito Público e das Constituições dirigentes. Temos uma volta ao Direito Civil, em razão da ênfase à livre negociação, com modernos contratos firmados à distância, sem a documentação tradicional, porque celebrados via internet - são os chamados contratos desmaterializados. A tutela governamental é substituída pela livre negociação, com expansão das relações contratuais

em redes de em presas e cadeias produtivas. Surge, em consequência, neste final de século, um Direito Civil novo, forjado na dinâmica da transnacionalização dos mercados e concentração de capitais.

No Brasil temos, como exemplo, as privatizações de setores básicos da economia, criando o

Estado, nesta fase transacional, as chamadas agências reguladoras.

Aumenta-se o número de contratos a termo, subcontratos, trabalho a domicílio, e surgem novas formas de remuneração, com base na produtividade, exercidas as tarefas por microempresários, deixando-se livre a negociação, sem a preocupação de proteger o hipossuficiente.

Destaca -se a importância assumida pelo Direito Internacional Público, que passa a ser progressivamente relativizado ou até mesmo desfigurado, na medida em que os acordos, as

convênções e os tratados vão inserindo dispositivos de natureza privada, com vista a atender às leis de mercado, pela transnacionalização das avenças.

Expandem-se o Direito Comunitário, com o surgimento de zonas de preferência tarifária, zonas de livre comércio, união aduaneira e união monetária, bases para o surgimento de mercados comuns.

Temos a regressão dos direitos sociais, nascidos contra o Estado para barrar a sua arbitrária interferência.

As ações coletivas vão perdendo a razão de existir, pela ineficiência quanto à exequibilidade das decisões nela proferidas. Há uma tendência para o enfraquecimento dos Direitos Humanos, diante do enxugamento do Estado-Nação.

Transforma-se o Direito Penal pela expansão do crime organizado, do terrorismo, do contrabando, da lavagem de dinheiro, das fraudes financeiras e das migrações ilegais,

cometidas por meio de infóvias, em portentosas redes de transgressão.

Rompe-se, assim, com o princípio da territorialidade, com as normas probatórias, com o próprio conceito de sujeito ativo.

Quando se fala nas tendências dos direitos de quarta geração, temos de, necessariamente, focar a questão da ética e da moralidade como princípios norteadores da vida em sociedade, até por uma questão de sobrevivência. E isto ocorre porque as cifras espetaculares que medem o desenvolvimento tecnológico do homem servem também para mascarar

1. uma desigualdade gritante entre os que têm acesso às invenções tecnológicas e os que não têm. Daí ter dito o Professor Newton Santos, com sabedoria, que não basta ter a sociedade

uma estrutura normativa moderna e pródiga na outorga de direitos. É imperioso que se conduza a sociedade a um patamar de cidadania, oferecendo-lhe condições de acesso aos

direitos outorgados.

Ora, na medida em que o Estado deixa livre a contratação, que segue as regras de mercado, é preciso que se tenham presentes as regras éticas de responsabilidade, a fim de que não se volte às iniquidades já vividas na época do *laissez faire*.

III - O Direito de Propriedade

O Brasil ainda cuida dos gravíssimos problemas em torno da propriedade fundiária, cujas causas estão na ausência de reforma agrária em um País de dimensão continental. As questões de terra assumem contornos preocupantes sob o aspecto social, diante de uma crescente marcha da desobediência civil por grupos organizados de um lado e do outro a anêmica reação do Estado que se coloca sem segurança, por não ter cumprido as obrigações de governo.

Assim, mergulhamos nos direitos de quarta geração ainda preocupados com a propriedade fundiária e com o problema de habitação nas inchadas metrópoles, devido ao êxodo rural.

Contudo, segundo minha ótica, a classe jurídica nada mais tem a fazer no terreno da propriedade imobiliária, senão o trabalho de atualização das novas formas de utilização dos bens de raiz. A partir daqui a questão é eminentemente político-social.

Na atualidade, a atenção dos juristas deve voltar-se para uma das grandes questões do novo milênio: a propriedade intelectual ou imaterial, as marcas e patentes de invenção.

Dentro deste tópico não podemos esquecer que se insere um enfoque inteiramente novo e de grande relevância que é a questão da exploração da biodiversidade, especialmente para o Brasil, celeiro inesgotável de matéria-prima.

Se refletirmos em torno da riqueza da flora amazônica, por exemplo, podemos avaliar o quanto estamos vulneráveis em termos de cobiça internacional.

As questões relativas ao acesso à biodiversidade e à proteção da propriedade industrial constituem-se nos dois lados de uma mesma moeda, projetando-se em um sem-número de

questionamentos. Tudo gira em torno do acesso aos recursos genéticos e à tecnologia que deles se utiliza. Devem ou não ser patenteados os vegetais, os animais e os processos

essencialmente biológicos? Como se posiciona o Brasil nesse debate?

O art. 225 da Constituição Federal de 1998 estabeleceu uma espécie de norma programática, consagrando a necessidade de zelar-se pela proteção ambiental. Infraconstitucionalmente temos a Convenção da Diversidade Biológica, a que o Brasil se obrigou no plano internacional, obtida em 1992 por ocasião da ECO 92, realizada no Rio de Janeiro. A partir de então, temos uma legislação incipiente, destacando-se:

1 - Lei da Biossegurança - Lei n. 8.974, de 05/01/95 (regulamentou os incisos 11 e V do § IOdo art. 225 da CF /88), estabeleceu normas para uso de técnicas de engenharia genética e liberação de organismos geneticamente modificados;

2 - Decreto n. 1.752, de 20/12/95, que regulamentou a lei anterior;

3 - Lei sobre Propriedade Industrial - Lein. 9.279, de 14/05/96;

4 - Lei de Proteção dos CULTIVARES (= variedade cultivada de planta, que resulta do melhoramento genético, mediante interferência da pesquisa científica) - Decreto 98.830/

90;

5 - Projeto de Lei 306/95, de autoria da Senadora Marina Silva, em tramitação no Senado. Este projeto inclui os recursos biológicos e genéticos continentais, costeiros, marítimos e insulares presentes no território nacional. Também inclui tipos penais, revigorando o enfoque repressivo em defesa do meio-ambiente; e

6 - As leis estaduais do Acre e do Amapá - Leis ns. 1.235/97 e 388/97, respectivamente.

Indico a legislação por entender que, embora existam aspectos problemáticos na normatização das atividades de manipulação dos recursos da biodiversidade, esta não é a causa principal para a evasão dos nossos recursos da biodiversidade, como assinalam os especialistas.

O primeiro ponto a ser destacado diz respeito à falta de conhecimento da elite brasileira no que se refere à importância da biodiversidade no mundo moderno, que está umbilicalmente ligada à questão da propriedade intelectual.

Constatam os especialistas que, enquanto as ciências biotecnológicas evoluem em progressão geométrica, verifica-se no planeta uma galopante escassez de matéria-prima para atender a essas atividades, escassez esta que tem levado que os países mais ricos em BIOTA ou BIOMA (conjunto de flora e fauna de uma região) e que são de forma paradoxal mais pobres economicamente, a sofrerem o assédio das indústrias internacionais, sequiosas de bens que lhes garantam a continuidade de um rico filão em divisas patenteadas. Daí a necessidade imperiosa de chamar-se a atenção para a importância do que se denomina

de biopirataria.

Convém iniciarmos estas breves reflexões, dando o conceito de BIODIVERSIDADE, identificada como sendo a variação do patrimônio genético, compreendendo-se, nesse universo, toda a capacidade de existência viva e de perpetuação de espécies.

A preocupação dos Estados, especialmente os mais assediados pelas indústrias multinacionais, está em traçar o ponto de equilíbrio na utilização da biodiversidade como instrumento na obtenção de vantagem econômica. É chamada BIOPROSPECÇÃO.

De um lado, toma-se imprescindível, por ser uma questão de soberania, estabelecer as linhas mestras da exploração de seus próprios recursos segundo as políticas ambientais do

Estado, evitando sejam causados danos às áreas de sua jurisdição soberana. É de

importância capital a noção de soberania de cada Estado, sob o enfoque da biodiversidade, a fim de varrer a idéia de que as riquezas biológicas são patrimônios comuns da Humanidade, por séculos, a abrir mão de uma real proteção dos seus interesses, dando ensejo à exploração dos países do terceiro mundo.

Ao traçar a sua política de bioprospecção, ou seja, de manuseio dos recursos genéticos, não se pode olvidar que se insere neste patrimônio o conhecimento secular, adquirido pelas comunidades tradicionais. É a cultura de povos, que ao longo do tempo utiliza-se dos recursos naturais, usando técnicas e invenções primárias, aperfeiçoadas por gerações e gerações. Daí o princípio inserido no artigo 3º da Convenção da Diversidade Biológica: os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos, segundo as regras de política ambiental, obstaculizando práticas que causam dano ao meio ambiente.

Fala-se, então, do DIREITO INTELECTUAL COLETIVO, consubstanciado em um conjunto de normas que protege o conhecimento tradicional e inovações não alcançadas pelo sistema dos direitos de propriedade intelectual. É uma espécie nova que surge como embrião da propriedade intelectual. Temos, então, posterior ao DIREITO DE PROPRIEDADE INTELECTUAL - proteção ao conhecimento técnico científico -, o DIREITO INTELECTUAL

COLETIVO, que protege a cultura e incentiva o seu resgate, evitando seja ela dilapidada

pela exploração inseqüente.

A noção de direito intelectual coletivo objetivou proteger os conhecimentos e inovações não abarcadas pelo sistema dos direitos de propriedade intelectual, mas que não podem ser

esquecidos por integrarem a biodiversidade.

Mas o debate em torno do tema "propriedade imaterial" - patentes de invenção, assume proporções mais urgentes e preocupantes com o crescente número de relatórios sobre pesquisas biológicas que envolvem o genoma humano.

A engenharia genética vem sendo estudada nos Estados Unidos desde o início da década de 70. No Brasil, o tema ganhou importância a partir da Lei 8.974/95, chamada de Lei de Biossegurança, regulamentada pelo Decreto 1.752.

É interessante observar que a Lei de Propriedade Industrial - Lei 9.279/96 - permite a apropriação privada dos produtos e processos biotecnológicos, desde que se cumpram os três requisitos básicos: inovação, atividade inventiva ou aplicabilidade industrial. Contudo, em genética humana, a norma não tem a mínima aplicabilidade. E isto porque a

seqüência genética não é nenhuma criação, consistindo o trabalho do homem em um mero proceder mecânico que levou à decodificação.

Para se ter uma idéia deste rico mão, basta lembrar que três-quartos de todas as drogas utilizadas pela indústria farmacêutica derivam de plantas que eram utilizadas na medicina indígena. O curare, por exemplo, era usado pelos índios amazônicos para paralisar a caça e hoje funciona como anestésico cirúrgico. A neem, árvore símbolo da Índia, chamada de árvore abençoada pelo poder de cura, servindo de antibactericida natural, hoje é industrializado pela W. R. GRACE que o patenteou, em detrimento de pesquisadores e empresas indianas que, há séculos, utilizavam-se da sua árvore símbolo. A taumatina, tradicional planta da África Ocidental, vem sendo usada de longa data pelos nativos da região como adoçante alimentar. Em 1993, a LUCKY BIOTECH CORPORATION, empresa coreana do setor farmacêutico e a Universidade da Califórnia, conseguiram patente internacional para um adoçante de baixa caloria e que é cem mil vezes mais doce que o açúcar. É identificada como a mais doce substância do planeta. A "descoberta" renderá milhões em lucros, mas os verdadeiros descobridores da taumatina nada receberão.

O que fazer? Instituições internacionais e empresas privadas têm uma série de proposições e planos para partilhar os lucros oriundos de novas patentes baseadas no conhecimento primitivo dos povos incultos. Outras instituições não aceitam a política de partilha e defendem a cobrança de royalties. Por fim, uma terceira via afirma que o domínio genético não pode ser vendido a qualquer preço, devendo continuar a ser um domínio de todos. O exemplo desta terceira via é a decisão tomada por todas as nações do mundo, no sentido de preservar a Antártida como domínio global, livre de exploração comercial. Estudos são desenvolvidos em torno da proteção de patentes, que alguns entendem fazer surtir um efeito contrário, por reprimir a livre troca de informações, essencial para o aprimoramento da condição humana. Sem terem chegado a uma conclusão definitiva, parece até que os países ricos não têm interesse na solução para o impasse que, seguramente, não lhes trará nenhum benefício.

O certo é que o mundo jurídico já tomou consciência da importância do meio ambiente ecologicamente equilibrado. E hoje, o entendimento das elites, respaldado em lei, é no sentido de que, dado o caráter difuso do bem ambiental, tem o Poder Público e, ainda, a coletividade, legitimação para preservá-lo e defendê-lo, em nome dos interesses das gerações futuras

v – Conclusões

1 - Os direitos de quarta geração encontram um mundo inteiramente novo, com valores sociais e éticos em declínio absoluto. As tendências do Direito neste século estão arraigadas a dois tópicos principais: velocidade da vida pelas descobertas científicas e avanços tecnológicos; e novos centro de interesse com a ênfase à propriedade imaterial.

2 - Surgimento, ao lado do direito intelectual, do chamado direito intelectual coletivo, que protege o conhecimento tradicional e as inovações não alcançadas pelo sistema dos direitos de propriedade intelectual já conhecidos tradicionalmente.

3 - Necessidade de se adquirir a consciência de que a biodiversidade está integrada pelos conhecimentos e inovações da tradição dos povos, fora do sistema formal dos direitos.

4 - O Brasil, por não ter aprovado o Projeto de Lei 306/95 da Senadora Marina Silva, não dispõe de legislação que discipline a genética humana e a utilização e plantio de

alimentos transgênicos.

5 - A biopirataria é uma forma nova de colonialismo pirata, substituindo, no mundo moderno, os caçadores de plantas por exploradores de genes.

6 - Dificuldade de traçar os limites da bioprospecção, assim entendida a utilização da biodiversidade como fonte de recurso para o fortalecimento da capacidade científica e tecnológica.

7 - Proposições internacionais para proteger a biodiversidade e frear a biopirataria que apresentam três ordens de idéias: partilha dos lucros oriundos das patentes baseadas no conhecimento primitivo de povos incultos; pagamento de royalties a esses povos; e impossibilidade de venda ou negociação do conhecimento científico que possa influenciar na genética.

8 - Inexistência de solução para uma posição definitiva. Afinal, para os países ricos não haverá nenhum benefício na solução do problema, que é unicamente dos países pobres e que, paradoxalmente, são os mais ricos em biodiversidade.

ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO Ministro do Superior Tribunal de Justiça

A Justiça Militar da União

MINISTRO SÉRGIO XAVIER FEROLLA

A abordagem de qualquer tema de interesse jurídico, dirigido a uma elite intelectualizada, gera um especial sentimento de responsabilidade, não só quanto à seleção criteriosa do assunto, como pela oportunidade oferecida para a elaboração de um texto capaz de informar ao mesmo tempo propor o debate sobre questões muitas vezes trazidas a público de forma polemizada, em geral como consequência de

distorções conceituais indevidamente colocadas pela mídia não especializada. As críticas e sugestões, freqüentes na imprensa brasileira, referindo-se à atuação do judiciário, dão um cristalino exemplo dessa classe de desinformação repetidas vezes inoculada no seio da sociedade.

Tendo em mente tais premissas, ousei propor aos nobres e cultos leitores da Revista da Academia, uma análise sobre a Justiça Militar da União e sua atuação em quase dois séculos de trestação jurisdicional especializada e intramuros, por sua

própria natureza, mas chamada a se manifestar em

complexos e traumáticos momentos da história pátria. Vale inicialmente recordar que os tribunais militares datam de épocas remotas e foram constituídos como instrumento de aplicação da Justiça durante o Império Romano.

Com suas Legiões avançando e definindo novas fronteiras para o império, surgiu a necessidade de se expandir a ação do Pretor, sediado em Roma, e portanto incapaz de atender às demandas surgidas nas longínquas regiões,

particularmente nos acampamentos militares.

Os acampamentos eram designados como "Castro", e daí a caracterização como Justiça Castrense, àquela que neles se fazia presente. Tal designação permanece viva até os nossos dias, sendo referenciada aos órgãos componentes da Justiça Militar.

Quando da instalação da Corte Portuguesa em nosso país, cuidou o Príncipe Regente D. João de organizar a estrutura de governo e criar órgãos julgados essenciais e prioritários, como a Casa da Moeda, a Imprensa Nacional e a Justiça Militar, entre outros.

Assim foi que, em 14 de abril de 1808, pelo Alvará, com força de Lei, criou-se na cidade do Rio de Janeiro o Conselho Supremo Militar e de Justiça, acumulando funções administrativas e judiciárias.

A Constituição Republicana de 1881, ao organizar o Poder Judiciário, não contemplou a Justiça Militar. Entretanto, em seu texto (Art. 77), previu foro especial para os delitos militares, estabelecendo que o dito foro seria composto pelo Supremo Tribunal Militar e pelos Conselhos necessários para a formação da culpa e do julgamento dos crimes, dando, assim, à Justiça Militar outra estrutura, passando a figurar como órgão Supremo da Judicatura Castrense.

Desse modo, o antigo Conselho foi extinto, ficando, a partir de então, o Supremo Tribunal Militar, sob o pálio da Constituição, alçados à categoria de Órgãos Judicantes, de natureza especial, porém ainda não integrados na estrutura do Poder Judiciário. A República trouxe novos rumos e fixou novas marcas para a Justiça Militar, culminando, com a Constituição de 1934, na inclusão definitiva dos Tribunais Militares e seus juízes na estrutura do Poder Judiciário, como decorrência de vontade soberana da Assembléia Nacional Constituinte.

A partir da Constituição de 1946, Tribunal passou a denominar-se Superior Tribunal Militar (STM) e, no que respeita à sua composição, manteve a tradição de deixar a

matéria sob o comando da lei ordinária.

Após as modificações introduzidas na Constituição de 1964 pelo

Ato Institucional nº 2, de 1965, passou a referida composição a ser regida pelo próprio texto Constitucional, o qual na Constituição de 1967, em relação ao STM, estabeleceu, também, que seus Ministros seriam nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal.

A Constituição de 1988 manteve o espírito de legislação anterior, consolidando a atual organização, composição e competência dos Tribunais e Juízes Militares.

— Art. 122 – São órgãos da Justiça Militar: I – O Superior Tribunal Militar;

II – os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

Art. 123 – O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais

elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único – Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II – dois, por escolha partidária, dentre juízes-audidores e membros do Ministério Público da Justiça Militar.

Art. 124 – À Justiça Militar compete processar e julgar os

crimes militares definidos em lei. II

Na revisão constitucional em curso, sob o título abrangente de —Reforma do JudiciárioII, considerando não competir mais a Justiça Militar da União julgar os crimes contra a Lei de Segurança Nacional, não mais vigentes, modificações estão sendo analisadas, implicando certamente na redução do

número de Ministros civis e militares, sem alterações maiores

nas atribuições desse ramo especializado do Poder Judiciário.

Verifica-se, pois, que desde sua origem, o STM tem composição mista, sob a forma de escabinato, na qual se fundem o saber de notáveis juristas e a prática da vida castrense de experimentados chefes militares.

D. João VI, D. Pedro I, D. Pedro II, Deodoro e Floriano presidiram, como Chefes de Estado, o Conselho Supremo Militar e só este fato revela o lugar por ele ocupado na hierarquia política e administrativa do País.

Pela Superior Corte Castrense passaram brasileiros eminentes, bastando dizer que a integraram Caxias – patrono do Exército –, Tamandaré – Patrono da Marinha – e Joaquim Pedro Salgado Filho, que dela saiu para ser o

primeiro Ministro da Aeronáutica, em 1941. Também Floriano Peixoto e Ernesto Geisel foram membros da Corte antes de exercerem a Presidência da República.

Com tão destacada presença na história do País, foi a máxima Corte Castrense chamada a decidir, em especial, nos processos decorrentes dos movimentos revolucionários e insurrecionais, que marcaram a evolução política do Brasil

nos dois últimos séculos e nos quais cidadãos comuns e

membros das Forças Armadas tiveram direta participação.

Assim é que em seus arquivos está preservada vasta documentação sobre fatos e personagens de realce, tais como: a "Revolta dos 18 do Forte", ocorrida em 5 de julho de

1922, envolvendo Antonio Siqueira Campos, Eduardo Gomes, Newton Prado, Mario Tamarindo Carpenter, e muitos outros, com seus recursos de Apelação, Embargos,

Habeas Corpus etc.; a "Revolução Paulista de 1924", envolvendo João Alberto, Siqueira Campos, Joaquim e Juarez

Távora, Eduardo Gomes, Isidoro Dias Lopes, Miguel Costa, Augusto do Amaral Peixoto Júnior e tantos outros conhecidos personagens desse emorável episódio, que veio dar origem à conhecida "Coluna Prestes"; a "Revolução de 1930", envolvendo João Alberto Lins de Barros, Siqueira Campos, Juarez Távora, João Pessoa (Ministro do STM na época), Luiz Carlos Prestes, Olegário Maciel, Pedro Aurélio de Góis Monteiro (Tenente-Coronel Comandante do Movimento - Ministro do STM de 27/10/52 a 15/12/56), José Américo de Almeida, Paes de Andrade (General), João de Deus Menna Barreto (General- Ministro do STM de 16/11/31 a 25/

03/33), Augusto Tasso Fragoso (General Ministro do STM de

28/04/33 a 19/02/38), Isidoro Dias Lopes, Bertoldo Klinger (General), Euclides de Oliveira Figueiredo (Coronel) e muitos outros; a "Revolução de 1932" (Revolução Constitucionalista), envolvendo João Alberto (Coronel),

Barata Ribeiro (Capitão), Miguel Costa (Comandante da Força Pública), Eurico Gaspar Dutra (General), Waldomiro Castilho de Lima (General - Comandante da Região Militar e interventor federal) e muitos outros; a "Ação Integralista Brasileira", envolvendo Plínio Salgado e muitos outros; a "Intento Comunista" de 15 de novembro de 35, envolvendo Luiz Carlos Prestes e muitos outros; o "11 de novembro de 1955", envolvendo Haroldo Coimbra Veloso, José Chaves Lameirão e outros; enfim, páginas de elevado significado histórico, cuja síntese, aqui transcrita, claramente demonstra que estão a merecer uma avaliação técnica apurada por parte de estudiosos do Direito, com vistas a acrescentar novos dados à história do nosso país.

Os episódios políticos que marcaram o Brasil após 1964 e estabeleceram para o STM competência ampliada, com os julgamentos dos indiciados nos crimes contra a então vigente "Lei de Segurança Nacional", têm servido de argumento para que o Tribunal e a Justiça Militar da União, como um todo, passasse a ser alvo das críticas de setores radicalizados e

sem conhecimento de causa, em sua maioria. Tornou-se lugar comum relacionar episódios de violência policial nos estados e alegadas impunidades à Justiça Militar, sem atentar para o fato de que, os estados incorporaram em

suas estruturas Tribunais Militares, como decorrência da

criação das corporações policiais militares regionais, sem qualquer vínculo com a Justiça Militar da União. Com exceção de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, cujos efetivos superam vinte mil homens cada um, estabelecendo

o texto constitucional a existência de uma Corte especializada de Segunda Instância, nos outros Estados os recursos são julgados em Câmaras especiais dos Tribunais de Justiça, cabendo, se for o caso, subirem os feitos ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (se houver ofensa à Constituição).

Assim sendo, ao relacionarem, de forma generalizada, episódios policiais militares com a atuação da Justiça Militar da União, prestam-se as infundadas críticas a confundir a opinião pública, denegrindo não só um ramo do Poder Judiciário, mas, principalmente, as próprias Forças Armadas, objetivo maior, e muitas vezes inconsciente, daqueles que se colocam como instrumento de uma ação alienígena, estrategicamente engendrada, visando minar os alicerces da própria soberania nacional.

À Justiça Militar da União compete, essencialmente, tutelar os princípios da hierarquia e da disciplina no seio das Forças Armadas e sua atuação eventual em períodos traumáticos da história pátria, permitiram trazer a público seu ambiente democrático, com o império da lei e do contraditório, como puderam testemunhar destacados expoentes da advocacia, que nela atuaram, em defesa de seus constituintes.

Pioneiramente, já a partir de 1922, preocupada com a defesa dos militares de menor grau hierárquico (soldados e graduados), instituiu a Justiça Militar da União a Defensoria-de-Ofício, que veio a ser incorporada à estrutura da atual Defensoria Pública da União, criada pelo texto constitucional de 1988. Como conclusão, julgamos importante enfatizar que a Justiça Militar da União, pelo trabalho das suas Auditorias Militares, atuação do Ministério Público Militar e da

Defensoria Pública da União e/ou advogados, bem como a tutela mais elevada do Superior Tribunal Militar, tem assegurado o fiel respeito aos preceitos legais consolidados na legislação em vigor, absolvendo ou condenando e, se necessário, promovendo o expurgo daqueles elementos que não alcançaram a grandiosidade da missão e a postura almejada para os integrantes das Forças Armadas, em especial.

A feliz citação elaborada pelo eminente Ministro aposentado do STM, Dr. Aldo Fagundes, traduz, em poucas palavras, o sentimento que deve persistir naqueles que optam pela carreira das armas:

"A farda é leve para quem a veste por vocação, mas é fardo insuportável para aquele que não compreendeu a missão para a qual prestou juramento solene".

A composição das cortes de julgamento, sob a forma de escabinato, ou seja, composta por civis e militares, assegura a análise dos fatos à luz da realidade na vida da caserna, supervisionada pelo saber jurídico dos Juízes Togados e sempre sob o vigilante e acurado acompanhamento do Ministério Público Militar, na elevada tarefa de representantes da lei e fiscais de sua execução.

Integrante do Poder Judiciário, a Justiça Militar da União proporciona aos jurisdicionados a tramitação imparcial dos processos, com todos os direitos inerentes à ampla defesa e ao contraditório, previstos na Constituição e nas leis.

Com pouco mais de 30 (trinta) juízes auditores na Primeira

Instância (Auditorias), para um total aproximado de 300.000 (trezentos mil) militares nas Forças Singulares, sem considerar os efetivos da reserva e reformados, deduzimos uma média de 01 (um) juiz-auditor para cada 10.000 (dez

mil) cidadãos fardados, média bastante superior àquelas

vigentes em países desenvolvidos, como, por exemplo, a Alemanha, onde se constata a existência de 01 (um) juiz para cada 3.000 (três mil) habitantes. Acrescente-se, ainda, seu baixíssimo custo, frente aos inumeráveis benefícios para as Forças Armadas. O Poder Judiciário recebe cerca de

0,77% do Orçamento Geral da União. Desse percentual, apenas 0,0098% cabe à Justiça Militar, ou seja, menos de

0,01% (um centésimo) do Orçamento Global da União. As levianas e infundadas críticas por vezes divulgadas, da existência de uma relativa estrutura judicante para poucos feitos, devem sim ser interpretadas como elogio ao sistema

vigente no Brasil desde o Império e, em particular, ao ambiente de disciplina e correção administrativa no seio das Instituições Militares, onde os mínimos desvios são apurados e corrigidos, resultando em um ambiente exemplar e sadio, onde se cultua o amor à pátria e às instituições, dando seguimento à honrosa missão atribuída pelos grandes brasileiros, que no passado histórico e em épocas mais recentes, deram exemplos de luta e abnegação, por um Brasil ativo e soberano.

*Ten. -Brig. -do-Ar SÉRGIO XA

VIER FEROLLA Ministro do Superior Tribunal Militar

Direito Regimental: Uma Disciplina Autônoma?

ACADÊMICO JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO E ACADÊMICO CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA

Sendo o Direito vida, explícita na comunicação, conduta em interferência intersubjetiva, substancia-se sob o aspecto sintático em regras que organizam um *modus vivendi* de uma sociedade.

Tais regras, normas jurídicas, para efeito metodológico de melhor compreensão, desde os

romanos, que eram eminentemente práticos, organizaram-se em dois ramos, denominados Direito Público e Direito Privado. Ainda hoje, porque se possa dentro de um sistema hierarquizado, numa estrutura sintaticamente fechada, ad instar da pirâmide Kelseniana, sem afirmar-se a divisão como científica, de utilidade os dois troncos idealizados pelos romanos, que se ramificam em outros porque se possa, metodologicamente, estudar o Direito. Assim, é que se fala em Direito comercial, Direito constitucional, Direito civil, Direito penal, todos como ramificações dos troncos principais, que se interligam.

A compenetração dos diversos ramos do Direito, como já se pode dessumir, origina novas ramificações a justificar, sob certo aspecto, seus estudos separadamente dos ramos que as compõem, atribuindo-lhe, destarte, ainda que não seja com integrais foros de autonomia, a qual sempre relativa, corpo a exigir estudos próprios.

Essa relatividade científica e metodológica, que se explicita melhor numa técnica jurídica, acaba por induzir hermenêutica própria, buscando interpretação consentânea com a realidade das normas que sob o tema se aglutinam. Tudo, como se vê, no campo epistemológico o qual, grosso modo, pode-se dizer em sentido semiótico, sintático. É que o método interpretativo exige, considerando o modelo estrutural do sistema, em ângulo sintático, portanto, logicamente após a escolha das unidades semânticas adequadas à mensagem, as unidades jurídicas em nível gramatical correspondentes, organizando-as.

Evidente que, só aparentemente, pode-se falar em necessidade jurídica da criação desses novos ramos. E óbvio é que se não trata de uma necessidade jurídica imanente. Nem, tampouco, se pode falar em sistemas especiais. Quando muito, como no caso do Direito do consumidor, por peculiaridade de regras, pode-se ter como subsistema. De qualquer forma, deve-se dizer, desde já, que nenhum dos ramos, ou desses novos ramos, implica caráter exclusivo. Isto é, nenhum caráter exclusivo possuem. Emergem, assim, nesta nossa sociedade, constantemente in fieri, agilitada, em que o homem se encontra em atitude eminentemente prospectiva, em constante transformação, de menor estabilidade, onde surgem e desaparecem conceitos, perspectivas novas, ainda que sob roupagens velhas, a merecer estudo focalizado, determinadas regras jurídicas.

É evidente que o aspecto semântico trará, na escolha das normas a se agruparem a estudo conjunto, o próprio sentido da exigência das regras a serem estudadas.

Parece claro que os ramos, por assim dizer, clássicos do Direito, se interpenetram a exigir estudos separados desses novos "ramos" que se formam. Exemplificativamente, há regras de direito constitucional, de direito processual, de direito administrativo, de direito tributário, etc., pertinentes, todas elas, a determinado

assunto, que necessitam estudadas em conjunto a sua compreensão à teoria do conhecimento. Assim, v.g., pode-se falar em direito autoral; direito ambiental; direito energético; direito do transporte e, também, em direito regimental. Tomando-se como referência, ao assunto por nós tratado, a matéria concernente às regras dos regimentos dos Tribunais, consignamos a existência de sua previsão no direito constitucional, no direito processual, no direito administrativo, e, sob certo aspecto, até mesmo no direito tributário. E isso sem se esquecer sua tipicidade jurisdicional. De fato, sendo o Judiciário um dos instrumentos ideológicos do Poder, verdadeira válvula de calibração do sistema, as regras dos regimentos internos de seus Tribunais projetam-se de vital importância na própria aplicação do Direito. É que delas depende, segundo as

já postas, a estrutura política e jurídica daqueles que irão dizer o Direito.

Não resta dúvida que dentro da pirâmide Kelseniana, visto estarmos falando em plana semiologicamente sintática, atualmente, os regimentos internos situam-se, tirante a exceção de recepção que logo se verá, no terceiro nível na escala da pirâmide, de baixo para cima, juntamente com os decretos e regulamentos.

A exceção acima mencionada tem pertinência, tão-só, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, visto que, por força de norma constitucional, perdeu o foro de lei ordinária que antes lhe era próprio. Nesse sentido, o artigo "O Agravo Regimental e o esquecido efeito regressivo", de nossa autoria, publicado na Revista da Academia Paulista de Magistrados, ano I, nº. 1, dezembro de 2001, páginas 19/20. Com ser verdadeira a última assertiva, nem por isso deixaram os

regimentos internos de ter previsão constitucional, como se lê do art. 96, inciso I, letra a, da Carta Magna

brasileira. O mencionado artigo constitucional traça normas para a elaboração do Regimento Interno, implicando aquelas de processo e da própria Constituição no pertinente às garantias processuais das partes, pois que essas, imanentes à Constituição Federal, tendo em vista nela a existência de normas explícitas sobre o tema (v.g., art. 5º).

A que se possa, na prática, compreender, no campo do que se deve denominar "direito regimental", veja-se o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde são dispostas normas de sua organização; de competência jurisdicional e administrativa; de assuntos administrativos e de ordem interna; de requisições de agamento; de atos do próprio Tribunal de Justiça; de reforma de seu Regimento Interno;

processo e julgamento interno do Tribunal; dos processos incidentes e recursos, execução, além de sua secretaria.

Os temas acima mencionados são suficientes a comprovar a interpenetração das disciplinas,

ou seja, como mecanismo que as toma interdisciplinares. Vejam-se, exemplificativamente, à compreensão do raciocínio desenvolvido, as regras contidas nos arts. 93, 544, parágrafo segundo e 548, do Código de Processo Civil, todos referindo-se ao regimento interno do Tribunal, seja sobre a matéria de competência - a qual funcional -, seja sobre matéria de recurso, agravo regimental explicitamente citado, seja, ainda, sobre o tema de distribuição de autos.

Também, matérias a dispor sobre promoção do Juiz de Direito; Corregedoria de Cartórios; regime de precatórios; recolhimento das custas; expedição de certidão para inscrição da dívida ativa, em razão do não pagamento de custas ao Estado, demonstram, sem sombra de erro, temas de natureza administrativa e tributária, além de matéria constitucional concernente à própria eleição dos órgãos diretivos dos Tribunais. Porque se possa bem entender a projeção dessa ramificação que se sugere do direito regimental, não se pode deixar de trazer à baila as normas processuais constitucionais contidas no artigo 5º, gizando-se, aqui, e.g., o inciso LV, C.c. o artigo 133, da Norma Suprema, com a ampla defesa das partes, incluindo, evidentemente, a defesa técnica, por conseguinte, a figura do advogado, com repercussão no Regimento Interno dos Tribunais, que se interpenetra, dada a necessária observância, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº

8.906/94. Sinta-se a importância nas intervenções permitidas ao advogado perante os Tribunais, nem sempre devidamente regulamentadas, como deviam, nos Regimentos Internos, fato gerador de assíduos incidentes. Em vista do que ficou dito, possível, ao menos sob o aspecto didático para estudos complementares em nível superior, falar-se num "direito regimental", que se pode conceituar como sendo um conjunto de normas que regem os atos relativos à organização, funcionamento, correição, estrutura, competência, com observância

das de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, organizando secretarias e serviços auxiliares e os juízos, vinculados aos Tribunais que compõem o Poder Judiciário, segundo regras elaboradas por seus órgãos diretivos.

Direito Regimental: Uma Disciplina Autônoma?

ACADÊMICO JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO E ACADÊMICO CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA

Sendo o Direito vida, explícita na comunicação, conduta em interferência intersubjetiva, substancia-se sob o organizam um modus vivendi de uma sociedade.

Tais regras, normas jurídicas, para efeito metodológico de melhor compreensão, de romanos, que eram eminentemente práticos, organizaram-se em dois ramos, denominados Direito Público e Direito Privado dentro de um sistema hierarquizado, numa estrutura sintaticamente fechada, ad instar da pirâmide Kelsen

científica, de utilidade os dois troncos idealizados pelos romanos, que se ramificam em outros porque se possa

Direito. Assim, é que se fala em Direito comercial, Direito constitucional, Direito civil, Direito penal, todos como r que se interligam.

A compenetração dos diversos ramos do Direito, como já se pode deduzir, origina novas ramificações a justificadamente separadamente dos ramos que as compõem, atribuindo-lhe, destarte, ainda que não seja com integrais foros de

corpo a exigir estudos próprios.

Essa relatividade científica e metodológica, que se explicita melhor numa técnica jurídica, acaba por induzir h interpretação consentânea com a realidade das normas que sob o tema se aglutinam. Tudo, como se vê, no cam

modo, pode-se dizer em sentido semiótico, sintático. É que o método interpretativo exige, considerando o model sintático, portanto, logicamente após a escolha das unidades semânticas adequadas à mensagem, as unidad

correspondentes, organizando-as.

Evidente que, só aparentemente, pode-se falar em necessidade jurídica da criação desses novos ramos. E ó necessidade jurídica imanente. Nem, tampouco, se pode falar em sistemas especiais. Quando muito, como no c

peculiaridade de regras, pode-se ter como subsistema. De qualquer forma, deve-se dizer, desde já, que nenhum implica caráter exclusivo. Isto é, nenhum caráter exclusivo possuem. Emergem, assim, nesta nossa sociedade, co

que o homem se encontra em atitude eminentemente prospectiva, em constante transformação, de menor desaparecem conceitos, perspectivas novas, ainda que sob roupagens velhas, a merecer estudo focalizado, É evidente que o aspecto semântico trará, na escolha das normas a se agruparem a estudo conjunto, o próprio serem estudadas.

Parece claro que os ramos, por assim dizer, clássicos do Direito, se interpenetram a exigir estudos separados des

Exemplificativamente, há regras de direito constitucional, de direito processual, de direito administrativo, de di todas elas, a determinado assunto, que necessitam estudadas em conjunto a sua compreensão à te

Assim, v.g., pode-se falar em direito autoral; direito ambiental; direito energético; direito do transporte e, t Tomando-se como referência, ao assunto por nós tratado, a matéria concernente às regras dos regimentos dos T de sua previsão no direito constitucional, no direito processual, no direito administrativo, e, sob certo aspecto, até sem se esquecer sua tipicidade jurisdicional. De fato, sendo o Judiciário um dos instrumentos ideológicos do Pod

do sistema, as regras dos regimentos internos de seus Tribunais projetam-se de vital importância na própria depende, segundo as já postas, a estrutura política e jurídica daqueles que irão dizer o

Não resta dúvida que dentro da pirâmide Kelseniana, visto estarmos falando em plano semiologicamente sintático

internos situam-se, tirante a exceção de recepção que logo se verá, no terceiro nível na escala da pirâmide, de decretos e regulamentos.

A exceção acima mencionada tem pertinência, tão-só, ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, recepção

1988, visto que, por força de norma constitucional, perdeu o foro de lei ordinária que antes lhe era próprio. N. Regimento e o esquecido efeito regressivo", de nossa autoria, publicado na Revista da Academia Paulista de Mag

2001, páginas 19/20. Com ser verdadeira a última assertiva, nem por isso deixaram os regimentos internos de ter o art. 96, inciso I, letra a, da Carta Magna brasileira. O mencionado artigo constitucional traça normas para a

implicando aquelas de processo e da própria Constituição no pertinente às garantias processuais das partes

Constituição Federal, tendo em vista nela a existência de normas explícitas sobre o tema (A que se possa, na prática, compreender, no campo do que se deve denominar "direito regimental", veja-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde são dispostas normas de sua organização; de competência jurisdicional administrativa e de ordem interna; de requisições de agendamento; de atos do próprio Tribunal de Justiça; de ref. processo e julgamento interno do Tribunal; dos processos incidentes e recursos, execução, além

Os temas acima mencionados são suficientes a comprovar a interpenetração das disciplinas ou seja, como mecanismo que as torna interdisciplinares. Vejam-se, exemplificativamente, a compreensão do r. contidas nos arts. 93, 544, parágrafo segundo e 548, do Código de Processo Civil, todos referindo-se ao regime de matéria de competência - a qual funcional -, seja sobre matéria de recurso, agravo regimental explicitamente ci

distribuição de autos.

Também, matérias a dispor sobre promoção do Juiz de Direito; Corregedoria de Cartórios; regime de precatório; expedição de certidão para inscrição da dívida ativa, em razão do não pagamento de custas ao Estado, demonstrando natureza administrativa e tributária, além de matéria constitucional concernente à própria eleição dos órgãos

Porque se possa bem entender a projeção dessa ramificação que se sugere do direito regimental, não se pode esquecer as garantias constitucionais contidas no artigo 5º, gizando-se, aqui, e.g., o inciso LV, C.c. o artigo 133, da Constituição

partes, incluindo, evidentemente, a defesa técnica, por conseguinte, a figura do advogado, com repercussão no que se interpenetra, dada a necessária observância, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.

intervenções permitidas ao advogado perante os Tribunais, nem sempre devidamente regulamentadas, como dev. gerador de assíduos incidentes.

Em vista do que ficou dito, possível, ao menos sob o aspecto didático para estudos complementares em nível "regimental", que se pode conceituar como sendo um conjunto de normas que regem os atos relativos à organização

estrutura, competência, com observância das de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, organizando secretarias e serviços auxiliares e os juízes

compõem o Poder Judiciário, segundo regras elaboradas por seus órgãos diretivos

Direito Regimental: Uma Disciplina Autônoma?

ACADÊMICO JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO E ACADÊMICO CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA

Sendo o Direito vida, explícita na comunicação, conduta em interferência intersubjetiva, substancia-se sob o aspecto sintático em regras que organizam um *modus vivendi* de uma sociedade.

Tais regras, normas jurídicas, para efeito metodológico de melhor compreensão, desde os romanos, que eram eminentemente práticos, organizaram-se em dois ramos, denominados Direito Público e Direito Privado. Ainda hoje, porque se possa dentro de um sistema hierarquizado, numa estrutura sintaticamente fechada, ad instar da pirâmide Kelseniana, sem afirmar-se a divisão como científica, de utilidade os dois troncos idealizados pelos romanos, que se ramificam em outros porque se possa, metodologicamente, estudar o Direito. Assim, é que se fala em Direito comercial, Direito constitucional, Direito civil, Direito penal, todos como ramificações dos troncos principais, que se interligam.

A compenetração dos diversos ramos do Direito, como já se pode dessumir, origina novas ramificações a justificar, sob certo aspecto, seus estudos separadamente dos ramos que as compõem, atribuindo-lhe, destarte, ainda que não seja com integrais foros de autonomia, a qual sempre relativa, corpo a exigir estudos próprios.

Essa relatividade científica e metodológica, que se explicita melhor numa técnica jurídica,

acaba por induzir hermenêutica própria, buscando interpretação consentânea com a realidade das normas que sob o tema se aglutinam. Tudo, como se vê, no campo epistemológico o qual, grosso modo, pode-se dizer em sentido semiótico, sintático. É que o método interpretativo exige, considerando o modelo estrutural do sistema, em ângulo sintático, portanto, logicamente após a escolha das unidades semânticas adequadas à mensagem, as unidades jurídicas em nível gramatical correspondentes, organizando-as.

Evidente que, só aparentemente, pode-se falar em necessidade jurídica da criação desses novos ramos. É óbvio é que se não trata de uma necessidade jurídica imanente. Nem, tampouco, se pode falar em sistemas especiais. Quando muito, como no caso do Direito do consumidor, por peculiaridade de regras, pode-se ter como subsistema. De qualquer forma, deve-se dizer, desde já, que nenhum dos ramos, ou desses novos ramos, implica caráter exclusivo. Isto é, nenhum caráter exclusivo possuem. Emergem, assim, nesta nossa sociedade, constantemente *in fieri*, agilizada, em que o homem se encontra em atitude eminentemente prospectiva, em constante transformação, de menor estabilidade, onde surgem e desaparecem conceitos, perspectivas novas, ainda que sob roupagens velhas, a merecer estudo focalizado, determinadas regras jurídicas.

É evidente que o aspecto semântico trará, na escolha das normas a se agruparem a estudo conjunto, o próprio sentido da exigência das regras a serem estudadas.

Parece claro que os ramos, por assim dizer, clássicos do Direito, se interpenetram a exigir estudos separados desses novos "ramos" que se formam. Exemplificativamente, há regras de direito constitucional, de direito processual, de direito administrativo, de direito tributário, etc.,

pertinentes, todas elas, a determinado assunto, que necessitam estudadas em conjunto a sua compreensão à teoria do conhecimento.

Assim, v.g., pode-se falar em direito autoral; direito ambiental; direito energético; direito do transporte e, também, em direito regimental. Tomando-se como referência, ao assunto por nós tratado, a matéria concernente às regras dos regimentos dos Tribunais, consignamos a existência de sua previsão no direito constitucional, no direito processual, no direito administrativo, e, sob certo aspecto, até mesmo no direito tributário. E isso sem se esquecer sua tipicidade jurisdicional. De fato, sendo o Judiciário um dos instrumentos ideológicos do Poder, verdadeira válvula de calibração do sistema, as regras dos regimentos internos de seus Tribunais projetam-se de vital importância na própria aplicação do Direito. É que delas depende, segundo as já postas, a estrutura política e jurídica daqueles que irão dizer o Direito.

Não resta dúvida que dentro da pirâmide Kelseniana, visto estarmos falando em plana semiologicamente sintática, atualmente, os regimentos internos situam-se, tirante a exceção de recepção que logo se verá, no terceiro nível na escala da pirâmide, de baixo para cima, juntamente com os decretos e regulamentos.

A exceção acima mencionada tem pertinência, tão-só, ao Regimento Intemo do Supremo Tribunal Federal, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, visto que, por força de norma constitucional, perdeu o foro de lei ordinária que antes lhe era próprio. Nesse sentido, o artigo "O Agravo Regimental e o esquecido efeito regressivo", de nossa autoria, publicado na Revista da Academia Paulista de Magistrados, ano I, nº. 1, dezembro de 2001, páginas 19/20. Com ser verdadeira a última assertiva, nem por isso deixaram os regimentos intemos de ter previsão constitucional, como se lê do art. 96, inciso I, letra a, da Carta Magna brasileira. O

mencionado artigo constitucional traça normas para a elaboração do Regimento Intemo, implicando aquelas de processo e da própria Constituição no pertinente às garantias processuais das partes, pois que essas, imanentes à Constituição Federal, tendo em vista nela a existência de normas explícitas sobre o tema (v.g., art. 5").

A que se possa, na prática, compreender, no campo do que se deve denominar "direito regimental", veja-se o Regimento Intemo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, onde são dispostas normas de sua organização; de competência jurisdicional e administrativa; de assuntos administrativos e de ordem interna; de requisições de agamento; de atos do próprio Tribunal de Justiça; de reforma de seu Regimento Interno; processo e julgamento intemo do Tribunal; dos processos incidentes e recursos, execução, além de sua secretaria.

Os temas acima mencionados são suficientes a comprovar a interpenetração das disciplinas, ou seja, como mecanismo que as toma interdisciplinares. Vejam-se, exemplificativamente, à compreensão do raciocínio desenvolvido, as regras contidas nos arts. 93, 544, parágrafo segundo e 548, do Código de Processo Civil, todos referindose ao regimento intemo do Tribunal, seja sobre a matéria de competência - a qual funcional -, seja sobre matéria de recurso, agravo regimental explicitamente citado, seja, ainda, sobre o tema de distribuição de autos.

Também, matérias a dispor sobre promoção do Juiz de Direito; Corregedoria de Cartórios; regime de precatórios; recolhimento das custas; expedição de certidão para inscrição da dívida ativa, em razão do não pagamento de custas ao Estado, demonstram, sem sombra de erro, temas de natureza administrativa e tributária, além de matéria constitucional concernente à própria eleição dos órgãos diretivos dos Tribunais.

Porque se possa bem entender a projeção dessa ramificação que se sugere do direito regimental, não se pode deixar de trazer à baila as normas processuais constitucionais contidas no artigo 5º, gizando-se, aqui,

e.g., o inciso LV, C.c. o artigo 133, da Norma Suprema, com a ampla defesa das partes, incluindo, evidentemente, a defesa técnica, por

consequente, a figura do advogado, com repercussão no Regimento Interno dos Tribunais, que

se interpenetra, dada a necessária observância, com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 8.906/94. Sinta-se a importância nas intervenções permitidas ao advogado perante os Tribunais, nem sempre devidamente regulamentadas, como deviam, nos Regimentos Internos, fato gerador de assíduos incidentes.

Em vista do que ficou dito, possível, ao menos sob o aspecto didático para estudos complementares em nível superior, falar-se num "direito regimental", que se pode conceituar como sendo um conjunto de normas que regem os atos relativos à organização, funcionamento, correição, estrutura, competência, com observância das de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, organizando secretarias e serviços auxiliares e os juízos, vinculados aos Tribunais que compõem o Poder Judiciário, segundo regras elaboradas por seus órgãos diretivos.

JOSÉ RODRIGUES DE CARVALHO NETTO E CARLOS RENATO DE AZEVEDO FERREIRA

Acadêmicos, Membros Fundadores

Patronos e Titulares da

Academia Paulista de Magistrados

Culpabilidade:

Conceito e Evolução

ACADÊMICO DESEMBARGADOR MARCELO FORTES BARBOSA ("in memoriam")

A culpabilidade é o tema mais tormentoso do Direito Penal desde os seus primórdios. Assim, com o advento da Escola Clássica, que no século XVI foi quem primeiro sistematizou o Direito Penal, e inclusive o problema da culpabilidade, restrito ao binômio "dolo ou culpa" - figurando a imputabilidade como pressuposto e a intenção como núcleo do dolo - a culpabilidade passou a preocupar os estudiosos em grau maior. Até então, no "ancienrégime", a visão da culpabilidade se resumia à visão político-religiosa do Santo Ofício, na teologia de Santo Agostinho, na Ética de Aristóteles, trazida ao Ocidente pela palavra brilhante de Santo Tomaz de Aquino, e a algumas referências ao caráter finalístico do comportamento humano da parte de Duns Scotto.

Foi Carrara quem - tratando o delito como "ente jurídico", dividiu-o em "objetivo" e "subjetivo", isto é, em "norma" e "culpabilidade lactu senso - primeiro tratou do assunto.

A respeito é bom verificar que Antolisei, nas últimas edições de seu famoso manual, aderiu ao movimento "Il ritorno all'antiquo", buscando, com ele, a volta à fórmula de Carrara como mais simples para o Direito Penal, e mais eficaz, reduzindo o delito à bipolaridade do "objetivo- subjetivo" de Carrara. Note-se, ainda, que os adeptos da teoria normativa da ação na Alemanha atual, Lange, Schmidhauser, Bockelman, Helmut Mayer, entre outros reconizando a inutilidade da discussão ontológica sobre a ação, entre finalista e causalistas, estão propondo, também, a volta do binômio objetivo-subjetivo - com variantes, é claro - proposta por Carrara. Bockelman, por exemplo, repudia o "livre-arbítrio".

Em que consiste a culpabilidade na Escola Clássica?

Trata-se de noção psicológica da culpabilidade e, portanto, vincula o dolo à intenção - a culpabilidade se funda no livre-arbítrio, na opção entre o bem e o mal decorrente do conceito de pessoa elaborado por Santo Tomaz de Aquino. Em conseqüência há uma distinção entre voluntariedade ("dolus bonus" em princípio) e espontaneidade ("dolus malus" em princípio). Assim, a culpabilidade seria a ligação entre o agente e seu fato e não podia se situar além do psiquismo do agente, até porque não se indagava da consciência normativa. O agente teria de ter apenas um querer consciente de praticar o fato, e o dolo seria a vontade livre e consciente de praticar o fato, sem indagação direta da culpabilidade com relação à ilicitude. Verifica-se com von Liszt, no final do século XIX, no Direito Penal Alemão traduzido no Brasil por José Higinio Duarte Pereira, nitidamente esta concepção, que foi aperfeiçoada pelo mesmo von Liszt na "União Internacional do Direito Penal" de Viena, de 1910, e que foi o tema da culpabilidade para a Escola técnico-jurídica de Manzini e Rocco, iniciada na Itália por volta de 1911 como reação à Escola

Psicológica e Criminológica decorrente do Positivismo, de von Liszt; mais tarde Carnevale, Santoro, Grispigni e outros na Itália e a "Terza Scuola", de Sabatini e Lanza. No Brasil verifica-se que o Professor Basileu Garcia e o próprio Nelson Hungria situavam-se nesta vertente da culpabilidade psicológica, sem referência maior a qualquer tipo de influência normativa na culpabilidade. Com o advento do século XX e após o monumental Tratado das Normas (Die Normen und ihre Ubertretung) de Binding - que formulou o conceito positivo de crime, com o enquadramento e adequação do fato à norma e, conseqüentemente, da responsabilidade do agente em relação à norma, o que traduziu dado novo na questão -, além da teoria do tipo, elaborada por Beling, no seu Die Lehre von Tatbestand, de 1906 (e aperfeiçoado pelo opúsculo de 1910, Die Lehre von Verbrechen, onde Beling preconiza que o tipo penal inicialmente neutro pudesse abranger outros elementos que não apenas os meramente descritivos do opúsculo inicial, mas sim vinculados ao estado anímico e psicológico do agente) -, a evolução da culpabilidade consubstanciou-se numa

constante vinculação ao aspecto normativo, quer à tipicidade quer ao juízo de censurabilidade, tido inicialmente pela teoria da culpabilidade normativa - que ressurgiu, a partir de então - como reprovabilidade.

A evolução se passa inicialmente na teoria do tipo e depois na própria culpabilidade.

Com o advento do Código Penal Suíço de 1913, o jurista suíço-alemão Adolf Merkel expõe a teoria do "tipo anormal", afirmando a existência de elementos normativos e subjetivos do tipo,

consistindo os primeiros em inserção no tipo legal de normas de conduta, traduzidas através de expressões com "sem justa causa", "indevidamente", "juridicamente relevante" etc.; e os

segundos, em estados anímicos e psicológicos que se pronunciavam necessários para que a

tipicidade fosse considerada, tais como "com o fim de", "com o intuito de", "para si ou para outrem" etc. - sendo certo que tais elementos propiciaram um aspecto mais amplo de Direito Penal de garantia ao cidadão, que o tipo penal já encaminhara porque, a rigor, formulavam juízos de valor antecipativos da antijuridicidade e da culpabilidade no tipo penal.

Em 1923, com a publicação da obra de Max Ernest Mayer, *Der allgmeine Teil des Deutschen Strafrecht*, estes elementos foram enriquecidos por elementos culturais, como "má índole", "obsceno", "mulher honesta", chamados de "kulturmomem" pelo autor e que serviram, ainda mais, como situações de garantia ao cidadão. Manoel Pedra Pimentel chamava tais elementos de normativos subjetivos.

E a culpabilidade? Na mesma época, coincidindo com a evolução da tipicidade, foi elaborada na Alemanha a partir do famoso "Caso da Cegonha" ("Klapetrtoche"), inicialmente por Frank, Freudenthal e Goldschmidt e a "teoria normativa da culpabilidade", partindo do conceito de reprovabilidade e de inexigibilidade de conduta diversa (1923). Assim, culpabilidade é reprovabilidade, para tais penalistas, depende de um juízo de valor, normativo ("Normative Schuldbegriff").

A reprovabilidade é um juízo externo que deve se vincular à idéia de opção fundamental livre ou consciência atual da ilicitude que nada mais é do que o livre-arbítrio de Santo Tomaz e Boécio. Para tais criadores da teoria, a imputabilidade deixa de ser pressuposto da culpabilidade e passa a figurar como elemento integrante dela, como seu primeiro elemento. Aliás a crítica que se faz àqueles que consideram, como a Escola Clássica, a imputabilidade como pressuposto da culpabilidade, se vincula à situação de co-partícipe ou co-autor das ações delituosas do inimputável. Bettiol, criticando Bataglini, que assim pensa, diz que se a imputabilidade fosse pressuposto e não elemento integrante da culpabilidade, como se poderia punir o co-partícipe do delito praticado pelo louco? Como fazer se o inimputável está fora do Direito Penal?...

Em suma, considerando a imputabilidade como primeira elemento da culpabilidade, a teoria da culpabilidade normativa promoveu, como núcleo central de sua temática, o elemento moral, consubstanciado no dolo ou na culpa. Assim, o dolo seria a vontade livre e consciente de praticar o fato previsto na lei como crime - e este "previsto na lei comocrime" dá a tônica normativa à conduta, pois não significa, exatamente, o conhecimento do dispositivo penal, de um referido tipo

penal, mas tão-só a consciência atual da ilicitude, através do momento representativo, ao qual se

segue o momento volitivo, que desencadeia o processo causal. O terceiro elemento, a reprovabilidade, elemento inovador, traduzia-se na exigibilidade da conduta conforme a norma, hoje chamado de juízo de censurabilidade, e surge como um derivado do próprio conceito de reprovabilidade como juízo de valor sobre o comportamento delituoso. Trata-se, à evidência, de um juízo de valor externo à conduta, a ser aferido pelo juiz.

Finalmente, o delito culposos, que sempre, desde os tempos de Carrara, se caracteriza pela sua excepcionalidade, é tratado em função de um dado objetivo, que é a previsibilidade, e definida a culpa stricto sensu por Maggiore como "a conduta voluntária, previsível e não prevista, e não querida, acarretadora de um resultado danoso".

Para esta concepção não há crime culposos sem resultado (veja-se a respeito Francisco Mufloz

Conde, tradução de Juarez Tavares, Sérgio Fabris Ed.).

De resto, o problema da aferição da previsibilidade ficou dividido, sempre, entre o critério do *homo medius* de Jiménez de Asúa, de origem positivista, e o do "caso concreto", sistema de concreção, visualizado por Maggiore, com a tendência atual voltando-se para o ecletismo, ou seja, a combinação de ambos. Assim, para

aferir a culpa stricto sensu é preciso que se compactue o que pensaria o hommo medius, típico representante do "senso comum", ou seja, do id quod plenumque accidit, em relação ao autor do fato - suas condições culturais, educacionais, sua noção de "dever de cuidado" etc., em suma, o critério do caso concreto, tão a gosto de Baumann.

A teoria da culpabilidade normativa, portanto, se resume em: imputabilidade + dolo ou culpa + juízo de censurabilidade (reprovabilidade), e foi um avanço, porque retirou o sentido intimista, característico da culpabilidade psicológica, transformando-se em juízo de valor, em vinculação com a idéia de dever jurídico e de ilicitude.

Não é preciso que o agente saiba exatamente o dispositivo legal que viola, tão-só que está violando o ordenamento jurídico. De resto firmou-se como culpabilidade do fato. O réu responde pelo fato que praticou e não pelas suas qualidades pessoais, positivas ou negativas.

Finalmente, ao admitir o livre-arbítrio pela via da chamada "opção fundamental livre", dividiu a vontade em "voluntariedade" e "espontaneidade", sendo que a primeira é a vontade desprovida de conteúdo ético, dirigida a um fim ou não, mas sem escolha por parte do agente; e segunda é a manifestação de vontade impregnada do sentido ético-espiritual, característica do livre-arbítrio. Note-se que Arthur Kauffman no Schuld Prinzip, embora, como Bockelman, critique o livre-arbítrio,

afirma que o Direito Penal não pode deixar de lado um sentido ético-espiritual. E preconiza, até, a prevalência da responsabilidade moral sobre a tipicidade, o que contraria o princípio da legalidade.

Mas a culpabilidade apresentou outras facetas evolutivas, enveredando por outras facetas evolutivas, enveredando por caminhos diversos. Assim, em 1923, Alexander Graff Zhu

Dohna publicou o Aufbau des Deutschen Strafrecht; este pequeno livro mostrando a noção de

"objeto de desvalor" e "desvalor do objeto", pela primeira vez reconheceu que a ação humana apresenta aspectos finais, ou seja, admitiu que a ação humana, em princípio, dirige-se a um fim - fazendo ressalvas, porém, à chamada "omissão culposa", que Juarez Tavares chama de

"negligência inconsciente.

Com Hans Weizer por volta de 1945/46, a "teoria da ação finalista" surge, propondo que toda conduta humana é dirigida a um fim. E, ainda que se mantenha a idéia de reprovabilidade em tema de culpabilidade, a teoria altera profundamente a estrutura do crime, situando o dolo na

forma de dolo natural, desprovido de qualquer consideração relativa ao livre arbítrio no tipo penal, reduzindo a culpabilidade a uma equação diversa ou seja, a culpabilidade se resume em

imputabilidade mais possibilidade de conhecimento do injusto mais juízo de censurabilidade - fixando no delito culposos a chamada "finalidade potencial". Mais tarde Reinhart Maurach e Juan Córdoba Roda, ante a proximidade da idéia de "possibilidade do conhecimento do injusto" em relação à própria inimputabilidade, substituíram o termo por outro, mais claro: "consciência

potencial da ilicitude".

Por essa concepção a idéia de intenção perversa, do dolus malus dos romanos, fica afastada, porque sendo o dolo natural desprovido de carga moral não pode ser sinônimo de má-fé e nem pode haver dolus bonus, ou seja, sem intenção ilícita. Estas concepções que hoje informam a maioria dos doutrinadores modernos tiveram o condão de esvaziar a culpabilidade, porque a implicação da vontade sob a égide da voluntariedade que passa

a tomar irrelevante a espontaneidade, reduz a culpabilidade em seu núcleo a uma forma hipotética, qual seja, a consciência potencial da ilicitude. Sem querer, volta-se ao tão criticado conceito de valoração do *homo medium*. E, embora os finalistas o neguem, a culpabilidade é tomada por alguns deles, como Bastos Ramirez, por exemplo, como simples pressuposto da pena, ficando o delito reduzido à tipicidade e à antijuridicidade.

Tal esvaziamento levou Welzel à chamada "culpabilidade de autor", em que o agente é punido por suas condições pessoais - e à qual o nosso Código Penal de 1984 faz concessões, como a do art.

59, ao fixar as chamadas circunstâncias judiciais para aplicação da pena. Com relação ao crime culposo, ainda que se conteste, a verdade é que se reconhece que a culpabilidade, na teoria finalista, jamais se afastou da chamada finalidade potencial, o que reduz, de certa forma, o delito culposo à culpa indireta decorrente de erro culposo, o que é acentuado pela idéia mais recente de

"diligência devida" ao lado da previsibilidade. Em suma, a culpabilidade finalista não é unitária,

global e universal mas tão-só fragmentária.

De outro lado a formulação de uma "culpabilidade de autor", por Welzel, nos aproxima do chamado "Direito Penal do Autor" ("Tatstrafrecht"), tão a gosto do nacional-socialismo alemão, elaborado por Ernest Schaffstei e Sustavdahn. Fundamento do Direito Penal nazista que, além de nos ter causado tantos males, afligindo e violando um Direito Penal de liberdade e da culpa, é inconstitucional porque se choca com o princípio da legalidade. Não há como admitir-se, entre nós, um Direito Penal sintomático.

Aliás, a "culpabilidade de autor" de Welzel vem na esteira de outras tentativas de subjetivação e imprecisão jurídicas no tema da culpabilidade.

Assim, Mezger, que em 1935 aderira ao "Direito Penal de Autor" nacional-socialista com o Gundriss, traduzido por Maliverni para o italiano, criou a chamada "culpabilidade pela conduta devida" resultante das suas formulações iniciais da "culpabilidade de caráter" e da chamada

"cegueira jurídica" nos crimes habituais e profissionais, onde afirma que tais criminosos são

providos desta "cegueira jurídica" e, por isso, persistem na criminalidade profissional, quando de fato são inimigos da ordem jurídica. Outros autores, como Bockelman, falam em culpabilidade pela "decisão de vida"; Lange em "culpabilidade da pessoa" ou personalidade etc.

Em todas estas formas, o que se vê é a tentativa de se afastar do chamado "Direito Penal do Fato" ("Tatertrafrecht") que é a única forma de assegurar certeza e segurança na aplicação da lei penal e de se afirmar a efetiva culpabilidade do agente. No Brasil, e na maioria dos países ocidentais, ainda que se façam concessões à chamada "culpabilidade de autor", prevalece sempre o "Direito

Penal do Fato" como ponto de partida para os estudos penais.

E no Brasil, como é tratada a culpabilidade?

Através do princípio *nullum crimen sine culpa*, que aparece como corolário do princípio da legalidade, art. 5º, XXXIX, e do princípio da presunção de não-culpabilidade do art. 5º, LVIII da Constituição - originário do art. 27 da Constituição Italiana entendemos que qualquer tentativa de instituição da *versari in re illicita* é inconstitucional.

Assim, a responsabilidade objetiva, que Schmidhauser preconiza como necessária, não pode ser objeto de consideração em nosso país. E para afastá-la de vez, especificamente nos chamados delitos preterdolosos, ou agravados pelo resultado, foi que o legislador promulgou o art.

19 da nova Parte Geral, consubstanciada na Lei 7.209/84.

O art. 18 do Código Penal assevera que o crime doloso, via dolo direto ou eventual, é a regra, e o crime culposo é o excepcional (art. 18, parágrafo único), e que só pode ser admitido quando previsto em lei. O legislador brasileiro não definiu a culpa, deixando-a definida pela via do modus, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia; e como os tipos culposos são abertos, com exceção da receptação culposa, figuram, praticamente, como tipos derivados dos tipos dolosos, com a exceção mencionada.

Todavia, acreditamos que o Código não adotou a teoria finalista da ação ou, ainda, a culpabilidade de autor.

Se verificarmos, com atenção, concluiremos que o art. 18 não passa de repetição do art. 15, parágrafo único, do Código de 1940; e é certo que sustentava-se, na época, tratar o Código do dolo como dolo psicológico (Basileu Garcia, Nelson Hungria, Costa e Silva), pois a expressão "quis o resultado" ou "assumiu o risco de produzi-lo", sem qualquer vinculação com a norma ou com a finalidade, é indicativa do dolo psicológico. De outro lado não há qualquer definição de culpa consciente, nem alusão a dolo de perigo ou dolo de dano, e, considerando-se que o dolo de perigo para alguns (veja-se Juarez Tavares, Direito Penal da Negligência, Ed. Rf) se aproxima da culpa consciente ao ponto de se confundir com ela, bem é de se ver que a não-alusão a ele pelo Código significa que o legislador não se importou com posições doutrinárias avançadas, mantendo a postura tradicional.

Finalmente há que se afirmar que a inexigibilidade de conduta diversa não pode ser tratada como causa supralegal, de exculpação, como se pretende, e mais especificamente o Professor Francisco de Assis Toledo nos seus Princípios Básicos de Direito Penal. Em primeiro lugar, porque se trata de

corolário do princípio da culpabilidade consubstanciado no juízo de censurabilidade e fundamento de todas as causas de exculpação, portanto seu substratum. Assim, é fundamento do erro de tipo,

sob forma de erro propriamente dito ou discriminante putativa (legítima defesa putativa). É fundamento da coação irresistível e da obediência hierárquica e, até, do estado de necessidade exculpante, caso tivéssemos adotado a teoria diferenciadora e não a unitária em tema de estado

de necessidade. Em segundo lugar porque o princípio da legalidade impede que se fale em "causas supraleais" de exculpação (Juarez Tavares, contra; Assis Toledo, a favor).

De outro lado, não concordamos com Assis Toledo quando elege o consentimento do ofendido a causa supralegal de exculpação ou quando afirma que a embriaguez completa, por caso fortuito ou força maior, sejam modalidades de excludentes de culpabilidade (art. 28, § 11, do Código Penal). Em primeiro lugar, o consentimento do ofendido é parte integrante, nos casos em que a lei assim o admite, da excludente de ilicitude do exercício regular do direito, e não forma exculpante supralegal, porque, se assim fosse, o aborto, a eutanásia, o uso de entorpecentes poderiam ser entendidos, primafacie, sem qualquer regulamentação, como tal.

Em segundo lugar o casus e a força maior excluem a tipicidade pela via da exclusão da relação de causalidade e não da culpabilidade, tratando-se de hipóteses que Sauer no *Algemeine Strafrecht* chamava de "mangelnd Tatbestand" (ausência de ação).

Só a tendência moderna de minimizar a relação de causalidade pode justificar tal posição. Finalmente, é de se verificar uma tendência, cada vez maior, à prevalência de um "Direito Penal de

intenção", provocando o desvalor do resultado. Basta verificar o aumento de condutas tipificadas pela via dos chamados "crimes de tendência transcendente interna" como a ameaça, a injúria, a falsa identidade, o art. 159 do Código Penal etc.

Todavia esta desvalia da gravidade objetiva não significa dizer adesão a um "Direito Penal da culpa" genuíno e integral.

O Código Penal deve dosar tal tendência porque a visão de um acréscimo de crimes de mera conduta, ou simples atividade, pode nos conduzir a um paradoxo, qual seja, a diminuição da importância do princípio da legalidade, que é fundamental para um Direito Penal de garantia.

Com efeito esta tendência vem-se manifestando em diplomas legais sucessivos, como os referentes aos crimes previstos nas leis de "defesa do consumidor", nos de "sonegação tributária"

ou na esdrúxula "Lei do crime organizado", que é um congêrie de ilegalidades, porque os tipos ali previstos, no mais das vezes, violam o princípio da legalidade e são inconstitucionais.

Finalmente, a posição mais correta é a de Jurlen Baumann e a de Enrique Cmy Urzúa, na nova edição de 1944, do seu Derecho Penal. A teoria da ação finalista ofereceu uma grande contribuição humanista, mas não resolveu o problema do crime culposos, pois não conseguiu se libertar da insegurança do conceito de "finalidade potencial", não resolveu o problema da "negligência inconsciente" calcada no non facere quod debeat que é, onticamente, incompatível com a dirigibilidade da ação em face da ausência de conceito, e não resolveu o problema dos delitos de impulso, ou ímpeto, que são uma inegável realidade no mundo de hoje, e que são de carga finalística duvidosa.

É claro que a regra é ser, toda a atividade, final. Mas esta regra não é universal; é, ao contrário, fragmentária, chocando-se, inclusive, com os delitos preterdolosos ou agravados pelo resultado.

Assim, a colocação de dolo no tipo, além de esvaziar a culpabilidade, como já se viu, traz

problemas práticos insolúveis, porque, a aferir-se o dolo em fase inicial de investigação probatória em nível administrativo (inquérito policial), corre-se o risco de chocar-se, de frente, com os princípios do contraditório e da ampla defesa, fundamentos do devido processo legal no Estado de Direito democrático.

Não se chegou, portanto, ainda, a uma concepção que supere a formal conceituação germânica da culpabilidade normativa.

Aliás, a alusão ao livre-arbítrio como "opção fundamental livre", na velha fundamentação de José Beza dos Santos e seus discípulos na Universidade de Coimbra, Eduardo Henriques da Silva Corrêa e Jorge Figueiredo Dias, permanece atual.

Com efeito a consciência da ilicitude só pode ser, atual, porque a consciência potencial da ilicitude nos leva a afirmações escorregadias, como afirmar-se que o criminoso habitual é fruto do meio

criminoso em que sempre viveu e outro não conheceu, como se todos os que vivem em favelas e palafitas fossem criminosos, e não vítimas deles - a quem chegam a pagar "pedágio de

sobrevivência" ..

Esta tendência jusnaturalística oriunda do famoso livro A Origem das Espécies, de Charles Darwin, de transformar o homem em "chimpanzé aperfeiçoado", e que minimizou o livre-arbítrio não na sua forma original mas na forma opcional, além de retirar do ser humano a sua dignidade, contraria as próprias

proposições de Darwin, que conclui pela mutação evolucionista calcada no aspecto mental que diferenciou os homens dos hominídeos e dos símios em geral. Culpabilidade é, pois, reprovabilidade.

MARCELO

Ac

Desembar

São Paulo

Universalidade da Jurisdição e Devido Processo Legal

Substantivo (espécie do gênero jurisdição)

ACADÊMICO DESEMBARGADOR ANTÔNIO RULLI JUNIOR

Sumário. Introdução. Conceito do devido processo (espécie do gênero jurisdição). Consequência da Tutela (nulidade). Devido processo e ameaça de duplo julgamento (double jeopardy). Devido processo e serviço militar (serviço alternativo). Devido processo e escuta telefônica (crime organizado). Devido processo e prisão civil por dívida (Pacto de São José). Devido processo e emenda constitucional (anterioridade tributária). Devido processo e extradição (natureza da imputação penal). Devido processo e medida provisória (inexistência de relevância e urgência). Conclusão.

O tema é fruto da motivação, da experiência no exercício da jurisdição e do empenho em escrever sobre o devido processo legal substantivo e a jurisdição, obrigando à reflexão sobre o que representa o trabalho, em prol da formação de uma consciência histórica de cidadania no Estado Democrático de Direito.

Não bastasse esse aspecto, tem-se que admitir que a jurisdição se tornou a tutela sempre presente no devido processo legal substantivo e formal, contra os atos e a legislação arbitrários, impedindo a usurpação do poder e a tirania, em detrimento da sociedade e do indivíduo.

Conceito do devido processo (Espécie do gênero jurisdição)

A ideia do devido processo legal encontra ressonância do seu passo definitivo no século XIII, no ano de 1215, na Magna Carta, e, posteriormente, no século XVIII, no artigo XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

As garantias do devido processo legal têm suas raízes na Magna Carta, per legem terrae, sendo consideradas garantias processuais (cunho eminente processualístico e início da jurisdição independente da administração) contra os atos executivos de usurpação e tirania por parte do absolutismo reinante à época.

A Constituição Federal adota o princípio no seu artigo 52, inciso LIV, representando a dupla proteção do indivíduo.

Esta garantia encontra na tutela jurisdicional (artigo 50, inciso XXXV, da Constituição Federal) a sua efetivação, de tal maneira que não se pode pensar em devido processo legal sem pensar em jurisdição, a qual representa a tutela do indivíduo no âmbito material de proteção ao direito à vida, à liberdade e à propriedade (devido processo legal substancial) e no âmbito formal significa a amplitude de defesa, a igualdade das partes

no processo, a citação, o juiz natural, os recursos, entre outros (devido processo legal formal).

A Constituição Federal consagra o princípio da universalidade da jurisdição no seu artigo

52, inciso XXXV, função autônoma da administração e meio de se garantir contra os atos ilegítimos e a legislação arbitrária.

Estes princípios, em si mesmos, não se constituem em um objetivo, mas no conjunto com os demais, representam os meios de se garantir a cidadania e o próprio sistema legal, não só contra atos executivos de usurpação e tirania (ideal da Magna Carta), mas

também contra a legislação arbitrária (ideal do Estado Democrático de Direito). Em outras palavras, o devido processo legal e a jurisdição representam a própria limitação

ao poder político, em todas as suas esferas e manifestações, impedindo a ilegitimidade dos atos e das leis arbitrárias que contrariem os princípios constitucionais e subvertam o próprio sistema político, em detrimento da formação da cidadania.

Na verdade, o devido processo legal se constitui em espécie do gênero jurisdição,

guardando, assim, as mesmas características e natureza desta e a divisão do devido processo legal em substantivo e formal é meramente didática.

Portanto, os princípios dos incisos LIV e XXXV, do artigo 1º da Constituição Federal, não podem ser

atingidos por atos não jurisdicionais do poder político, por serem garantias de meios e de resultados, significando a legalidade e a supremacia da Constituição, instrumentalidade de pacificação e de efetividade dos preceitos de direito substancial.

A jurisprudência norte-americana considera o devido processo legal uma salvaguarda não apenas de ordem processual (Justice Harlan, in *Poe v. Ullman*, 367 V.S. 497, 540, 541;

Chief Justice Talf, in *Steward Machine Co. v. Davis*, 301 V.S. 548, 585), mas meio de se assegurar a igualdade da lei em relação ao direito à vida, à liberdade e à propriedade de cada um. Interpretar a Constituição significa criar amarras entre os princípios da Carta Maior e de tal ordem que o devido processo legal não possa ser reduzido tão-só a um princípio de ordem processual, processo judicial ou procedimento administrativo, mas dar conteúdo substancial à própria Constituição, ainda que não pelos métodos puramente racionais do sistema, mas pela própria intuição.

O conceito sofreu evolução no tempo, tanto na doutrina como na jurisprudência, e, no direito brasileiro, o alargamento se deve ao princípio da universalidade da jurisdição, impedindo que qualquer ameaça ou lesão

a direito venha a ser subtraída do conhecimento do Poder Judiciário, pedra angular dos direitos fundamentais. Ao estender a garantia à ameaça quis o Constituinte ampliar as possibilidades de proteção ao próprio direito material, independentemente da eventual lesão, restringindo a prática de atos ilegais ou a edição de legislação arbitrária, através do controle difuso ou do controle direto.

Esta característica do devido processo e da universalidade da jurisdição levou, ainda, o Constituinte a estabelecer as cláusulas pétreas (§4º, do artigo 60, da Constituição Federal), outra forma de limitação ao poder e à legislação arbitrária, ampliando o devido processo legal substantivo, inclusive sobre normas constitucionais decorrentes do poder constituinte derivado.

A supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade exigem a conformidade dos atos de poder e da legislação com o texto maior. Conseqüência da tutela (nulidade) A principal finalidade do devido processo legal substantivo é a interpretação dentro da isonomia e da legalidade, de tal maneira que no direito privado haverá sempre, em igualdade de condições, a liberdade de contratar, dentro da atipicidade dos negócios

jurídicos, desde que respeitada a própria ordem pública, os bons costumes, entre outros; enquanto a administração pública só poderá agir de acordo com que a lei permite, proibindo negócios jurídicos atípicos, impedindo que atos normativos administrativos ou legislativos venham a ferir direitos fundamentais.

Esta limitação aos atos da administração pública permite a anulação dos atos pelo Poder

Judiciário.

O controle da legalidade do ato (Súmula 473, do STF) permite a censurabilidade da forma e, embora, considere a incensurabilidade do mérito, mas, por vezes, é possível o exame deste. Exige-se, assim, uma certa coerência no exame do próprio mérito do ato para se evitar resíduos conflituosos.

E esse mesmo controle recai sobre as leis.

A ilegalidade do ato ou da norma traz como conseqüência a certeza da nulidade, porque a jurisdição é o instrumento de efetividade do direito.

A jurisdição não é atividade de risco, mas de meios e resultados.

A seguir serão analisados alguns casos de importância do devido processo legal substantivo.

Devido processo e perigo de dupla ameaça (double jeopardy)

A Constituição goza de um conceito material e formal. O conceito material tem significado a existência de princípios constitucionais, ainda que não escritos no texto maior. E dentro do devido processo, sem dúvida, que se inclui o princípio da proibição da dupla ameaça de julgamento, ou seja, ninguém pode ser processado duas vezes sobre o mesmo fato e, evidentemente, vir a ser condenado duas vezes, pela mesma razão. O mesmo fato acarreta, ainda, além da possibilidade do ilícito civil o ilícito penal, significando que haverá a proposição de uma ação civil e uma ação penal. Porém, não será possível sobre o mesmo fato a propositura de duas ações civis ou duas ações

penais, não se podendo em qualquer hipótese A Constituição goza de um conceito material e formal. O conceito material tem significado a existência de princípios constitucionais, ainda que não escritos no texto maior. E dentro do devido processo, sem dúvida, que se inclui o princípio da repetição do mesmo processo sobre o mesmo fato.

Este princípio aparece concomitante com o devido processo, significando a segurança dos julgamentos, afastando o perigo da dupla ameaça de julgamento pelo mesmo fato.

Devido processo e serviço militar (serviço alternativo)

A própria Constituição ao tornar o serviço militar obrigatório (artigo 143, da Constituição Federal), permite se eximirem, atribuindo serviço alternativo, aos que se alistarem em tempo de paz e vierem a alegar imperativo de consciência, em razão de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (§ 1º, do artigo 143, da Constituição Federal), ou a

isenção do serviço às mulheres e aos eclesiásticos (§ 2º, do artigo 143, da Constituição Federal).

Há um critério de razoabilidade e de proporcionalidade que se estende por todo o texto constitucional como fundamento dos direitos à vida, à liberdade e à propriedade, sendo este de evidente isonomia e de coerência entre as normas constitucionais, quando se excepciona o princípio da obrigatoriedade do alistamento militar,

Devido processo e escuta telefônica (crime organizado)

O Supremo Tribunal Federal, até o advento da Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, decidiu pela impossibilidade da interceptação telefônica, mesmo com autorização judicial para, na investigação criminal, colher prova para o processo penal, considerando tal prova ilícita e por contaminação a dela decorrente, com a aplicação da doutrina americana "dos frutos da árvore venenosa" (STF - 2ª Turma - Habeas Corpus n.

74.116/SP, Rel. Eminentíssimo Ministro Néri da Silveira), enfatizando não ter a lei efeito retroativo.

A edição da Lei nº 9.296/96 ressalta a razoabilidade e a proporcionalidade ao excepcionar o princípio do inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, ao desconsiderar qualquer privacidade nas ligações telefônicas em relação ao crime

organizado, por exemplo.

Devido processo e prisão civil por dívida (Pacto de São José)

A prisão civil por dívida prevista no inciso LVII, do artigo 52, da Constituição Federal, determina que inexistirá, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Interpretação do Supremo Tribunal Federal (STF - 2ª Turma - Habeas Corpus n. 73.044-2/SP, Rel. Eminentíssimo Ministro Maurício Corrêa, no mesmo sentido o Habeas Corpus n. 72.183, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Marco Aurélio) segundo a qual, os compromissos assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (Artigo 5º, § 22, da Constituição Federal) não minimizou o conceito

de soberania e a aplicação do artigo 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica deve ser interpretado de acordo com o artigo 52, inciso LVII, da Constituição Federal, não limitando, portanto, os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em razão de obrigação alimentar inadimplida ou de depositário infiel. Ou seja, o tratado internacional, entre nós, não se torna de pronto a suprema lei

da terra, mas deve se ajustar ao direito interno, porque o nosso princípio jurisdicional de universalidade (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal) tem natureza de soberania interna absoluta.

Devido processo e emenda constitucional (anterioridade tributária)

Em matéria tributária, ainda, os direitos e garantias explicitados no texto constitucional não excluem outros de mesma natureza e deles decorrentes, ainda que de forma difusa, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal (ADIN nº 939-7/DF), mantendo o

princípio da anterioridade tributária (letra "b", do inciso m, do artigo 150, da Constituição

Federal), demonstrando que a Emenda Constitucional n. 3/93 contrariava o inciso N, do §

4º, do artigo 60, da Constituição Federal, não podendo a União, no exercício de sua competência residual, excepcionar o princípio da garantia individual do contribuinte; admitindo o controle de constitucionalidade das próprias normas constitucionais, ampliando o conceito de devido processo legal substantivo sobre as emendas Constitucionais (poder constituinte derivado).

Devido processo e extradição (natureza da imputação penal)

A extradição vem prevista nos incisos LI e LII, do artigo 52, da Constituição Federal, prevendo tratamento diferenciado para os brasileiros natos, naturalizados e aos estrangeiros. Não há extradição para crimes políticos. As restrições referem-se aos pedidos de extradição passiva. Não há extradição para países que apliquem a pena de morte, penas cruéis ou prisão perpétua, a menos que haja garantia por parte do Estado solicitante que não as aplicará, comutando-as.

Entretanto, em julgado de 28 de agosto de 1996, do Supremo Tribunal Federal (STF - Extradição nº 633-9, da República Popular da China, em que foi Relator o Eminentíssimo Ministro Celso de Mello), ficou consignado que a correlação entre extradição e respeito aos direitos humanos decorre da essencialidade da cooperação internacional na

repressão penal aos delitos comuns que, entretanto, não exonera o Estado brasileiro - e, em particular, o Supremo Tribunal Federal - de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha

a sofrer, em nosso país, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. Houve compromisso do governo chinês em não aplicar a pena capital, mas de comutá-la em pena privativa da liberdade (artigo 19, m, da Lei n. 6.815/80 - Estatuto do Estrangeiro) ao extraditando, Qiang Hong, acusado de defraudação (artigo 152, do Código Penal Chinês) e que corresponde à figura do estelionato (artigo 171, do Código Penal Brasileiro). O nosso sistema extradicional qualifica-se como de controle limitado (RTJ

140/436), com predominância da atividade jurisdicional, permitindo ao Supremo Tribunal Federal exercer fiscalização concernente à legalidade extrínseca. Entretanto, excepcionalmente, foram analisados aspectos materiais concernentes à própria natureza da imputação penal (in STF - Extradicações, Julgamentos e Legislação, Brasília, 1976 e

1979, 1º e 11º volumes).

Devido processo e medida provisória (inexistência de relevância e urgência)

O devido processo legal substantivo também recai sobre leis arbitrárias. A Medida Provisória foi prevista em nosso ordenamento maior (artigo 62, da Constituição Federal) para os casos de relevância e urgência, podendo o Presidente da República adotá-la, com força de lei, devendo submetê-la de imediato ao Congresso Nacional. O Congresso Nacional regulamentou o processo legislativo das Medidas Provisórias através das Resoluções n.º 1 e 2, de 1989. O controle jurisdicional, como nos demais casos, também recai sobre as Medidas Provisórias, admitindo inclusive medida cautelar para suspensão

da medida provisória, na ausência de relevância e urgência (STF - ADIN n. 1.753-1, DF).

Poderá o Judiciário, excepcionalmente, ausentes aqueles requisitos, quando houver desvio de finalidade ou abuso do poder de legislar, adentrar no exame da discricionariedade conferida ao Chefe do Poder Executivo, evitando-se o poder ilimitado para editar medidas provisórias e sem o controle necessário, o que coloca de lado a supremacia da Constituição, quebrando-se o equilíbrio de poderes, circunstância incompatível com o nosso sistema político constitucional.

Conclusão

O devido processo legal substantivo e a jurisdição permeiam todo o nosso sistema jurídico, constituindo-se em garantia de aplicação dos princípios constitucionais explícitos e outros que deles decorram, possibilitando a construção de cidadania plena, ao evitar a existência de atos ilegais e leis arbitrárias. O trabalho tem demonstrado a preocupação permanente na aplicação da Justiça, imbuído da formação de uma consciência histórica de cidadania dentro do Estado Democrático de Direito, porque ser pessoa é fácil. O difícil é ser cidadão.

ANTONIO RULLI JÚNIOR

Acadêmico Fundador, Patrono e Titular da Academia Paulista de Magistrados

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Professor Titular de Direito Constitucional

Hel. em Ciências Jurídicas e Sociais pela USP Mestre e Doutor em Direito do Estado pela PUC / SP

.....Bibliografia

ALVIM, Manuel de. Manual de direito processual civil, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

ANDOLINA, Italo. Il modello costituzionale dei processo civile italiano, Giappichelli, 1990.

ARRUDA, Alvim Pinto, Teresa Celina de. Medida cautelar, mandado de segurança e ato judicial, S. Paulo, Malheiros, 1992.

ATALIBA, Geraldo. Sistema constitucional brasileiro. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.

BARBI, Celso Agrícola. Garantias constitucionais processuais. Editora Revista dos Tribunais, 659/7-12.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). Abuso dos direitos processuais, Rio, Forense, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, V, 6ª ed., Rio, Forense, 1993.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro, 13ª ed., Rio, Forense, 1992.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo - Influência do direito material sobre o processo, S. Paulo, Malheiros, 1995.

BERIZONCE, Roberto. O Efectivo Acceso a la justicia, La Plata, Libéria Editora Platense S.R. L., 1987.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992. BURDEAU, Georges. Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Paris, Librairie

Générale de Droit et Jurisprudence, Quinzième édition), 1972.

CAETANO, Marcelo. Direito constitucional. Prefácio dos Ministros Aliomar Baleeiro e

Oswaldo Trigueiro, Rio de Janeiro, Editora Forense, 1977, 2 v.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes, Direito constitucional. Coimbra, Almedina, 1993. CANOTILHO, J. J. Gomes. Proteção do ambiente e direito de propriedade (crítica de

jurisprudência ambiental). Coimbra, Coimbra Editora Ltda., 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. "Access to justice - a worldwide movement to make rights effective - a general report", in Access to justice - a world survey, I, t. I, Leyden- Londres, Milão, Sitjhofl-Giuffré, 1978 (em coop. Com Bryand Garth).

CAPPELLETTI, Mauro. "Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil", in RP 5.

CARNELUTTI, Francesco. Sistema di diritto processuale civile, Pádua, Cedam, 1956.

CARNELUTTI, Francesco. Teoria geral do direito, São Paulo, Lejus, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. "Dell'azione nascente dai contralto preliminare". CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil, Bookseller, 2000.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale def'azione ed il processo civile.

Pádua, Cedam, 1970.

CRISAFULLI, Vezio. La costituzione e le sue disposizione de principio Milano, Ed.

Giulfré, 1952.

DICEY, A. V. Introduction to the study of the law of constitution. london, low price edition, 1964.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo, 3ª edª S. Paulo, Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução civil, 4ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1995. DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno, 3ª ed., S.

Paulo, Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Litisconsórcio, 3ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1994. DINAMARCO, Cândido Rangel. Manual das pequenas causas, S. Paulo, Ed. RT, 1986.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo, 11ª ed., S. Paulo, Malheiros, 1995 (em coop. com Ada P. Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra).

DINIZ, Maria Helena. A ciência jurídica. São Paulo, Editora Resenha Universitária, 1975.

DINIZ, Maria Helena. A lacuna do direito. São Paulo, Editora Saraiva, 1989. DINIZ, Maria Helena. Conceito de norma jurídica como problema de essência. São

Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

DINIZ, Maria Helena. Norma constitucional e seus efeitos. São Paulo, Editora Saraiva, 1989.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do biodireito. São Paulo, Saraiva, 2000. FARIA, José Eduardo. Direito e justiça - a função social do Judiciário. São Paulo, Ed.

Ática, 1989.

FAZZALARI, Elio (organizador). La giustizia civile nei paesi comunitari, Pádua, Cedam, 1994.

FAZZALARI, Elio. "l'esperienza dei processo nella cultura contemporânea", in Riv. dir. proc., 1965.

FERRAZ, Ana Cândida. Poder constituinte do estado-membro. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1979.

FERRAZ, Jr., Tércio Sampaio. Teoria de norma jurídica: ensaio de pragmática de comunicação normativa. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Comentários à constituição brasileira. São Paulo, Saraiva Editora, 1990.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. Curso de direito constitucional.

São Paulo, Editora Saraiva, 23ª ed., 1996.

FRIEDMANN, W. El derecho en una sociedad en transformacion. Tradução de

Florentino M. Tomer. Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. "O conteúdo de garantia do contraditório", in Novas tendências do direito processual, Rio, Forense Universil., 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo constitucional em marcha. São Paulo, Editora

Max Limonad lida., 1ª ed., 1985.

HESSE, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundewepublik Deutschland, 2ª

ed., trad. Luís Afonso Heck, Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998. KELSEN, Hans. Esencia y valor de la democracia. Mexico, Editora Nacional, 1974.

KELSEN, Hans. Le droit naturel, annales de philosophie politique. Paris, Presses

Universitaires, 1 re. édition, 1959.

KELSEN, Hans. Teoria generale dei diritto e delitto dei stato. Milano, Etas Libri, 5a edizione, 1974.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Coimbra, Armênio Amado Editor Sucessor, 4ª

ed., 1975.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale, 4ª ed., Milão, Giufre, 1983 (trad. Cândido Rangel Dinamarco: Manual de direito processual civil, I, 2ª ed., Rio, Forense, 1986).

LUHMANN, Niklas. Legitimação pelo procedimento, Brasília, UnB, 1980 (trad. bras.

Maria da Conceição Corte-Real).

MARQUES, José Frederico. A reforma do poder judiciário. São Paulo, Ed. Saraiva,

1979, 1º volume.

MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal. São Paulo, Editora Saraiva, 1953.

MARQUES, José Frederico. Tratado de direito processual penal, São Paulo, Editora Saraiva, 1980, 2 vols.

MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e aplicação do direito, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1984, 9ª ed., 3ª tiragem.

MELLO FILHO, José Celso. Constituição federal anotada. São Paulo, Editora Saraiva, 1985.

MORAES, Alexandre. Direito constitucional. São Paulo, Editora Atlas SA, 1997. NERY Júnior, Nelson. "Fraude contra credores e os embargos de terceiros", in RJTJSP77.

NERY Júnior, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Lucker. Litigância de má-fé, São Paulo, RT, 2000.

PIRES, Tércio. A responsabilidade do estado pela demora do prestação jurisdicional, pelos atos protelatórios de seus agentes no processo e seus efeitos, em coop. com Antonio Rulli Neto (no prelo).

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários à Constituição de 1946, Rio de Janeiro, Editor Borsoi, 1963, 8 vols.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Comentários à Constituição de 1967, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1967, 6 vols.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários à Constituição de 1967, emenda n.1, de 1969, 2ª ed., S. Paulo, Ed. RT, 1970.

RAMOS JÚNIOR, Galdino Luiz. Princípios constitucionais do processo. São Paulo, Juarez de Oliveira, 2000.

RAO, B. Shiva. The framing of India's constitution. Bombay, N. M. Tripathi, 1968. REALE, Miguel. Fundamentos do direito. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito, S. Paulo, Saraiva, 1995. REALE, Miguel.

O direito como experiência. São Paulo, Editora Saraiva, 1968.

REALE, Miguel!. Teoria do direito e do estado. São Paulo, Livraria Martins Editora, 3ª ed., 1970.

REALE, Miguel!. Teoria tridimensional do direito, S. Paulo, Saraiva, 1972. ROTUNDA, Ronald D., John E. Nowak e Nelson Young. Treatise on constitutional law, substance and procedure. Minnesota, St. Paul, 2nd. Reprint, 3 volumes e um apêndice, 1987.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Direito constitucional. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1984.

RUFFIA, Paolo Biscaretti di. Lo stato democratico moderno nella dottrina e nella legislazione costituzionale. Milano, 0011. Antonio Giulfré Editore, 1946.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Estrutura e organização judiciária do poder Judiciário do Brasil e universalidade da jurisdição", in Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, Sede Internacional, São Paulo, ano 10, n. 16, jul./dez. 1996, co-edição APAMAGIS.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Princípios constitucionais brasileiros: Harmonização institucional. Magistratura e Ministério Público. Escola Supra nacional", Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, 3ª Semana de Estudos dos Magistrados do Mercosul, novembro de 1997.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Propu estas tendencias a lograr un mercado integrado que permita la seguridad de las inversiones en los países de la región", RJDTACRIM

35/18-31, São Paulo, 1997 (Conferência proferida no Simpósio Internacional organizado pela Suprema Corte do Uruguai).

RULLI JUNIOR, Antonio. "A função Política do Magistrado", in Revista de Escola da Magistratura do Estado de Rondônia - EMEROM, Ano 1999, nº 6, Porto Velho, Rondônia.

RULLI JUNIOR, Antonio, "A Jurisdição, o Juiz e o próximo milênio", Aula Magna na Escola Superior de Magistratura do Estado de Mato Grosso do Sul- Tribunal de Justiça e Associação dos Magistrados em 25 de fevereiro de 2000 (inédito).

RULLI JUNIOR, Antonio, "Conceptualling State Constitution in Brazil", Revista da Faculdade de Direito das FMU, Série Internacional, Ano XII, no 19, 1998.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Criação do Direito através do Parlamento do Mercosul", Conferência proferida e publicada no 1º Congresso Latino-Americano do Mercosul,

Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Marília (outubro de 1999).

RULLI JUNIOR, Antonio, "Criação do Direito Comunitário através do Parlamento do Mercosul", in Revista de Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul- AJURIS, Porto Alegre, Edição Especial, 1998, pp, 31-39.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Direito e Jurisdição", palestra proferida no Escritório de Advocacia Noronha Associados, 24 de março de 2000 (inédito).

RULLI JUNIOR, Antonio, "Direito, Sociedade e Jurisdição: Perspectivas para o 111 Milênio", palestra proferida na Escola Superior de Advocacia, Subseção de Marília da Ordem dos Advogados do Brasil - Marília, em 16 de março de 2000 (inédito).

RULLI JUNIOR, Antonio, "Estrutura e Organização do Poder Judiciário do Brasil e Universidade de Jurisdição", Revista da Faculdade de Direito dos FMU, Série Internacional VI, Mercosul, ano 10, nº 16,1996.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Execução Penal - Visão do TACRIM-SP", São Paulo, Editora Oliveira Mendes, 1998, em colaboração com o título: "Penas Alternativas".

RULLI JUNIOR, Antonio, "Informática Jurídica no Poder Judiciário de São Paulo", conferência proferida no Simpósio Internacional de Informática, realizado pela Insigne, São Paulo, gravação em CD-ROOM, em 20/05/1999, realizado no Sheratojn-Mofarrej.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Jurisdição e Reforma do Poder Judiciário", Revista da Faculdade de Direito das FMU, Série Nacional, Ano 10, nº 17, 1996.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Mercosul: O Direito Comunitário e a Garantia de investimento o Cidadania", Revista da Faculdade de Direito das FMU, Série Nacional, Ano XII, nº 20,

1998 (co-autoria com Francisco Pedro Jucá).

RULLI JUNIOR, Antonio. "O Protocolo de Brasília, o Protocolo de Las Lerias e as

Relações Interjurisdicionais, Revista de Escola Paulista da Magistratura/Apamagis, Ano

1, nº 3, maio de outubro, 1997.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Organização Judiciária Americana e Escola de Juízes", São

Paulo, 1992, Imesp, 1992, pool de edição, Coordenador.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Princípios Constitucionais Brasileiros, Harmonização Institucional, Magistratura e Ministério Público, Escola Supranacional", Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina e Associação dos Magistrados Catarinenses, Ano 4, Volume 4, 1998.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Propu estas tendientes a lograr un mercado integrado que permita la seguridad de las inversiones en los países de la región", Suprema Corte de Justiça da República da Banda Oriental do Uruguai, Montevideu, 1997.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Structure et Organisation du Pouvoir Judiciaire au Brésil et

/l'Universalité de la Jurisdiction", Revista da Faculdade de Direito das FMU, Série

Internacional V, Ano 10, nº 13, 1996.

RULLI JUNIOR, Antonio. "Princípios constitucionais brasileiros: harmonização institucional", in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, 3ª Semana de Estudos dos Magistrados do Mercosul, Florianópolis, novembro 1997.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Reforma do Poder Judiciário - Aspectos Institucionais", Revista de EMERJ, vol. nº 3, nº 9, 2000.

RULLI JUNIOR, Antonio, "Universalidade de jurisdição", São Paulo, Editora Oliveira

Mendes, 1998.

RULLI JUNIOR, Antonio. 4ª Semana Jurídica Interamericana, organizado pela Escola

Superior de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em Petrópolis, de 01 a 04 de Dezembro de 1998, na condição de Conferencista, —50ª Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU", "Deveres Humanos - Dever de jurisdição", in Revista de EMERJ, v, 1, nº 1, Rio de Janeiro, 1998, pp, 31-47,

RULLI JUNIOR, Antonio, Conferência sobre Reforma do Poder Judiciário, juntamente com o Dr, Rubens Aprobato Machado, DD Presidente da OAB-SP e Di. Régis Fernandes de Oliveira, DD, Vice-Prefeito do Município de São Paulo, organizado pelo Centro Acadêmico da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie, São Paulo, dia 07 de maio de 1999 (inédito).

RULLI JUNIOR, Antonio, Semana Jurídica Internacional Brasil & França, no Convênio de Faculdade de Direito das FMU com a Universidade do Havre, Normandia, França, no mês de junho de 1999, com os temas: "A moeda única - Euro" e "Aspectos Jurídicos

do Tribunal de Justiça de Comunidade Européia", com a participação dos Profs. Drs. Pierre Menguy e Gourmo Lô, de Faculdade de Assuntos Internacionais e de Direito de Universidade do Havre (inédito).

RULLI JUNIOR, Antonio, XVI Congresso da Associação de Magistrados Brasileiros (AMB), 26 a 30 de Setembro de 1999, em Gramado, Rio Grande do Sul, tese sobre "Ética e Jurisdição" (inédito).

RULLI NETO, Antonio, A responsabilidade do estado pela demora de prestação jurisdicional, pelos atos protelatórios de seus agentes no processo e seus efeitos, em coop, com Tércio Pires (no prelo).

SANCHES, Sydney, Poder cautelar geral do juiz, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1978.

SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Mexico, Editora Nacional, 1970. SHELAT, Sri Rem, The spirit of the constitution. Bombay, Bhartiya Vigya Bhavan, 1967.

SILVA, José Afonso de, Curso de direito constitucional positivo, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed., 1991.

Supremo Tribunal Federal, Extradicações - Julgamentos e Legislações, Brasília, 1976, Iª e IIª Volumes.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 7ª ed. 1990.

VEDEL, Georges, Manuel élémentaire de droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1941. VIEIRA, Oscar Vilhena, Supremo Tribunal Federal, jurisprudência política, São Paulo,

Ed, Revista dos Tribunais, 1994.

VIGNALI, Helber Arbuet. "O atributo da soberania", Estudos de Integração, 9º volume, Associação Brasileira de Estudos de Integração, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, Brasília, 1996.

WADE and PHILLIPS. Constitutionallaw. London, E.L.B,S, & Longmans, 7th edition, 1965.

YARDLEY, D, C. M, Introduction to british constitutionallaw, London, Butterworths, 3rd edition, 1969.

O Cheque Pré-datado e o Direito do Consumidor

ACADÊMICO JUIZ RIZZATTO NUNES

Juiz de Direito do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo; Professor de Direito; Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela PUC/SP; Livre-Docente em Direito do Consumidor pela PUC/SP; Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unimes/Santos; Acadêmico da Academia Paulista de Magistrados; autor de diversos livros, dentre os quais "Comentários ao Código de Defesa do Consumidor", editado pela Saraiva.

rizzattonunes@editorasaraiva.com.br

1. Do Cheque

O cheque está regulamentado no Brasil pela Lei Federal n. 7.357, de 2 de setembro de 1985, que normatiza uma série de disposições relativas ao cheque, tais como sua emissão, sua transmissão, a garantia (o aval), a apresentação, o pagamento e a quitação etc. Essa norma, inclusive, incorporou num texto escrito algumas práticas, comerciais relativas ao cheque, como, v.g., a do cheque cruzado. A questão que nos importa está estabelecida no art. 32 e seu parágrafo único dessa lei e que trataremos mais à frente.

2. Do Cheque Pré-Datado

o "cheque pré", como é conhecido, nada mais é, de fato, do que um financiamento direto do lojista (ou credor) ao consumidor. Mas com várias vantagens: não há qualquer burocracia, pois não se assinam

contratos, títulos etc.; não há acréscimo de impostos, vez que não é matéria regulada pela legislação fiscal ou tributária (ele está caracterizado apenas quanto à forma de quitação do preço e não como meio de financiamento); sua operacionalidade é excelente, visto que só precisa ser levado ao banco. Nenhum outro tipo de financiamento conhecido é tão prático e ágil (com exceção do cartão de crédito, que, também, por ter cobrança de juros excessiva, é praticamente um cartão de compra).

3. Da Lei do Cheque - Das Disposições Legais Pertinentes e sua Interpretação

3.1 A previsão legal

Conforme já dissemos, o cheque está regulamentado na Lei n. 7.357. O art. 32 e parágrafo único dessa Lei dispõem in verbis: "Art. 32. O cheque é pagável à vista. Considera-se não escrita qualquer menção em contrário. Parágrafo único. O cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação".

3.2 A interpretação

À primeira vista, lendo-se apenas o caput do artigo 32, pode-se pensar que um cheque pré será considerado um título que tenha uma condição não-escrita. Contudo, o parágrafo único do mesmo artigo não permite essa interpretação, como se verá. Mas, ainda que assim não fosse, e se se tivesse de interpretar a data reviamente fixada no cheque como não-escrita, tal fato não desnaturaria de forma alguma o título, que ainda poderia ser cobrado. Aliás, é o que expressamente diz a jurisprudência. Por exemplo, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial, cujo relator foi o Ministro Gueiros Leite, já decidiu: "a cláusula que torne à ordem, e não à vista é considerada não-escrita, de modo que pode desnaturar o cheque, mas não o título em si" (Boletim AASP n. 1.661, p. 253). Porém, é mais que isso. É que há uma outra forma de interpretar que nos parece ser a mais adequada e que patenteia melhor ainda a possibilidade de emissão do cheque pré-datado. É que o parágrafo único do art. 32 prevê expressamente que o cheque possa ser emitido com outra data que não à vista. Leia-se: "o cheque apresentado para pagamento antes do dia indicado como data de emissão é pagável no dia da apresentação". Ora, se a própria lei prevê que o cheque pode ser apresentado antes da data de emissão, significa logicamente que ela sabe que o cheque foi emitido para data posterior. A questão é de lógica básica. Portanto, a interpretação do art. 32 com seu parágrafo único nos diz que não só o cheque pré-datado pode ser emitido, como se for apresentado ao banco antes, ele vale, só que nesse caso a data da apresentação passa a ser considerada como se a data da emissão fosse. Contudo, além desse aspecto de legalidade, existe ainda outro que protege o emitente do cheque pré, determinando que este somente possa

ser apresentado na data combinada. É o elemento contratual que envolve a transação, que é regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme ver-se-á a seguir.

4. A Transação é Regulada pelo Código de Defesa do Consumidor

4.1 Contrato verbal

Inobstante, o fato de a evidência da legitimidade desse tipo de título como meio de pagamento saltar aos olhos, há ainda outro elemento importante: o pagamento com cheque pré normalmente é, do ponto de vista jurídico, um contrato verbal em que o comprador, ao adquirir um produto ou serviço, paga o preço com um ou mais títulos (cheques). sendo certo que o vendedor se compromete a somente resgatar o título (isto é, apresentar o cheque pré no banco) nas datas acertadas entre ele e o comprador. Tudo verbal, mas tudo rigorosamente legal. (Por vezes, acompanhado de recibo ou pedido discriminando os cheques e/ou nota fiscal, fazendo o mesmo). As garantias são recíprocas: o comprador promete que terá fundos por ocasião do saque; o vendedor promete que só apresentará o cheque na data acertada. Na verdade, se nessa transação houver alguma quebra, ela será de dois tipos: ou o comprador não terá fundos na data aprazada; ou o vendedor quebrará a promessa e apresentará o cheque antes. Em ambos os casos a quebra é contratual e, assim, está dentro do sistema jurídico, e não fora.

4.2 A oferta

Além disso tudo, a partir de 11 de março de 1991, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), a transação efetuada entre o vendedor e o comprador, firmando a forma de pagamento através do cheque pré-datado, passou a ter regulação expressa em lei, mediante a figura da oferta. Com efeito, estabelece o art. 30 da legislação protecionista das relações de consumo, in verbis: "Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado". Ora, verbal ou escrito, o contrato foi celebrado, e pelo menos a operação de compra e venda foi efetuada. Como a oferta é parte

integrante do contrato por força expressa de lei, isto é, pelo estabelecido no art. 30 do CDC, e como tanto o preço quanto a forma de pagamento são parte da oferta do vendedor, eles integram o negócio realizado. Daí conclui-se que, se o vendedor oferece ao comprador como forma de pagamento a entrega

de cheque que ele (vendedor) só vai levar ao banco em determinado dia futuro, isso é verdadeira cláusula contratual, que não pode ser por ele (vendedor) quebrada, sem que seja responsabilizado pelo rompimento.

4.3 A quebra da promessa

Assim, um outro aspecto de bastante relevo deve ser tratado. É o da quebra da promessa e dos danos dela provenientes. Se o cheque for apresentado pelo vendedor na data combinada e não tiver fundos, ele tem a seu dispor as alternativas legais para tentar receber seu crédito (civis e penais) e que são por demais conhecidas, não

necessitando desenvolvimento aqui, posto que usuais e corriqueiras. Contudo, é importante que abordemos a questão dos danos relativos a quebra da promessa por parte do vendedor ou, em outras palavras, pergunta-se: o que acontece se o vendedor descumpre o pactuado e apresenta o cheque pré,

antes do dia combinado? Não sofre ele nenhuma sanção, além do natural repúdio do consumidor? Claro que a resposta somente pode ser a da responsabilização do vendedor pelos eventuais danos que sua quebra de promessa venha a acarretar ao consumidor. A responsabilidade do vendedor é evidente. Vejamos. Na apresentação do cheque pré, antes da data apazada, duas coisas podem acontecer: a) o cheque ter fundos e ser pago; b) o cheque não ter fundos e ser devolvido pelo banco. Em ambos os casos o consumidor é prejudicado. No caso da hipótese "a" ele sofre: a.1. Um prejuízo material direto e

imediate, pois passa a não dispor de dinheiro que era seu, isto é, que lhe pertencia; a.2. Simultaneamente, ou logo após, o consumidor pode sofrer uma série de outros danos, tais como não ter mais o dinheiro para arcar com outros compromissos, o que lhe pode gerar outros tantos danos diretos; a.3. Outros cheques de sua emissão podem vir a ser devolvidos por falta de fundos, na medida em que podem eles estar já em circulação, e o estavam porque o consumidor sabia que tinha suficiente provisão

de fundos na sua conta corrente; a.4. O consumidor pode, também, sofrer danos materiais e morais como decorrência dos fatos narrados em a.2. e a.3. No caso da hipótese "b" ele sofre o dano de pronto, já que terá cheque devolvido com todas as conseqüências negativas que isso acarreta: perda de credibilidade; anotações no prontuário bancário; fechamento da conta, se o cheque for devolvido de novo. Danos materiais (relativos a despesas cobradas pelo banco) e morais, portanto, Em todas essas hipóteses a responsabilidade do vendedor é objetiva e decorre do descumprimento da oferta.

5. Circularidade e Responsabilidade Solidária do Terceiro

Um dos grandes problemas reais enfrentados pelos consumidores está relacionado a um modelo de operação perpetrado pelo fornecedor junto com seus parceiros nos negócios.

É muito comum que o fornecedor faça a venda do produto ou do serviço a ser prestado, recebendo como forma de pagamento os cheques pré-datados e depois negocie com um terceiro esses cheques. Normalmente uma empresa de "factoring" os adquire.

Acontece que essa operação é feita sem a anuência e conhecimento do consumidor, o que viola expressamente a operação jurídica de consumo, que só não estaria sendo violada se tanto na oferta como no contrato celebrado estivesse expressamente declarado que os cheques pré-datados entregues seriam negociados com terceiros fornecedores.

Não se pode esquecer que a circularidade permitida ao cheque diz com relação típica de direito privado, enquanto que a relação de consumo nas cce com o fenômeno da oferta, que regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme acima dito (artigo 30 e seguintes), vincula o fornecedor nos exatos termos daquilo que foi dito e escrito.

Assim, se não consta da oferta ou do contrato que os cheques pré entregues para pagamento das prestações será negociado com terceiros, isso desde já é quebra da oferta.

Além disso, e o que é mais importante aqui, o terceiro que adquire os cheques é parceiro do fornecedor na operação jurídica de consumo, de tal modo que ele é também solidariamente responsável pelos eventuais problemas e danos que o consumidor possa sofrer. E isso também por expressa disposição legal (CDC, parágrafo único, do art. 7Q).

Então, se o fornecedor promete fazer um serviço ou entregar um produto, recebe cheques pré, negocia com o terceiro tais cheques, e não presta o serviço prometido ou não entrega o produto, é legítimo que o

consumidor sustt; o pagamento dos cheques, não podendo o terceiro cobrá-los.

É que, como dito, esse terceiro é solidariamente responsável pelos danos que o consumidor possa sofrer.

.

Além disso, tudo é de notar que, portanto, esses cheques pré-datados transacionados entre os parceiros nasceram vinculados a uma operação jurídica primária de consumo (de compra e venda de produtos ou serviços) e dela não se desvincula até que o fornecedor cumpra a sua parte. Isto é, os cheques não poderão ser cobrados por quem quer que seja (fornecedor primário ou terceiro adquirente dos títulos) até

que o consumidor tenha recebido aquilo pelo que se comprometeu a pagar no futuro.

É esse fenômeno da oferta, característica marcante das relações de consumo, que precisa ser compreendido.

Não há que se falar em "livre circulação" dos cheques pré, porque essa possibilidade está atrelada a características típicas do direito privado civil e comercial, não incidente em matéria de relação de consumo.

Assim, não importa por qual motivo o produto não está sendo entregue ou o serviço não está sendo prestado, se é falta da mercadoria no mercado, se é atraso do exportador, ou se se trata da falência do próprio fornecedor, os cheques pré-datados ficam vinculados à operação jurídica de consumo primária e se o consumidor não receber o produto ou o serviço eles não poderão ser cobrados por quem quer que seja.

5. Conclusão

À vista do exposto, forçoso é concluir que não só não há impedimento legal para a emissão do cheque pré-datado, isto é, emissão do cheque para apresentação ao banco em data futura diferente da do dia real (momento histórico-fatual da emissão), bem como a operação da compra e venda de produtos ou serviços, que tem por forma de pagamento do preço a entrega de cheque pré-datado, é transação lícita,

legal e expressamente regulada pelo CDC. A quebra da promessa oriunda dessa transação dá-se por duas formas: ou o cheque pré na data da apresentação (correspondente ao dia em que o vendedor prometeu fazê-la) não tem fundos; ou o vendedor apresenta o cheque antes da data acordada, prejudicando o consumidor. Em

ambos os casos as formas de ressarcimento são garantidas legalmente. Na primeira hipótese o vendedor pode cobrar a dívida pela via de execução ou, caso previsto, e ele queira, pode desfazer o negócio; e no outro caso o consumidor pode pleitear indenização por perdas e danos materiais e morais ou, se possível e se ele queira, propor o desfazimento do negócio com devolução das importâncias pagas em valores atualizados.

E no que respeita à transação de venda do cheque pré para terceiros, esse terceiro portador do título assume a mesma responsabilidade que o fornecedor primário pelo cumprimento da oferta, sujeitando-se às restrições que porventura o consumidor apresentar quanto ao pagamento do cheque. Daí que se o fornecedor primário falir sem ter cumprido a oferta, o terceiro não poderá legitimamente receber o cheque pré vinculado.

As Idéias Jurídico – Políticas e o Direito do Trabalho

Pensar o direito do trabalho sob a perspectiva do liberalismo individualista da Revolução Francesa, cuja importância é tão bem analisada por Miguel Reale em Nova Fase do Direito Moderno, São Paulo, Saraiva, 1998, de um lado tem o mérito de reconhecer o significado, para o ser humano, da liberdade, de outro lado abre uma série de questões que procuram encontrar uma solução ainda não alcançada.

Mas é opinião dominante que o liberalismo, se revelou expoentes do pensamento, afirmou valores, como a auto-suficiência dos direitos inatos do homem, a autonomia da vontade como fonte geradora da ordem social e política e o livre consentimento como fundamentação da convivência social e limite conatural do Poder, gerou um desequilíbrio nas relações de trabalho ao favorecer a procura, pelo homem, do seu próprio interesse, sem interferência do Estado, não se divergindo que os princípios da primeira fase do individualismo não contribuíram para a formação de uma estrutura coletiva de relações de trabalho, mostrando-se, ao contrário, como uma barreira inicial para que tivessem curso as leis trabalhistas. Observe-se que as idéias liberais sobre o contrato, inclusive o princípio do *pacta sunt servanda*, evoluíram, mescladas com a intervenção básica do Estado, no sentido da teoria contratualista que predomina na explicação sobre a natureza jurídica do vínculo entre o trabalhador e o empregador,

superadora da antiga concepção da *locatio*, e o contrato tem o mérito de seguir como um divisor de águas na história do trabalho, deixando no passado o trabalho escravo e fundamentando, no plano jurídico, o trabalho livre assalariado.

Foi ampla, sem dúvida, a repercussão da crítica do marxismo sobre a retribuição do trabalho, a exploração do trabalhador, a teoria da mais valia, a defesa do trabalho como fonte única da riqueza, representando, sem dúvida, uma análise profunda da questão social, dos problemas gerados pela sociedade industrial e o capitalismo e que o individualismo liberalista da Revolução Francesa de 1789 ensejou com a teoria do Estado omissivo, simples e espectador perante a ordem econômica e social. A tese da mais valia, do caráter permanente da luta de classes, a teoria da evanescência do Estado,

pontos centrais da teoria marxista e que visavam à instauração de uma sociedade sem classes são teses que os fatos não comprovaram, com as quais a teoria começou a ruir, não dando resposta a diversas indagações centrais: como é possível uma sociedade igualitária sem a supressão da liberdade? Se o homem é livre, como será igual? Qual é o sentido da ação de um sindicalismo de reivindicação perante o Estado no qual o operariado é o detentor do poder político? Se o sindicato é um órgão de representação de classe, quem será por ele representado numa sociedade sem classes? Qual é a lógica que justificaria a existência de um direito do trabalho protecionista de uma classe social numa sociedade sem classe? De que modo o Estado poderá impor uma legislação trabalhista numa sociedade sem Estado? Ve-se, logo, que Marx deslocou a questão trabalhista para o âmbito político, não oferecendo uma alternativa jurídica para fundamentar o direito do trabalho. De outro lado, ao conceber o Direito como superestrutura

condicionada pela infraestrutura econômica, deu razão àqueles que sustentam que o Direito do Trabalho é mero apêndice do Direito Econômico, como se fosse um dos setores deste, e não um corpo de normas independentes e destinadas exatamente a evitar a absorção do trabalhador pelo processo produtivo. Pensar o direito do trabalho segundo a perspectiva de um direito natural, quer de origem divina, como pregaram os pensadores teólogos, quer de um direito natural fundado na natureza das coisas, como prefere Messner, leva a uma abordagem cristã dos fatos sociais, com todas as conseqüências daí derivadas, dentre as quais a inserção da fé na vida social como fonte inspiradora do justo, o devido por justiça ao trabalhador como pessoa que tem necessidades vitais que devem ser providas, subordinando a questão social a um ideal de justiça superior que os imperativos econômicos nem sempre comprovam. Trava-se, hoje, o debate entre o justo e o possível. Indaga-se se o justo é um fim do Direito e se esse fim é sempre alcançado, embora sempre devesse ser procurado.

Premissas dessa magnitude deram suporte a uma tendência do direito do trabalho: a proteção do trabalhador, elevada ao mais alto nível de princípio jurídico pela contribuição doutrinária da obra de Américo Pla Rodriguez. Em *Los principios del derecho del trabajo* (1975) a tese protecionista encontrou a sua mais ampla e conceituada formulação, associada, que foi, aos próprios fins do direito do trabalho compreendido como direito destinado a uma função, compensar, com a proteção jurídica do trabalhador, a dependência econômica em que se acha no contrato de trabalho perante o empregador, meio de correção do desnivelamento que marca as posições dos dois sujeitos nesse contrato.

O corporativismo de Estado é uma filosofia política e não uma filosofia jurídica. Como tal, o seu estudo pertence à Teoria do Estado. Não obstante, sua penetração no âmbito jurídico das relações de trabalho

justifica o seu estudo entre as idéias jurídicas que influíram no direito do trabalho. É sabido que a palavra corporativismo tem mais de uma acepção: corporativismo societário, não estatal, dos países nos quais a vida associativa atingiu alto grau regulada por instituições únicas, não competitivas, detentoras de exclusividade de representação, verdadeiros agentes da autoridade governamental, e corporativismo estatal, ou seja, de países em que esse é um modelo de representação de interesses ou categorias profissionais e econômicas, que é o sentido com que o vocábulo é aqui examinado, do corporativismo como uma forma de organização das classes sociais pela ação intervencionista do Estado visando integrar as forças produtivas - os grupos profissionais e econômicos - em organizações verticais e não conflitivas, cujas associações, para que tenham existência legal, dependem do reconhecimento do Estado, do qual recebem a delegação do exercício de funções públicas, detentoras do monopólio da representação no interior da sua respectiva categoria.

O corporativismo estatal invalidou a espontaneidade do sindicalismo ao atrair, para o Estado, a organização dos trabalhadores em categorias ontológicas, fechadas e imutáveis sem a autorização do poder político. Se cabe ao Estado disciplinar as relações coletivas de trabalho, nestas exercitam-se interesses públicos, e não interesses privados. Se o Estado é o detentor do poder sobre a organização e a ação sindicais, fica prejudicada a sua espontaneidade. Enfim, o direito do trabalho não é público. Se o for, as relações jurídicas que o integram vinculam diretamente o cidadão ao Estado e não os trabalhadores as empresas.

Outra concepção, o positivismo sociológico contribuiu para a construção de uma visão empírica do direito do trabalho como realidade que se desenvolve na concretude da práxis, uma sucessão de fatos da vida real, por tal motivo suficientes para que tenham uma expressão jurídica.

O Direito como fato social, do realismo jurídico norte-americano, inspirou uma concepção econômica das relações de trabalho analisadas, que foram, mais sob o prisma da sociologia e das exigências do processo industrial, e menos sob os referenciais do sistema jurídico, estudadas como Relações Industriais e não como Direito do Trabalho. Influuiu não só nos Estados Unidos como nos países que receberam as mesmas influências, incluindo-se o Japão. Esse sentido pragmático leva os sujeitos das relações de trabalho a praticar técnicas não-estatais de composição das suas disputas, com realce para a arbitragem e a mediação, traduzindo tentativas de conciliação direta, sem a participação do Estado, entre o social e o econômico.

De origem sociológica, também, e com reflexos semelhantes é o institucionalismo. na França, de Maurice Hauriou e Georges Renard. Com efeito, a teoria dos fatos normativos, ao mostrar que a instituição é uma idéia de obra ou de empreendimento que se realiza e dura juridicamente em um grupo social como um poder que se organiza pela concretização dessa idéia, que passa da subjetividade dos seus idealizadores para a objetividade da infraestrutura social, permite uma justificação institucional do direito do trabalho segundo uma concepção menos legalista e mais objetivista, na qual se situa a teoria institucional do sindicalismo que fundamenta, em alguns sistemas jurídicos, como o da Itália, a dupla realidade das entidades sindicais, a legal e a institucional, ambas suficientes para dar eficácia às representações dos trabalhadores, os sindicatos de direito e os sindicatos de fato, ambos com os mesmos poderes de atuar na defesa dos interesses dos seus representados.

A lógica do razoável é uma forma específica de lógica jurídica exposta por Recaséns Siches em Nueva filosofía de la interpretación del derecho. É uma tentativa, válida também para o direito do trabalho, de reapreciação da lógica aplicável ao Direito. Rejeita a lógica aristotélica, criada para Ciências do mundo físico e matemático. Propõe a substituição da lógica aristotélica clássica por uma lógica adequada às Ciências do comportamento humano. Vê a norma jurídica positiva como instrumento, utensílio fabricado pelos homens com o fim de tratar determinado tipo de situação ou de conflito social e que não pode ser verdadeira ou falsa, mas pode ser justa ou injusta, conveniente ou inconveniente, eficaz ou ineficaz, condicionada, que está, a uma determinada situação que é a sua motivação, para cujo fim é insuficiente a lógica tradicional. A sentença não é um silogismo.

A lógica do razoável é calcada nos seguintes pontos: o reino da vida humana, a que pertence o direito positivo, tem outra lógica; o logus ou lógica do razoável é o único método de interpretação jurídica em condições de iluminar a compreensão do significado dos preceitos normativos jurídicos; o racional é o logus do ser humano, impregnado de pontos de vista estimativos, de critérios de valoração e de pautas axiológicas diferentemente da lógica material que parte de conceitos a priori absolutizados ou etiquetas classificatórias.

O direito do trabalho tem subprincípios do princípio protetor, segundo a obra de Pla Rodríguez, Os princípios do Direito do Trabalho. Dentre esses princípios está o princípio da razoabilidade, para alguns uma peculiaridade do direito do trabalho, a meu ver um princípio comum a todos os ramos do Direito,

desde que se admita que os motivos em que se inspira a lógica do razoável são os mesmos que o justificam.

A Escola do Direito Livre criou uma concepção de interpretação do Direito que se refletiu no denominado Direito Alternativo do Trabalho. Essa Escola tem as suas bases doutrinárias assentadas em alguns pressupostos: a constante mutação do fenômeno social, a necessidade de acompanhamento dessas modificações pelo Direito, a insuficiência dos silogismos e axiomas de lógica formal para a solução dos conflitos sociais, a inexistência da plenitude da ordem jurídica, o reconhecimento de que a vontade é uma mística e a afirmação central de que a criação do Direito não é exclusividade do legislador, comportando ou tras vias, inclusive a judicial. O intérprete deve inspirar-se no direito justo (Stammler), no direito natural (Jung), nas normas de cultura (Meyer), no sentido jurídico (Schlossmann e Sturn) ou na equidade (Schmölder).

O jusformalismo valoriza a forma e leva a uma teoria formal do direito do trabalho. Para Stamm1er forma equivale a universalidade incondicionada, o que pressupõe a existência na mente humana de uma forma pura do pensamento mediante a qual o homem adquire a consciência do direito, premissa de que se vale a Escola de Viena como uma filosofia ou teoria geral do Direito. Em outras palavras, a forma é uma realidade sensível e tem uma função de comunicar ao nosso espírito a vida espiritual dos outros por meio de símbolos objetivos.

O sistema de normas jurídicas trabalhistas do mesmo recebe influências, como a do tipo kelseniano. O

direito do trabalho segundo uma concepção objetiva é um ordenamento jurídico estatal, pois Estado e Direito se confundem, constituído de normas dispostas numa pirâmide em que cada norma encontra o fundamento da sua validade na que a precede, tendo como ponto de partida a norma fundamental, relacionadas entre si, individualizando-se no caso concreto, em que o direito é aplicado, nas formas do contrato e da sentença.

A estrutura interna lógico-formal das normas jurídicas no direito do trabalho não apresenta nada que a difira da norma jurídica geral. Desse modo, a norma jurídica no Direito do Trabalho, compreendida segundo a concepção kelseniana, seria um juízo ou uma proposição hipotética na qual é previsto um fato relacionado com uma consequência denominada sanção. Esta é uma pena aplicável quando o comportamento dos destinatários da norma não corresponder ao enunciado descrito pela mesma. A norma jurídica, no direito do trabalho, apresenta um dado que a difere das demais que integram o ordenamento jurídico. Não é de

natureza formal, mas material. O seu conteúdo tem uma característica. É a especialidade, fator justificante da sua existência e característica que faz dela norma diferente das demais com as quais convive no sistema jurídico. A especialidade é compreendida como a qualidade que

faz de algo um ser ou um fenômeno particular e inconfundível com outros, do mesmo ou de outro gênero, propriedade que apresenta a norma jurídica de ser no ordenamento jurídico uma norma que não se confunde com as demais.

Outros são os pressupostos da teoria do ordenamento jurídico que influíram na concepção das fontes de produção das normas jurídicas trabalhistas, como pluralismo jurídico compreendido como a diversificação de processos pelos quais o direito do trabalho é positivado no ordenamento jurídico, não só como direito estatal, mas, também, como produto dos diversos centros de posituação não-estatais no sentido de Gurvitch e de Bobbio, como expressão da autonomia dos grupos profissionais e econômicos nas relações entre si, tese já presente nos estudos de Santi Romano, em *L'Ordinamento Giuridico* (1918), para quem o Direito, no sentido objetivo, é um ordenamento, uma instituição e um preceito ou complexo de preceitos, normas ou disposições particulares, diversamente reagrupadas ou sistematizadas, de caráter jurídico, e em Santoro-Passarelli na Itália, em *Nozioni di Diritto del Lavoro*, para desenvolver a teoria da autonomia coletiva a partir da noção de interesse coletivo como interesse privado que vincula uma pluralidade de pessoas em torno de um bem idôneo à satisfação de uma necessidade comum.

A concepção axiológica do Direito, que é uma correta tentativa de superação dos limites da unilateralidade da corrente formalística que reduz o Direito a lógica formal destituída de conteúdo, e da concepção oposta do idealismo que compreende o Direito como idéia e rejeita a importância inafastável da forma, vai encontrar os seus fundamentos na teoria dos valores e considera a atividade científica do jurista como cognoscitiva e avaliativa.

A sua máxima expressão está no pensamento de Miguel Reale, não só na concepção do direito como experiência, mas no tridimensionalismo jurídico, expostos nos seus livros, em especial em *Lições Preliminares de Direito*, na *Teoria Tridimensional do Direito* e no mais recente *Fontes e Modelos Jurídicos* nos quais são encontrados fundamentos para uma visão nova do direito do trabalho, tendo em sua gênese a energia dos fatos e dos valores que atuam reciprocamente, pondo-se a norma jurídica como síntese integrante que se expressa como resultado dessa tensão.

Na formação do direito do trabalho está a confirmação dessa teoria. A norma jurídica trabalhista foi consequência da questão social (os fatos) e da reação humanista (os valores) que se propôs a garantir a dignidade do operário da indústria, tendo como resultado um processo que nasceu para reger as relações de trabalho (a norma jurídica).

As fontes do direito do trabalho e os modelos jurídicos podem ser explicados - valendo-me das lições de Miguel Reale - como expressão de estruturas que se diversificam em modalidades que correspondem ao poder de decidir, que adquirem juridicidade quando preenchem os pressupostos condicionantes da sua validade e vigência.

A sociedade industrial transformou-se em sociedade tecnológica. O desemprego estrutural, resultante de diversas causas em vários países, em especial nos da Europa, afetou a sociedade comprometendo princípios que sempre foram consagrados, em detrimento do valor social do trabalho. A tecnologia mostrou o seu lado cruel: a substituição dos empregados pelo software e a desnecessidade, cada vez maior, de um quadro numeroso de empregados para que a empresa consiga a mesma produção. Com a utilização da alta tecnologia o trabalho humano passou a ser sistematicamente eliminado para ceder lugar a máquinas inteligentes que assumiram com maior velocidade as suas tarefas, nos mais diferentes setores, inclusive agricultura, indústria e comércio, em atribuições administrativas e de base da mão-de-obra. A requalificação profissional beneficia percentual pequeno do total de desempregados, o setor público enfraqueceu-se, a

mão-de-obra tomou-se barata em alguns países que a tem em excesso, os sistemas de seguridade social não suportaram os ônus da manutenção dos trabalhadores inativos e o Estado do bem-estar social deu mostras da sua debilitação. As empresas subcontrataram serviços, reordenaram as escalas de salários de uma estrutura fixa para planos salariais variáveis de acordo com a produtividade, o movimento sindical perdeu parte do seu poder de negociar e passou a lutar pela preservação dos empregos e não por vantagens econômicas. O direito do trabalho vive atualmente um conflito entre as suas concepções: a protecionista, acusada de hipergarantista, de afetar o desenvolvimento econômico e a livre iniciativa, e a reformista que defende a flexibilização das leis e a reavaliação, no plano teórico, dos seus princípios e funções, pondo-se a flexibilização como uma polêmica reação contrária à rigidez da legislação tutelar do trabalhador.

Apontamentos Sobre o Direito Social

ACADÊMICO DESEMBARGADOR MARCUS VINÍCIUS DOS SANTOS ANDRADE

Republicação por ter saído com incorreção no vol. I

A dicotomia clássica, que remonta ao direito romano, dividindo-o em direito público e direito privado, o primeiro referente às coisas do Estado e suas instituições e o segundo à utilidade dos particulares, sofreu deterioração conceitual e prática, esgarçando as diferenças. Há alguns anos, em 1997, o Tribunal de Justiça de São Paulo, buscando disciplinar sua complexa competência interna, resolveu demarcá-la em duas seções na órbita civil. E a solução surgiu óbvia, amparada na divisão sedimentada, criando-se as seções de direito público e de direito privado. A dicotomia, em um primeiro momento, pareceu salvadora, traduzindo a impressão de que os conflitos sobre competência entre os órgãos do Tribunal estariam superados, objetivamente. Porém não foi o que aconteceu, pela larga zona cinzenta logo delineada com a existência de campos jurídicos intermediários no público e no privado e que se entremeavam entre eles. Em suma, o que se constatou foi que a diferença entre as esferas específicas perdeu sua nitidez. Assim, uma enxurrada de questões ambíguas, nem totalmente públicas, nem totalmente privadas, motivadas pela intervenção do Estado no domínio econômico, na produção e no consumo, na proteção ao meio ambiente e em outros direitos, difusos, coletivos, transindividuais obstaram que os segmentos das respectivas competências das duas seções permanecessem bem demarcados, seguros e certos.

O fenômeno, ilustrado por essa experiência regimental, é a relativização ou a perda de identidade dessa dualidade, pelo surgimento de direitos tutelando campos de interesse público ou de interesses indisponíveis, que ingressaram e penetraram, sem qualquer enquadramento, na divisão histórica. Esse outro direito – vamos denominá-lo de direito social – a Constituição da República, expressamente, cuida

em seu artigo 60: "são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a

previdência social, a proteção à maternidade, à infância, a assistência aos desamparados". E o art. 193, também da Constituição da República, que inicia o título VIII, referente à ordem social, estatui que esta última tem como base o primado do trabalho e, como objetivo, o bem-estar e as justiça sociais. E abrange a 1) seguridade social, esta compreendendo a saúde, a previdência e a assistência, 2) a educação, a cultura e o desporto, 3) a ciência e a tecnologia, 4) a comunicação social, 5) o meio ambiente, 6) a família, a criança, o dolescente e o idoso, e, por derradeiro, 7) os índios.

Todos esses temas, não exauridos, dizem respeito ao direito social constitucional, regulamentado em legislação infraconstitucional, nos lineamentos do interesse social, coletivos e individuais indisponíveis, acima mencionados.

O direito social revela, por seu próprio conteúdo, a finalidade de proteção ao ceme do que é humano e traduz valores que permeiam ideologicamente todo o ordenamento, secundarizando as classificações do direito público e privado, hoje com cunho simplesmente organizacional didático-pedagógico e estruturalmente formal, não se apresentando hábil como ferramenta à consecução prática dos interesses legítimos, humanos e sociais.

Qual o papel (ou opção) do juiz? Imperioso seu distanciamento das fórmulas legais estratificadas conceitualmente. Impõe-se inverter a ordem do conhecimento, que dogmatiza a lei, a norma, valorando-a formalmente, quer na interpretação gramatical, histórica ou comparada, quer na lógico-sistemática, esta também interiorizada na metodologia do próprio ordenamento, preso a um círculo vicioso de estruturas normativas pré-concebidas e pré-conceituosas, que terminam por outorgar um significado legal e jurídico, segundo os padrões assentados de dominação e controle legislativos e contratuais mas, geralmente, distorcido da realidade humana, das necessidades que informam a sociedade e, principalmente, do

sentido da Justiça.

Há, por primeiro, que direcionar o dogma, ou melhor, repensá-lo em uma escala de valores diversa da atual. A dogmática jurídica não se prende somente à lei como seu ponto único de partida. incontroverso e incontrastável. Ao juiz compete bem entender a destinação social do direito, obediente ao artigo 50 da Lei de Introdução ao Código Civil: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". À conotação sociológica do realismo americano e escandinavo. que gerou

esse preceito. cumpre acrescentar as realidades que hoje se apresentam e adaptá-lo a elas. Os fins sociais jamais estarão distanciados ou serão incompatíveis com o bem comum; na verdade, o fim social é o bem comum e este é o bem comum geral, no benefício de cada ser humano da comunidade. Do somatório dos indivíduos que tiveram jurisdicionalmente reconhecido um padrão digno de vida. com seus direitos respeitados. mormente. quanto a ter uma sentença justa. é que se atinge o bem comum e, conseqüentemente. como decorrência necessária. os fins sociais serão alcançados com a aplicação da lei pelo magistrado. A dogmática. que se propõe e que deve ser observada pelo juiz. é a do homem e de seus direitos, principalmente os fundamentais inscritos na Constituição da República (artigo 50). Verificando. o juiz, qual o interesse humano a ser tutelado, esse valor (e não o inverso) é que justificará a norma legal a ser aplicada no mecanismo de subsunção. O erro está em querer enquadrar a conduta. o comportamento. em uma norma legal ou contratual. tipo "pacta sunt servanda"; o mais consentâneo é.

partindo da situação humana retratada nos autos. moldar o significado da lei. dar-lhe um desenho que atenda a tais ditames.

Em quaisquer dos campos do chamado direito social, educação. saúde. trabalho. lazer. consumo. segurança. previdência social, finanças e economia, o interesse público geral. formado pelos interesses

dos indivíduos. por serem preponderantes para a vida digna em sociedade, impõem-se tenham a primazia pelo juiz. Essa perspectiva para o julgamento é que deve ser sua preocupação e presidir seus atos.

A tutela do indivíduo, em sociedade, alça-se como preponderante e incisiva na deontologia judiciária. Além do artigo 50. da LICC, há outro dispositivo. este do Código Civil, artigo 115. que veda os atos de potestade. ou seja. perfilha entre as condições defesas as que privarem de todo efeito o ato ou o

sujeitarem ao arbítrio de uma das partes. Com algum exagero pode-se dizer que essa norma abarca todo

o contexto do Código de Defesa do Consumidor, com seu largo detalhamento. Nela está a semente e a potencialidade de realização da tutela de quem é dependente e inferiorizado, nesse Código disciplinada e estruturada.

A proibição do arbítrio é fundamental. porque o arbítrio. a imposição. a prepotência e a intolerância. conduzem ao aviltamento da pessoa humana e de seu meio social.

Ao juiz cabe. portanto, a missão de defender. acima de tudo. os direitos do ser humano, com coragem. independência. prudência, firmeza e autoridade. Na formação de seu convencimento. a figura humana,

seu contorno, seus anseios. necessidades, interesses. sua respeitabilidade integral. de corpo e mente. sua cultura. devem ser o dogma ao qual se ajustará a lei. Não se está pregando que se descarte a lei, que se dispense o ordenamento, mas sim que, efetivamente, o juiz. na função judicante, o tenha como um instrumento, um ferramental, para a realização plena dos direitos humanos, que são os sociais. construindo-os e reconstruindo-os incessantemente.

A Justiça é um traço. marcadamente, ideológico, mas que só tem sentido no humano. Contudo a qualificação do justo, freqüentemente. vem deformada por disputas políticas. econômicas. patrimoniais. Ao magistrado compete. no exercício do direito social, preservar. na influência e confluência de proveitos. vantagens, utilidades em conflito dinâmico. a qualidade específica da justiça. na exata medida do que é humano e. por conseguinte. legítimo. A lei. o ordenamento. enfim todo o sistema de legalidade só tem legitimidade se sua aplicação é adequada às aspirações do homem e da sociedade. Essa a tarefa do Judiciário por seus Juízes. mas não só dele, na verdade. abrangendo todos os estamentos do Estado. e sociedade. institucionalizados ou não. Ao devido processo legal. superprincípio. que enfeixa, na realidade. todos os demais do Direito Processual. cumpre não só atribuir-lhe a feição procedimental. mas. principalmente. um conteúdo material. no sentido de que é instrumento para se fazer Justiça no plano prático. dos fatos do mundo.

E é na avalanche do poderio econômico. resultante de um regime capitalista e a ele inerente. que a afronta aos direitos humanos. protegidos constitucional e infra pela denominada legislação social. de

modo mais agressivo se detecta. Não que a finalidade do lucro seja um mal; ao contrário, produz riquezas e bem-estar e se justifica pelo risco do empreender; a questão está na distribuição dessas riquezas e bens e serviços que por se operar, vinculada à dominação pelo mais forte. propicia situações de extrema iniquidade. É o que se constata. de forma mais sensível. na área da saúde. da educação, da imposição de políticas financeiras, da má distribuição da terra, propiciando reiterados e crônicos conflitos agrários. da inoperante administração carcerária. todo esse complexo. gerando situações conflitivas que ao Judiciário cabe solucionar, com legitimidade.

Ao juiz. no trato com esses problemas. assiste o dever de igualdade. todavia materialmente considerada. O hiper e o hipossuficiente não são iguais; o fornecedor de bens e serviços (lembrando dos convênios saúde e seguros saúde). Não está em idêntico patamar que seus usuários; nem o cidadão perante o sistema de previdência estatal ou não. Ao juiz é que cumpre igualar tais desigualdades, sempre valorizando o ser humano e seus direitos fundamentais, protegendo-os de imposições, só aparentemente decorrentes da vontade livre, mas de conteúdo abusivo e descompassado com o Estado de Direito.

Nessa perspectiva, a leitura e releitura da legislação social não bastam; é essencial. como assinalado, uma inflexão diversa na aplicação dessas normas, o que se estende genericamente a todas as outras do ordenamento, vinculada ao prevalecimento do humano, com todos seus atributos, como a resultante básica de qualquer atividade.

Na atuação do juiz - e falo principalmente do juiz paulista - não me parece fundamental que se trate de

legislação pública, privada ou a chamada social. Todas, indiscutivelmente, são sociais, na medida em que congregam interesses de homens, interesses fundamentais à vida e que os juízes têm o dever de tutelar acima de tudo.

Há a correlação entre Direito Social e Justiça social, ou, restritivamente, à atuação social do Judiciário em

suas decisões, sentenças e acórdãos. E essa atuação social do Judiciário está comprometida com a realização da justiça, noção fascinante e confusa, no dizer de Chaim Perelman ("De La Justicia", Centro de Estudios Filosóficos, Universidad Nacional Autónoma de México, 1964), porém inexorável e inafastável, como quer Hannah Arendt, ao afirmar que "o propósito de um julgamento é fazer justiça e nada mais" ("Eichmann in Jerusalem. Um Relato sobre a Banalidade do Mal"), traduzido por José Rubens Siqueira, Companhia das Letras, 1999). Portanto, para nós juízes, por maiores perplexidades que nos traga, nossa tarefa, nosso serviço público, é prestar justiça. Contudo, preciso é ir além da justiça formal da igualdade comutativa ou distributiva, necessária reconhece-se à estabilização ou ao senso geral de equilíbrio na distribuição de bens nas relações sociais, mas ingressar em cada caso em sua completude e tutelar com flexibilidade a pretensão material, que recomponha o direito violado. Esse é o mecanismo da equidade, do qual o juiz deve valer-se para alcançar a justiça material. Essa preocupação sobreleva e,

mesmo, deve angustiar, quando os interesses são próprios do direito social, autorizando o julgador ao uso de todo o arsenal à sua disposição e forjado pela interpretação normativa, para obstar a degradação do homem e da sociedade em que vive. O juiz, dessa forma engajado e comprometido, engajamento e comprometimento com os valores humanos, os quais em nada tolhem sua imparcialidade, ao contrário, a reafirmam e a tornam um instrumento eficiente de descoberta da verdade real, estará cumprindo sua missão precípua de distribuir justiça. E nesse prisma da pessoa humana como valor fundamental da justiça, impõe-se trazer, por derradeiro, a palavra de Franco Montoro: "A justiça não é um conceito meramente formal e vazio de conteúdo, como pretendem alguns autores. Pelo contrário, em oposição às relações sociais de dominação e submissão ela representa a exigência concreta de respeito à personalidade de cada homem e de todos os homens" ("Introdução à Ciência do Direito", Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 282).

Nessa ótica, a celebre divisão de direitos, em públicos e privados, perde operacionalidade. Na realidade, todos são direitos sociais, protegendo basicamente o indivíduo. A perda de tal perspectiva conduz à valorização da desumanidade, da liberdade, da privacidade, da intimidade, das oportunidades de trabalho e de realização pessoal, e, em suma, permitir a dominação, a escravização jurídica de uma pessoa por outra, mais precisamente uma pessoa jurídica de direito público ou privado. Aquele ou aqueles que detêm o poder de controlar e se necessário aplicar a força, real, efetiva ou na resultante da violência simbólica, estão na proteção dos muros, muralhas e fossos dos castelos das pessoas jurídicas do Estado institucionalizado ou de grandes conglomerados. Detêm o poder da produção dos bens e em grande

escala do fornecimento de serviços básicos e estruturais, citando-se, como exemplo, a saúde, a educação, o transporte, o financiamento e a economia. A pessoa jurídica como forma de dominação (criada, originalmente, pelo liberalismo).

A pessoa jurídica se confunde com as pessoas de seus integrantes - a expressão liberal conservadora - dominante - prepotente - expressa no artigo 20 do Código Civil, é uma das mais cruéis imposições de poder juridicizadas.

Entre o homem e a sociedade, que lhe é inerente - criou-se a pessoa jurídica - falsa e instrumento de poder - é ela a maior agressão aos direitos humanos. Não há importância na globalização ou nas grandes corporações - para a proteção do humano é necessário saber quem está por trás - este é fisicamente o responsável. A despersonalização da pessoa jurídica, pública ou privada, como a postura geral e não verificação da excepcional.

ACADÊMICA DESEMBARGADORA FEDERAL ANA MARIA GOFFI FLAQUER SCARTEZZINI

A ação civil pública objetiva a responsabilização "por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, consoante disciplina a Lei 7.347/85.

A legitimação ativa, nos termos da lei, é concorrente e disjuntiva, abrangendo não só o Ministério Público como outras instituições públicas e privadas; ao Ministério Público também incumbirá funcionar tão-somente como custos legis; ou encampar a ação em hipóteses de desistência ou abandono, como preceituam os parágrafos 1º e 3º do art. 5º do mencionado texto legal.

Com a edição da Lei 7.347/85, deve ser priorizado o estudo do direito substancial do objeto da ação, para caracterizá-la como pública; o que equivale a dizer que é pública por cuidar da proteção ao meio ambiente, à defesa do consumidor e do patrimônio cultural em geral. I

Destaca Ada Grinnover, no entanto, que o primeiro e o mais importante detentor da titularidade das ações coletivas é a própria sociedade, na esteira dos ensinamentos de Cappelletti que frisava: os interesses metaindividuais não são interesses públicos, nem privados, são interesses sociais. Essa colocação vale tanto para interesses coletivos como difusos e individuais. Em relação a estes últimos é

preciso realçar: a) a relevância social que adquirem em virtude mesmo de seu tratamento coletivo; b) a defesa processual dos interesses individuais homogêneos é feita de forma indivisível no processo de conhecimento.

Nesse sentido, sustenta a perfeita interação entre a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que se completam e podem indistintamente ser utilizados em ações que discutam a defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, consoante expressamente dispõe o código em suas disposições finais, alterando e acrescentando artigos ao texto da Lei 7.347/85.

Com efeito, após cinco anos da Lei 7.347/85, ampliou-se a área da defesa coletiva do consumidor com a promulgação da Lei 8.078/90; a ação civil pública passou a ser admitida não só nos termos do artigo 1º da Lei 7.347, mas também em relação a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

Confira-se Hely Lapes Meirelles:

"A nova legislação também faz a distinção entre os vários interesses que podem justificar a defesa coletiva, abrangendo os interesses ou direitos difusos, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas determinadas e ligadas por circunstâncias de fato (as vítimas de ilegalidade no plano ecológico), os interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária (membros de um condomínio, pessoas que contrataram com o mesmo fornecedor, em virtude de instrumentos contendo cláusulas abusivas), e finalmente os interesses ou direitos individuais homogêneos, decorrentes de origem comum (vítimas de uma inundação provocada por culpa ou dolo) (art. 81 da Lei 8.078)".³ Há controvérsia entre os doutrinadores sobre a extensão da ação civil pública para a proteção de direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. De um lado, os que acoimam de inconstitucional o

art. 117 do Código de Defesa do Consumidor por ampliar a competência do Ministério Público no tocante à propositura da ação civil pública, uma vez que a Constituição, em seu art.

129-III, restringe-a para a defesa de direitos indisponíveis. De outro, os que defendem tal possibilidade diante da relevância social da tutela dos direitos individuais homogêneos, mesmo porque a própria Constituição possibilitaria essa ampliação quando permite a atribuição de outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade, nos termos do inciso IX do art. 129. Assim, uma vez inexistindo desvirtuamento dos objetivos institucionais do órgão, o legislador ordinário poderia ampliar o patamar mínimo fixado no texto constitucional.

O estudo dos meios processuais destinados a amparar direitos coletivos implica necessariamente análise da experiência de outros países e de seu comportamento em face de conflitos envolvendo múltiplos interesses ou interesses difusos.

Na França, a situação é peculiar. Realça MAZEN:

"La procédure civile est en Europe jargement imprégnée par un individualisme ancestral et se trouve, de ce fait, souvent inadaptée à une société de consommation marquée par l'ampleur des rapports de groupe et par la multiplication des contrats portant sur de faibles montants.

C'est ce qui a conduit le législateur québécois à instaurer en 1978 "le recours collectif" procédure qui permet à un individu, après qu'il en ait obtenu l'autorisation par le juge, de mettre en oeuvre de manière collective les droits d'individus se trouvant dans une situation identique;...".

4 Preocupa-se o Autor com a inadequação dos procedimentos existentes e com a desproporção entre as despesas de um processo comum e os interesses em discussão, além da demora na obtenção das soluções, o que paralisa os consumidores; na verdade, esse problema ultrapassa o domínio do consumo, em seu sentido estrito, para atingir o direito social, o direito do trabalho ou mesmo as liberdades

individuais. Com efeito, na França, impõe-se a solução distinta em favor de cada demandante; a jurisprudência se recusa a emanar decisões com efeitos gerais ou coletivos. "Malgré l'uniformisation actuelle des liens socio-économiques qui a pour doublé corollaire la multiplication du nombre des parties à un même rapport juridique et celle des rapports juridiques identiques, la jurisprudence française rejette de rendre des décisions à portée générale ou collective. La Cour de cassation considère que de telles sentences violent l'article 5 du Code civil en ce qu'elles sont générales et non individuelles."⁵ Assim, avulta a necessidade de encontrar-se um sistema eficaz que se adapte às novas realidades, sem os inconvenientes de transformar a proteção do consumidor em empecilho para o processo de produção. Ronaldo Cunha Campos,⁶ em seus estudos sobre o assunto, assevera com fundamento nas

observações de Philippe The:ry que há grande preocupação em preservar-se a figura do Ministério Público como agente do interesse da sociedade, quando se trata de interesse coletivo, de modo que a propositura de uma reivindicação patrocinada por um sindicato pode ser recusada, dada sua amplitude, pois nesse

caso somente o Ministério Público teria legitimação para agir em nome da sociedade.

Na verdade, na França, objetiva-se tão-somente possibilitar a algumas associações a representação de direitos coletivos, pertencentes a uma determinada classe ou grupo por ela representado. Inclui-se nesse rol as associações de pais de alunos, de jovens, da defesa da moralidade pública, da defesa do meio ambiente, da luta contra os crimes contra a humanidade, da defesa do consumidor, dentre outras.⁷ O mesmo enfoque observa-se na Holanda, segundo o autor; as pretensões de classe são veiculadas através

de ações coletivas, embora, já se constate o surgimento de proteção a consumidores e ao meio ambiente, bem como ao combate da discriminação racial, com a legitimação de associações de classe, ainda que de forma incipiente.

É o que também se verifica na Alemanha, no sentido de adotar a legitimação de associações como solução para a tutela de interesses coletivos, especialmente ligados ao meio ambiente e ao consumidor, embora os avanços verificados no tratamento da questão tenham conotação mais política do que jurídica. 8 Os estudos na Itália a respeito do tema são mais aprofundados e as principais correntes doutrinárias distinguem interesses difusos dos coletivos e estes dos gerais ou da sociedade como um todo, embora inexista critério rígido a amparar tal distinção.

Destaca-se a posição de Cappelletti ao sustentar que as principais violações da ordem jurídica seriam violações de interesse de massa tutelados pelo direito; diminui de importância a separação entre direito privado e público, uma vez que as exigências atuais da sociedade impelem para a proteção de interesses difusos, daí a necessidade de formação de associações para a defesa de tais direitos, como por exemplo o dos consumidores.

Em seu entender a melhor forma de atender à necessidade de tutela dos interesses difusos consistiria em esforço combinado de instituições governamentais; do cidadão, individualmente considerado, e de grupos de particulares, nesse último caso, equiparados aos titulares das "class actions". A seu ver o Ministério Público não preencheria os requisitos necessários para a defesa desses interesses que pretende ver tutelados, em função de seu apego às formas tradicionais do processo, preconizando, "a contrario sensu", inovações para a hipótese.

Mas não há uniformidade no tratamento da matéria; Vigoritti dá ênfase aos interesses coletivos, que representariam a coordenação da vontade e da atividade dos titulares dos interesses individuais; destarte, para a tutela de tais interesses a prestação jurisdicional só pode ser una, para evitar-se decisões conflitantes. Para a legitimação do titular do interesse para agir, aceita o autor tanto a de alguns

membros do grupo como a de associações. Realça: "Quello che importa non e infatti la natura individuale o collettiva dei legittimati, ma piuttosto é idoneità di questi ad assumere e proseguire nell'iniziativa processuale". 9 A peculiaridade no pensamento do autor é sua posição de afastar a possibilidade do Ministério Público representar os interesses coletivos.

Em suas palavras: "In astratto si potrebbe quindi parlare di interessi diffusi per qualunque tipo' di posizione di vantaggio, appunto, condivisa da una pluralità di soggetti. Nell'esperienza però si avverte che la locuzione e usata in riferimento a posizioni soggettive di vantaggio aventi un contenuto diverso dalle situazioni tradizionali di matrice condicistica. Di interessi diffusi, e di interessi collettivi, si parla infatti soprattutto a proposito di posizioni di vantaggio che esprimono un modo nuovo di impostare il rapporto individuo-bene, posizioni che recepiscono i valori più direttamente collegati al sistema costituzionale. Fra questi ancora si ricordano i diritti alla salute, alla casa, all'ambiente, all'informazione, i diritti dei consumatori, dei risparmiatori, ecc".1 O Já Eduardo Grasso não aceita a legitimação de grupos representativos, tais como associações para representar em juízo os interesses coletivos, pois estes diferem dos interesses do grupo, que sempre constituem uma situação subjetivamente protegida. Daí concluir-se que o autor rejeita a solução obtida pela "class action".II Em face destas considerações,

impõe-se uma análise da "class action" uma vez que esta serviu de parâmetro para as ações coletivas, em geral, e especialmente para a ação civil pública, sendo a fonte inspiradora inclusive do texto original da Lei 7.347/85, pois seus idealizadores buscaram inspiração no sistema norte-americano, como anota Rodolfo Mancuso.

Os requisitos para a propositura podem ser elencados, segundo a formulação legislativa das Federal Rules of Civil Procedure: 12 a) número expressivo de pessoas envolvidas de sorte a ser impraticável agrupá-las numa ação;

b) há um denominador comum, tanto em questões de fato como de direito;

c) a tipicidade dos interesses, próprios do grupo, a serem reclamados ou defendidos;

d) adequação da atuação dos representantes com os interesses a serem protegidos.

O que se observa, ainda, para viabilizar esse tipo de ação, é o risco de ações individuais provocarem decisões inconsistentes em relação à classe como um todo; ou causarem prejuízo a terceiros detentores dos mesmos interesses. Na verdade, a ação ou omissão da parte contrária enseja a proteção de ação cautelar ou declaratória de toda uma classe, de sorte a superar os interesses meramente individuais.

Na Austrália, no Canadá e em Israel foram observados expressivos progressos nas reformas tentadas para possibilitar a interposição de "class actions for damages", sendo Quebec, no Canadá, a pioneira a encetar as adaptações necessárias. No Estado de Victoria, na Austrália, desde 1986, se "three or more persons have the right to the same or substantially the same relief against the same person and some common question of law or fact arises, an action may be commenced", mas ao contrário do que ocorre

nos Estados Unidos, "the represented parties must consent in writing to be brought into the action".¹⁴ Em Israel foram anotadas algumas peculiaridades no uso da "class action", se comparada com a americana, mas a conclusão dos estudos aponta para uma mais ampla e significativa utilização no campo do processo civil. ¹⁵ E nos Estados Unidos o procedimento de qualquer "class action maintained under subdivision" é o seguinte: "the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the

circumstances, including individual notice to all

members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that

A) the court will exclude the member of the class if the member so request by a specified date;

B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel".

Assim, aqueles que desejarem poderão requerer sua exclusão da ação e o julgamento, favorável ou não, incluirá todos os que forem considerados membros da classe.¹⁶ Na verdade, a ação pode ser considerada "opt in" ou "opt out"; a "opt out class action" significa que todo aquele que expressamente não requerer sua exclusão será colhido pelo julgamento, favorável ou não.

Conclui-se, portanto, que a "class action" objetiva a proteção de interesses individuais que podem ser agrupados, em razão de seu número elevado, mas se identificados individualmente seriam inexpressivos, considerados em sua valoração econômica, e ligados a um denominador comum a todos pertencentes àquela classe ou grupo; e desde que haja adequação entre as providências tomadas pelos representantes do grupo em relação aos interesses da classe. O procedimento, todavia, não é automático, ou seja, não é possível a propositura da ação e sua imediata aceitação pelo juiz; primeiramente, estuda-se a questão de fato para identificá-la como uma das hipóteses que ensejam a adoção da "class action" e que esta se apresenta como a solução mais adequada para a defesa dos interesses de número expressivo de indivíduos.

Observa Ronaldo Cunha Campos que a adequada divulgação da existência da "class action" "apresenta função relevante vez que a decisão pro ferida, se aceita a demanda, toma-se coisa julgada, quanto ao objeto da ação, relativamente a todos os membros da classe, inclusive os ausentes".¹ Não há, destarte, perfeita identidade entre a ação civil pública, concebida pela Lei 7.347 e a "class action", pois uma se destina a proteger a soma de interesses individuais, que ganham relevância quando

considerados no conjunto e que só excepcionalmente têm cunho de generalidade; enquanto a outra busca ampàrar direitos coletivos, difusos, que não correspondem a tal definição, ou a tutelar direitos individuais homogêneos, oriundos de fato ou direito comum, sempre voltada à proteção do coletivo como escopo primordial, quando se tratar de relação de consumo, embora mantida a individualidade do direito. Na verdade, a "class action" serviu como ponto de partida dos estudos encetados e que culminaram com a legislação disciplinadora das ações voltadas para a proteção dos interesses denominados

transindividuais, que ganharam expressiva dimensão social, configurando até novam categoria política e jurídica.¹⁹ Todavia, não se destina a questionar atos ou procedimentos, tal como ocorre com a ação civil pública, contrários à moralidade pública e ao meio ambiente, por exemplo.

Assim, a admissibilidade da ação civil pública, nos termos da Lei 7.347, cinge-se à proteção de interesse difuso ou coletivo, o que implica afastar a admissibilidade no tocante a direitos individuais homogêneos, especialmente os disponíveis, na hipótese de inexistir interesse relevante a embasar a adoção da ação coletiva.²⁰ Guido Alpa observa que a "class action" é eficazmente utilizada em sistemas calcados em re gras do common law:

"Si la legislazione federale, con le sue regale restrittive, circoscrive ad un'area piuttosto esigua le ipotesi di ricorso a class actions per la tutela del pubblico dei consumatori (si che da tal uno si sono avanzate proposte per una integrale riforma delle federal rules relative a questo strumento processuale), e se le statutory class provisions introdotte dalla legislazione dei singoli stati dell' Unione può riflettere una politica del diritto informata ad una interpretazione restrittiva che finisce per render quasi marginale l'impiego di questi strumenti, è altrettanto vero che alle class actions si ricorre con maggiore facilità nei sistemi organizzati sui principi di equity e sulle rules di common law. (. ..) le class actions possono costituire un mezzo quanto mai utile per operare una forma di controllo indireto sulla attività d'impresa. Controllo che non si esaurisce nella proposizione di inibitorie, ma si estende anche alla proposizione di

vere e proprie azioni di risarcimento",²¹ Ada Pellegrini Grinover sustenta a ocorrência de verdadeira reorganização da sociedade civil, com a relevância da atuação de associações e grupos e a reestruturação de conceitos jurídicos

cos a fim de se amoldarem à nova realidade. No campo do processo, segundo a Autora, operou-se a revolução mais profunda, passando-se do modelo individualista da defesa de direitos individuais para a defesa do coletivo.²²

Legitimidade do Ministério Público para a Propositura da Ação Civil Pública

Diante da problemática atual, referente à utilização da ação civil pública e da legitimidade do Ministério Público em propô-la, devem ser estudados cuidadosamente os pressupostos que ensejam a propositura da ação e ser traçados seus exatos limites, de modo a não ser desnaturada a finalidade colimada pela lei, de proteção a direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos. Na verdade, com a inovação, a

tendência natural é exacerbar-se a proteção em face da ausência anterior de legislação, para o amparo do consumidor, por exemplo, incorrendo-se no risco de transformar-se todas as relações jurídicas em relação de consumo, quando o ordenamento jurídico claramente distingue e protege, diferentemente, as relações considerando sua natureza e suas particularidades.

Vale transcrever as observações de Rodolfo Mancuso, com base nas lições de Carnelutti, ao cuidar da legitimidade do Ministério Público e asseverar que o interesse processual no caso deriva da própria outorga da legitimação, uma vez que como tal foi identificado pelo legislador. E colacionando Edis Milaré: "Relativamente ao interesse processual, que deve estar presente para que o Ministério Público possa propor e ver julgada a ação ambiental, está o mesmo implícito, na legitimidade concedida pela lei para a

defesa perante o Judiciário dos interesses indisponíveis da sociedade. r...) para os demais legitimados isso não acontece, devendo, em cada caso, demonstrar-se o interesse específico de cada um deles na defesa de determinado bem sob ameaça de agressão ou que esteja sendo violado"o23 Donde se conclui, como premissa, que o Ministério Público está legitimado à defesa dos interesses indisponíveis da sociedade; dessa colocação deve partir o raciocínio para aferir-se a possibilidade ou não de propositura da ação civil pública, quando diante da defesa de direitos individuais, pois, quanto aos coletivos e difusos, não há divergência, uma vez que os sujeitos são indeterminados, ou apenas identificados em relação a uma determinada circunstância de fato.

A jurisprudência tem delimitado o campo de atuação do Ministério Público, em hipóteses de defesa de direitos individuais:

"A defesa dos interesses de meros grupos determinados de pessoas só se pode fazer pelo Ministério Público quando isto convenha mais diretamente à coletividade como um todo".

(TJSP -Ap.276468-1 – 7ª Cam Rel. Des. Guerrieri Rezende - j. 23.06.1997) "Não se cuidando de interesses difusos ou coletivos, mas de interesses individuais de um grupo de alunos de um determinado colégio, afasta-se a legitimidade do Ministério Público."

(STJ -Resp 65.836-5 MG – 1ª Turma Rel. Mino Garcia Vieira - j. 14.06.1995)

Tal legitimação decorre de expressa previsão contida no artigo 129, inciso m, da Constituição Federal: "Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

111 - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

O texto constitucional ao conferir a legitimação ao Ministério Público não impede a de terceiros, desde que observados os requisitos previstos na própria Constituição e na lei (§ IOdo citado artigo). Essa legitimação de associações de classes e de outras entidades associativas será tratada a seguir.

Como já salientado, há sérias discussões sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública na defesa de interesses individuais homogêneos, uma vez que a Constituição lhe reserva a proteção de direitos coletivos e difusos, enquanto que coube à lei ordinária ampliar tal atuação para abranger os referidos interesses individuais.

Nelson Nascimento Diz, em trabalho percuciente, elucida com clareza a distinção existente entre direitos coletivos e difusos, de um lado, e direitos individuais homogêneos, de outro; e o faz com supedâneo nas lições de Ada Pellegrini Grinover. Confira-se o trecho trazido à colação:

"Os interesses difusos e os coletivos têm, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isto significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente a fruição por parte de todos eles, assim como a negação do bem, com relação a um, importa na negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, uma para todo o grupo, podendo-se dizer que, se

houvesse entre seus membros um litisconsórcio, estaríamos perante a figura do litisconsórcio unitário.

Já nos interesses ou direitos individuais homogêneos, tratados coletivamente por sua origem comum, os membros do grupo são titulares de direitos subjetivos clássicos, divisíveis, por natureza, tanto assim que cada membro pode ingressar em juízo com sua demanda individual. E a solução não é necessariamente

uma para todas as pessoas que podem ter sua pretensão individual acolhida ou rechaçada por circunstâncias pessoais. Trata-se, aqui, de um feixe de interesses que pode ser tratado coletivamente, sem prejuízo da tutela clássica, individualizada para cada qual" o 24 Assim, a escorreita interpretação do dispositivo constitucional exclui a legitimação do Ministério Público na defesa de interesses individuais homogêneos; e nem mesmo a Lei 7.347, de 1985, quando recepcionada, não previa tal defesa, que só foi inserida no bojo da mencionada lei pelo Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078, de 1990 (artigo

117).

A jurisprudência para compatibilizar tais dispositivos tem reconhecido como legítima a atuação do Ministério Público, na defesa de direitos individuais homogêneos, quando deles se extrai uma conotação social e coletiva, de modo a inseri-la na acepção de direitos coletivos e difusos.

Ocorre, porém, que, se é justificável a opção de ampliar o campo de atuação do parquet em razão da relevância de suas funções institucionais, não se pode olvidar de fazê-lo sob a influência de interpretação restritiva a casos perfeitamente identificados, sob pena de comprometer o instituto com uso indevido e longínquo de seu fim precípuo.²⁵

Legitimidade de Entidades Associativas para a Propositura de Ação Civil Pública

A legitimação de entidades associativas na defesa de interesses coletivos e difusos, enfim direitos de massa, é a característica em diversos países, onde o papel de tais entidades e de órgãos governamentais a esse fim destinados vem sendo destacados como fundamentais; no entender de Cappelletti, como já mencionado, o Ministério Público não reuniria as condições necessárias para desempenhar essa função, em que pese sua importância na sociedade atual.

No Brasil, a legitimação processual das entidades associativas vem prevista nos artigos 5º, inciso XXI, na forma de representação, para tanto, sendo necessária a expressa autorização de seus miados; e no inciso LXX, na forma de substituição processual, e nesse caso a organização sindical, entidade de classe ou associação deve estar legalmente constituída há pelo menos um ano.

As associações de classe e demais entidades, legitimadas para o ajuizamento da ação civil pública, devem ter consciência de que as relações protegidas se referem exclusivamente ao meio ambiente, ao consumo e ao patrimônio público, histórico e cultural, nos termos da legislação. Dentre essas as que oferecem maior controvérsia em sua conceituação, ou melhor, que mais dificuldades apresentam em seu campo de abrangência, são as relativas à proteção do consumidor, na medida em que atingem a sociedade de forma mais direta.

Inquestionável é a tendência atual de inserir-se inúmeras relações como protegidas pelo Código de Defesa do Consumidor, a fim de obter-se maior proteção ao particular, em tese mais desprotegido em face das pessoas jurídicas envolvidas na relação. Essa postura, no entanto, leva a um extremismo condenável, na medida em que desnatura as relações jurídicas e sufoca a real proteção que deve ser dada a quem tem direito a ser amparado.

Se é verdade que mudou a sociedade e o enfoque de proteção ao direito, que se apresenta como protetor especialmente dos interesses de massa, representativos de toda a sociedade, não é menos verdade que se deve valorizar o indivíduo, como fonte e destino de atos jurídicos que expressam interesses legítimos, que, pela sua particularidade, também devem ser igual e intensamente protegidos.

Nesse sentido, valiosa a advertência de que possa surgir um clima de insegurança e litigiosidade pelo uso generalizado e indiscriminado de ações civis públicas, tal como ocorreu com outros institutos, a saber, habeas corpus, interditos possessórios e o próprio mandado de segurança. "O risco apresentado é proporcional à densidade e efetividade do remédio, como está ocorrendo em relação às armas atômicas e antibióticos já antes referidos. O uso desenfreado dos novos remédios pode ameaçar a manutenção da ordem pública e impedir o bom funcionamento da administração da justiça e da economia."²⁶

Em que pese a douta opinião em contrário de Ada Pellegrini Grinover, dentre outros processualistas, a ação civil pública não deve ser utilizada para questionar-se a constitucionalidade de tributos, a correção monetária em cadernetas de poupança e a

Ação Civil Pública e os Tributos cobrança de tarifas, sob pena de desnaturar-se o instituto.

A ação civil pública, fundada na declaração de inconstitucionalidade do tributo, esbarra na delimitação processual de competência, configurando nítida usurpação daquela prevista para o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição.²⁷

De outro lado, inegável a disponibilidade na relação jurídica tributária, embora decorrente de uma obrigação "ex lege", uma vez que são admissíveis a moratória, a isenção, a compensação, dentre outros institutos aplicáveis à matéria.

Ives Gandra da Silva Martins, ao cogitar da possibilidade de utilização da ação civil pública para a preservação do meio ambiente, do próprio direito à vida, a que se pode agregar o qualificativo saudável, distingue expressamente:

"À evidência, o mesmo não ocorre se determinada comunidade não concorda com o nível de imposição tributária ou sobre a constitucionalidade das leis fiscais, pois nesta hipótese o direito de que se trata não é coletivo ou difuso, mas disponível e divisível, sobre não ser homogêneo, na medida em que níveis diferentes de tributação (tributos progressivos, seletivos ou proporcionais) tomam sempre, em qualquer espaço

geográfico ou período histórico, a tributação heterogênea, mesmo que à luz apenas da proporcionalidade da imposição"

A jurisprudência majoritária vem entendendo, na verdade, que descabe a ação civil pública para a discussão em matéria de tributos, seja pela impossibilidade de declaração de inconstitucionalidade, seja pela inviabilidade em matéria de defesa do contribuinte, que não se confunde com o consumidor.

A Ação Civil Pública e a Poupança

O Código de Defesa do Consumidor abrange tão-somente as relações de consumo, para tanto definindo expressa e claramente as figuras do consumidor, do fornecedor, do produto e do serviço. A interação que se possa fazer entre os dois textos legais, a Lei 7.347/85 e a Lei 8.078/90, deve considerar se a relação jurídica que se colima proteger é uma relação de consumo.

Ora, indiscutivelmente, poupança não é consumo. São conceitos antônimos, poupa-se para não consumir, pelo menos naquele momento. Poupança e consumo são excludentes entre si.

A poupança se apresenta como a forma de investimento mais conservadora e que, em contrapartida, oferece a menor remuneração do mercado por ser menor o risco da aplicação; considerá-la uma relação de consumo configura uma contradição dos próprios conceitos considerados.

O banco não oferece serviço ao poupador, nem tampouco é fornecedor de produto, pois o produto, no caso, o dinheiro é do poupador e não do banco; este propicia mais uma forma de investimento, assim como possibilita a aplicação em fundos e ações, por exemplo, ao investidor mais agressivo.²⁹

Humberto Theodoro Júnior elucida:

"Vê-se logo que o consumo e poupança são fenômenos que não se confundem em economia e que, por isso mesmo, não podem ser assemelhados pelo aplicador de lei especial de proteção ao consumidor, sem violar a própria definição que esta atribui a consumidor e ao objeto da relação de consumo.

É certo que o § 2º do art. 3º da Lei 8.078 inclui entre os serviços alcançáveis pela defesa do consumidor os praticados dentro da atividade 'de natureza bancária'. É óbvio, porém, que isto se dará quando o serviço do estabelecimento de crédito for prestado ao consumidor final e se apresentar com as características de relação de consumo".³⁰

Na verdade, quanto à atividade bancária, que é múltipla, podem nitidamente ser apartadas as operações bancárias e os serviços bancários. A poupança se insere na definição de operação bancária, em que o banco capta o dinheiro do aplicador, no caso poupador, remunerando-o; nem um nem outro se enquadram na definição legal de consumidor, pois o poupador não recebe serviço ou produto como consumidor final, nem remunera o banco; ao contrário o seu depósito que é remunerado pelo banco, como investimento que é.

Destarte, são insustentáveis as assertivas de Nelson Nery Júnior que, ao analisar a natureza jurídica da atividade bancária, conclui pela caracterização do banco como empresa e de sua atividade como prestador de serviços e fornecedor de produto, ou seja, envolvendo relação de consumo.

Defende o processualista:

"O aspecto central da problemática da consideração das atividades como sendo relações jurídicas de consumo reside na finalidade dos contratos realizados com os bancos. Havendo a outorga do dinheiro ou do

crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há a relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC. Caso o devedor tome dinheiro ou crédito emprestado do banco para repassá-lo, não será destinatário final e portanto não há que se falar em relação de consumo, porém, que as regras normais de experiência apontam como pouco provável a tomada de empréstimo para repasse, caracterizando, portanto, uma relação de consumo pela destinação do dinheiro ao consumidor final. O ônus de provar o contrário recairia sobre o banco, vez que a presunção existe para favorecer o mutuário ou creditado. Ora, no caso da poupança, o banco não presta serviço, nem oferece o produto; o dinheiro é atualizado em sua expressão monetária por força de determinações do Banco Central, que fixa todos os índices atinentes ao sistema financeiro nacional; e o dinheiro é do poupador e não do banco, que tão somente remunera o investimento.

A controvérsia surgiu por força das atividades promovidas por associações de defesa do consumidor que propuseram ações objetivando a incidência de índices de correção monetária sobre os saldos das contas. Ora, os contratos de depósito, de natureza bancária, são anteriores ao Código de Defesa do Consumidor e em consequência, em face do princípio da irretroatividade da lei, agasalhado pelo texto constitucional, a nova legislação, mesmo sendo de ordem pública, não pode atingir fatos pretéritos, uma vez que sua eficácia só atinge os eventos supervenientes

Em julgamento realizado no Supremo Tribunal Federal, o Ministro Moreira Alves, ao sustentar o respeito ao ato jurídico perfeito ao direito adquirido e à coisa julgada, por força de princípio constitucional, ponderou com acerto que mesmo sendo de ordem pública as leis não podem atingir fatos pretéritos a pretexto de aplicação imediata, pois " ...se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente".³² Com efeito, a regra constitucional

garantidora da irretroatividade não distingue entre leis de ordem pública e leis comuns, assim, não se aplicam as disposições do Código de Defesa do Consumidor a contratos anteriores à sua vigência.³³ E

com muito maior razão, não se aplicam a contratos, decorrentes de operações bancárias, firmados entre o investidor e o banco.

As instituições financeiras oferecem opções de investimento, variando o risco e em alguns casos o mínimo do capital a ser aplicado. A remuneração do capital será mais ou menos expressiva, dependendo do grau

de risco assumido pelo investidor, consoante seu perfil mais arrojado, agressivo ou conservador.

o depósito em poupança é inquestionavelmente um investimento. o depositante não escolhe determinado banco por ser um "prestador de serviços", mas pela segurança que possa oferecer, ao receber os valores depositados. No caso da poupança, a valorização do capital é assegurada segundo critérios governamentais, uma vez que parcela dos depósitos é garantida pelo Governo. Em outros tipos de investimento, o risco é maior e, em contrapartida, a remuneração do capital também é mais significativa. Na análise da matéria o que se depreende é a confusão com os dois pólos existentes na relação que se perfaz com o contrato de poupança: de um lado, o depositante, investidor que pretende obter rendimento em relação a seus valores depositados com garantia e segurança; e de outro, o mutuário, aquele que vai auferir as vantagens de crédito mais facilitado, segundo normas especialmente criadas, para incentivar a habitação. São situações diferenciadas.

o investidor apenas opta por uma das formas, segundo seu perfil e objetivo de aumento de capital. o mutuário vai buscar o crédito para satisfação de suas necessidades.

o contrato firmado entre as partes, banco e investidor, na hipótese de conta de poupança recebe dupla remuneração referente à correção monetária e aos juros legais, por determinação do Banco Central,

responsável pelas normas que regem o setor. Nessa relação jurídica instaurada pelo contrato de depósito "... não se vislumbra relação de consumo, nem de bens, nem de serviços, e simplesmente

cumprimento pelo Banco".

Destaque-se, ainda, que a relação jurídica daí advinda deve ser regida pelas mesmas regras aplicáveis à outra relação que se poderá firmar em decorrência de empréstimo a particular. A mútuo também não configura relação de consumo; o dinheiro em si mesmo não é consumível, embora propicie a aquisição de bens de consumo. Equiparar tais relações ao consumo implica desnaturá-las e em desfigurar o instituto

ao qual se pretende inseri-las.

a que se vislumbra é a preocupação, na verdade, de situar com exatidão o alcance das regras firmadas pelo Código de Defesa do Consumidor, que inegavelmente se apresenta como uma conquista da sociedade na defesa dos interesses difusos e coletivos.

A respeito, o Superior Tribunal de Justiça vem fixando sua jurisprudência, por exemplo, no sentido de ser também incabível a invocação do referido código para relações advindas das locações prediais urbanas, especialmente na redução da multa contratual por atraso no aluguel. A ementa a seguir transcrita é elucidativa:

"CIVIL. LOCAÇÃO. FIANÇA. RENÚNCIA DO DIREITO DE EXONERAÇÃO. MULTA CONTRAUTAL. REDUÇÃO.

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. LEI 8.070/90. INAPLICABILIDADE.

1. Não podem exonerar-se da obrigação os fiadores que manifestaram expressa renúncia ao direito estipulado no CC. Art. 1.500. Mesmo que o contrato tenha se tornado por tempo indeterminado, se expressamente anuído pelos fiadores.

2. Não se aplica às locações prediais urbanas reguladas pela Lei 8.245/91, o Código do Consumidor.

3. Recurso Especial conhecido e provido. (Rel. Ministro Edson Vidigal - REsp n. 266.625- Goiás). Conclusões

O problema que se afigura mais relevante no tocante ao exame da ação civil pública consiste na delimitação de seu alcance para a proteção de direitos individuais, que devem ter a característica de serem homogêneos, ou seja, decorrentes de fato ou origem comum, sem perder, contudo, sua individualidade, razão determinante de sua diferenciação do direito coletivo. Com efeito, o direito

individual homogêneo não se reveste da natureza de subespécie de direito coletivo; trata-se de hipótese nitidamente distinta uma da outra.

Como caracterizar a relevância do direito individual a ser protegido é a questão que atormenta atualmente a doutrina e a jurisprudência, para o fim de estabelecer o critério distintivo correto, no sentido de identificar quais os direitos a serem amparados e quais os excluídos do campo de abrangência da ação civil pública.

O Min. Carlos Velloso, em voto proferido no RE 195.056-1-PR, ao cuidar de mensalidades escolares, ponderou que, embora fosse possível a identificação dos titulares dos direitos individuais, tratava-se de espécie de direito coletivo. Em síntese, pela relevância da matéria, examinou-se a questão por obediência a princípios consagrados na Constituição.

Evidentemente não se cogita de direitos indisponíveis, para os quais estaria naturalmente legitimado o Ministério Público à sua defesa, mas dos direitos e interesses que o particular pode dispor segundo sua livre manifestação de vontade.

Na verdade, justifica-se a proteção de direitos individuais homogêneos, como subespécie de direitos coletivos (embora não o sejam), para inseri-los sob o comando do disposto no art. 129, m, da Constituição Federal e possibilitar a propositura de ação civil pública pelo Ministério Público.

"Quer se afinne interesses coletivos ou particulannente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos

a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classes de pessoas. "34 Em que pese a louvável preocupação social em proteger determinado segmento da sociedade, a prevalecer o entendimento isolado supratranscrito sem qualquer acréscimo distintivo de outras situações, a ação civil pública poderia ser indiscriminadamente utilizada para a proteção de qualquer direito, pois sempre seria possível identificar e agregar um interesse a determinado grupo ou classe, que certamente mereceria a proteção preconizada no acórdão.

O Ministro Maurício Correa, no exame da questão supra-referida, fornece critério indicativo para a definição, ou melhor, o estabelecimento de parâmetros na interpretação da expressão "outros direitos difusos ou coletivos", que seria obtida através de lei regulamentadora. Assim, entende que a expressão é indefinida e dessa forma dependente de lei que venha definir seu alcance, observados os limites traçados pela Constituição.

Nessa linha de raciocínio, poder-se-ia aventar a possibilidade de lei definir ou traçar limites para a "relevância" dos direitos ou interesses individuais a serem amparados pela ação civil pública e, em consequência, legitimar o Ministério Público a defendê-los.

Ter-se-ia, como primeiro passo, critério seguro para caracterizar o que seria socialmente relevante a ponto de merecer essa proteção especial, sem incorrer no risco de decisões conflitantes, ora

incluindo, ora excluindo do campo de abrangência determinada matéria, pois o conceito de relevância é

indiscutivelmente indefinido, indeterminado, necessitando de precisão quanto ao seu conteúdo e significado.

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao analisar a imprecisão dos conceitos de relevância e de urgência, pondera:

"A circunstância de relevância e urgência serem - como o efetivamente o são - conceitos 'vagos', 'fluidos',

'imprecisos', não implica que lhes faleça densidade significativa. Se dela carecessem não seriam conceitos e as expressões com que são designados não passariam de ruídos ininteligíveis, sons ociosos, vazios de qualquer conteúdo, faltando-lhes o caráter de palavras, isto é, de signos que se remetem a um significado".

A proteção à vida, à liberdade, à privacidade, à educação, à saúde não enseja qualquer dúvida que deva ser amparada de forma ampla e abrangente; outros interesses, no entanto, não apresentam a mesma conotação social de modo a propiciar o amparo processual da ação coletiva; não se pode equiparar tais situações sob pena de desnaturar o instituto cuja finalidade precípua é amparar o coletivo e o difuso e, quando indisponível e homogêneo, o individual.

Mas nem mesmo em relação a tais direitos há uniformidade de tratamento, pois se as mensalidades escolares foram incluídas como matéria relevante, a ponto de ser decidida no bojo de ação civil pública, a questão atinente à matrícula simultânea em dois cursos superiores não foi considerada interesse coletivo, difuso ou individual indisponível a legitimar o Ministério Público. 35 Se o consumidor é amparado eficazmente pela ação civil pública, a ele não se equipara o contribuinte, nem o poupador, nem qualquer outro que não seja titular de uma relação de consumo, tal como previsto na legislação.

Cada caso deverá merecer do julgador, especialmente do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo

Tribunal Federal que uniformizam a jurisprudência, exame acurado para traçar as linhas mestras com a finalidade de definir, ao lado da lei, tal como aventado, os interesses individuais a serem tratados coletivamente. A preocupação maior deve ser a de interpretar restritivamente tal possibilidade, a ponto de não comprometer o próprio direito ou interesse individual.

Se o interesse está ligado a um dever estatal, ou a um valor expressamente consagrado no texto constitucional poderá implicar a possibilidade e conveniência de defesa do grupo, o que evidentemente incoorre se o interesse é meramente patrimonial; nesta hipótese descabe a ação civil pública e não se legitima o Ministério Público ou qualquer outra entidade para sua defesa em juízo, exceto o próprio interessado ou quem por ele autorizado, sob pena de ofensa ao art. 133 da Constituição Federal.

No Brasil e em diversos países, nota-se a preocupação da defesa do coletivo, do social, numa evolução gradual da sociedade e dos meios de que o particular se utiliza para ver reconhecido seus direitos; contudo, em contrapartida, imprescindível a cautela, em não desnaturar-se esses próprios meios, para não enfraquecê-los e torná-los inócuos para os fins a que se destinam.

O Âmbito de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

ACADÊMICO JUIZ EVERALDO DE MELO COLOMBI

O direito do consumidor é uma disciplina relativamente nova, que introduziu no sistema jurídico nacional uma série de princípios e normas até então desconhecidos.

Para começarmos a tratar do assunto, devemos buscar a origem do nosso Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 52, XXXII (localizado no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais), dispõe que "O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor".

Trata-se de cláusula pétrea que inaugura o sistema protecionista de que iremos cuidar.

Em segundo lugar, temos o artigo 170, V, da Magna Carta, que prevê como um dos princípios da ordem econômica a defesa do consumidor.

Por fim, o ato das disposições constitucionais transitórias cuidou de estabelecer o prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação do texto constitucional, para que o Congresso Nacional viesse a elaborar o Código de Defesa do Consumidor.

Não obstante tal disposição, a lei acabou por vir somente em 11 de setembro de 1990. Trata-se de um diploma legal inovador, não apenas em nível nacional, mas também internacional, porque o Brasil foi um dos primeiros países no mundo a elaborar um Código para a defesa deste tipo de interesse. Não que a legislação dos outros países não cuidasse do

O Âmbito de Aplicação do Código de Defesa do Consumidor tema., Fazia, no entanto, de maneira esparsa o que, como sabemos, acaba por dificultar tanto o estudo, quanto a aplicação das normas.

O legislador pátrio revelou grande preocupação em estabelecer um modelo de intervenção estatal nas relações de consumo - o que é uma tendência das sociedades capitalistas. Se, em princípio os negócios como a troca ou a compra e venda eram travados pessoalmente entre fornecedor e consumidor, hoje isto praticamente não existe.

Quanto mais o homem evolui, mais complexas ficam as suas relações, aumentando a distância entre pessoa que produz um bem ou serviço e a outra que dele vai usufruir.

O Estado deve, então, intervir para garantir que se restabeleça o equilíbrio, ditando normas capazes de garantir o mínimo de proteção necessária. Caso contrário, comprar poderia revelar-se um jogo: quem

tivesse sorte, ficaria com produtos bons; quem não a tivesse, mesmo pagando idêntico preço, em iguais condi

ções, ficaria com o prejuízo, o que não é admissível.

Criado um micro-sistema consumerista, de fundamento constitucional, qualquer diploma normativo que venha para trazer mais vantagens, deve ser a ele incorporado. Caso contrário, se pretender retirar proteção já existente, haverá de ser considerado não apenas ilegal, mas também inconstitucional, pois estará afrontando diretamente os já mencionados princípios.

Um dos grandes méritos da Lei 8.078/90 foi trazer conceitos que acabam por delinear muito bem seu âmbito de aplicação.

Para o termo consumidor devemos considerar, como apontado pela doutrina pátria (e, em especial Maria Antonieta Zanardo Donato)¹, a existência de quatro definições, que correspondem a figuras diversas:

1º) Consumidor padrão: sua conceituação é trazida pelo artigo 2º, caput, da lei em estudo: —é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (grifei);

2º) Consumidor coletivo: o Parágrafo único do mesmo artigo 2º amplia a definição, considerando

consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que tenha participado das relações de consumo, ainda que sem sofrer qualquer dano. Permite, assim, que conjuntos de pessoas, sem personalidade jurídica, recebam a proteção legal, evitando a necessidade de ajuizamento de várias ações

individuais com o mesmo objeto. Como exemplo, podemos mencionar a hipótese de um remédio ser fabricado com uma fórmula diferente daquela indicada na sua bula — ainda que a princípio não se possa

identificar todos aqueles que tiveram acesso ao produto, o fato é que o problema existe, deve ser solucionado e de preferência antes que ocorra algum dano efetivo. Em razão da extensão do conceito primitivo, é possível que alguém, em nome desta coletividade, recorra ao Judiciário para defender seus interesses. Evita-se a propositura de uma série de demandas, todas objetivando um mesmo resultado (no

caso do exemplo, a retirada do produto do mercado ou a indenização se já materializado o defeito);

3º) —Consumidor vítima: o artigo 17 diz que, para os efeitos do disposto naquela seção (que trata de acidentes de consumo), equiparam-se a consumidores todas as vítimas do evento. Assim, as pessoas que não participaram da relação de consumo, mas sofreram danos em decorrência de algum defeito apresentado por produto ou serviço, foram trazidas para o âmbito de proteção do Código. Como exemplo, podemos citar o célebre caso do acidente da TAIVI, em que várias vítimas foram atingidas nas ruas ou em suas residências por um avião daquela empresa. Embora não tenham com ela contratado, puderam

ajuizar suas demandas invocando os preceitos da lei consumerista; /

4º) —Pessoas simplesmente expostas a práticas abusivas ou irregulares: Por fim, o artigo 29 abrange, as pessoas expostas às práticas comerciais abusivas e irregulares, conferindo-lhes uma modalidade de proteção diversa: mais restrita, porém eficiente. Não há necessidade de participação efetiva na relação de consumo: como dito, basta a potencialidade de se tornarem consumidores. Figuremos a seguinte

hipótese: um colecionador de discos, que mora no interior, atraído pelo anúncio de uma loja especializada no ramo, sai de sua cidade natal e vem para a capital a fim de adquirir alguns exemplares. Aqui chegando, verifica que nenhum daqueles bens ofertados tem as condições de venda apresentadas. Ainda que nada

tenha adquirido (sem, portanto, contratar), pode pedir o ressarcimento pelas despesas tidas (com transporte, por exemplo) e até mesmo por dano moral, decorrente da quebra da expectativa legítima que nutriu em razão da publicidade veiculada.

Por outro lado, a definição de fornecedor é única, traçada de maneira minuciosa pelo artigo 3º, da Lei

8.078/90: dentro de um princípio econômico, é todo aquele que participa, de maneira direta ou indireta do ciclo produtivo, que vai desde a concepção do produto (aqui seguimos o modelo alemão, que inicia a proteção legal a partir da concepção), passa pela fabricação, divulgação e informação e chega até o momento da alienação.

Abrange pessoas físicas e jurídicas, de direito público e privado, nacionais e estrangeiras e até mesmo os entes despersonalizados (visa-se aqui proteger o consumidor em relação às massas falidas, possibilitando a habilitação de crédito).

Merece destaque a figura do vendedor, o último ponto no desencadeamento da produção que, embora seja fornecedor, recebe um tratamento especial: como ele não detém a tecnologia do processo produtivo, só responde por exceção — quando não se puder identificar o fabricante, construtor, produtor ou importador ou quando ele participar da causalidade do dano.

Feitas tais considerações, temos praticamente por estabelecidas as hipóteses em que as normas consumeristas podem ser aplicadas: basta verificar se, na relação em análise, temos presentes as duas figuras - consumidor e fornecedor.

Resta a analisar uma intrigante questão, diariamente trazida à apreciação do Poder Judiciário. Trata-se da possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados entre empresários.

A princípio, a solução pode parecer muito simples: é consumidor o empresário que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

No entanto, como saber quando ele é considerado destinatário final? Qual critério devemos adotar: o físico (segundo o qual final é aquele que tira o bem definitivamente do mercado) ou o econômico (para quem todos os pro

duto ou serviços empregados na empresa são insumos porque, de uma maneira ou de outra, seus custos se incorporam no preço final de seu trabalho)?

O doutor Fábio Ulhoa Coelho² sugere uma solução intermediária, que parte da distinção dos bens adquiridos pelos empresários para emprego em sua empresa, de acordo com a dispensabilidade ou não para o seu processo produtivo.

A análise deve ser feita em cada caso concreto. Assim, se na hipótese em estudo as atividades do empresário puderem desenvolver-se adequadamente (levando-se em consideração o fim a que se propõe)

sem o produto ou serviço que pretende adquirir, a relação deverá ser considerada de consumo. Por outro lado, se o bem for imprescindível para a continuidade de suas atividades, ao comprar -10 o empresário não será considerado consumidor, mas sim insumidor.

Como exemplo, podemos citar o de uma indústria automobilística que procura, o mercado para adquirir

dois tipos de produtos: copos de cristal - para utilizar em reuniões de diretoria, e bancos (que não produz) - para completar os seus veículos. No primeiro caso, temos nítida relação de consumo pois, se

não lograr adquiri-las, não sofrerá nenhuma alteração em sua produção mensal. Já o segundo, deverá ser tratado à luz da legislação comercial, pois o bem comprado é para ela verdadeiro insumo: sem ele, se

conseguir comercializar seus automóveis, ainda assim verá sua receita diminuir consideravelmente. Solução análoga é adotada por outra parte da doutrina (dentre outros Carlos Alberto Bittar e Toshio Mukai) e da jurisprudência (por todos, RESP 263.229/São Paulo, Min José Delgado, DJU 09.04.01), para quem o empresário é consumidor sempre o bem ou serviço por ele adquirido não tiver por finalidade implementar o seu processo produtivo, saindo definitivamente da cadeia de produção. Se não sair, ou seja, se for utilizado por ele para continuar sua atividade econômica, teremos uma relação comercial.

Anote-se, por derradeiro, a existência de posição substancialmente diversa, defendida por Geraldo Vidigal, para quem a empresa nunca é considerada consumidora pois, de uma maneira ou de outra, acaba por repassar todas as suas despesas para o preço de seu produto (ou serviço).

Respeitado tão douto entendimento, dele ousamos divergir por considerar que, em um país como o nosso, em que a micro e a pequena empresa representam importante parcela do mercado consumidor, sem deter grande poderio econômico, tal solução acabaria por revelar-se injusta. Mastar a Lei 8.078/90 de

suas relações equivale a colocá-las em posição de igualdade com grandes conglomerados econômicos, o que não encontra qualquer justificativa (quer jurídica, quer social, consoante apontado também pelo

Desembargador Dorival Guimarães Pereira, do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao analisar a apelação no 301.336-5).

Preferimos, então, adotar um dos dois primeiros critérios apresentados, a fim de possibilitar a aplicação

do Código de Defesa do Consumidor a determinadas relações travadas apenas entre pessoas jurídicas, de acordo com as regras já mencionadas.

1 Maria Antonieta Zanardo Donato. Proteção a Consumidor - conceito e extensão, RT

2 Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito comercial, Volume 3, Editora Saraiva.,p.168.

Provimento 51/98

XXVI – Ações de responsabilidade civil contratual, relacionadas com matéria da própria Seção.

ACÓRDÃO EMENTA

ARRENDAMENTO MERCANTIL – Resilição – Inclusão do pagamento das prestações contratuais vencidas após a entrega do bem até o momento da venda – Impossibilidade, ainda que a título indenizatório, face a outras parcelas tanto destinadas – Disposição considerada leonina e cláusula que introduz vantagem exagerada ou obrigação iníqua – Embargos infringentes acolhidos para a prevalência do voto vencido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS INFRINGENTES Nº 23.102.4/2-02, da Comarca de SÃO PAULO, em que são embargantes UNIÃO COMERCIAL DISTRIBUIDORA LTDA. e OUTROS, figurando como embargada AUTOLATINA LEASING S.A. ARRENDAMENTO MERCANTIL:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em, por maioria de votos, acolher os embargos infringentes, de conformidade com o relatório e o voto do Relator, que passam a fazer parte integrante da presente deliberação.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCUS ANDRADE (Revisor) e IVAN SARTORI, com votos vencedores e BORIS KAUFFMANN e MARCO CÉSAR, com votos vencidos.

São Paulo, 6 de agosto de 1998.

SILVEIRA NETTO

Presidente e Relator

RELATÓRIO

É caso de embargos infringentes, petição de fls. 163/172, com documentos, apresentados tempestivamente, certidão de fls. 161, apontados contra o v. acórdão de fls. 141/143, da Relatoria do eminente Desembargador BORIS KAUFFMANN, no que acompanhado pelo douto Desembargador MARCO CÉSAR, proferido em autos de ação ordinária de cobrança de importâncias relativas a contrato (e sua resilição) de arrendamento mercantil, confirmando os termos de r. sentença, por entende decorrência do pactuado livremente entre contratantes; contando com resistência, em parte, no voto do ilustre Desembargador IVAN SARTORI, declaração às fls. 144/146, conferindo o não pagamento das prestações contratuais vencidas após a entrega do bem, por significar locupletamento sem causa e prática abusiva (artigos 39, V, e 51, IV, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor).

Ordenado processamento, fls. 231, colhendo-se resposta, fls. 236/242.

VOTO

Celebraram os embargantes, como principal devedor e avalistas, e a embargada contrato de arrendamento mercantil, referente a caminhão, e após sua rescisão; pretendendo a petição inicial da ação de cobrança intentada pela credora que:

—5. De acordo com as cláusulas contratuais e termo e rescisão, o(s) réu(s) está(ão) obrigado(s) ao pagamento do saldo devedor em aberto, que corresponde ao valor das contraprestações vencidas acrescido dos encargos contratuais e legais, indenização que corresponde ao valor das contraprestações vincendas, mais o valor residual garantido, além das diferenças das prestações pagas em valores inferiores ao devedor.

A r. sentença de fls. 78/82 acolheu a pretensão da ora embargada, dispondo condenação dos embargantes no pagamento das contraprestações vencidas e vincendas, diferenças, valor residual

garantido, multas, juros, atualização, tudo em importância conhecida e já deduzido o resultado financeiro colhido com a venda do bem.

De seu turno o v. acórdão embargado mantém inalterada a decisão supra-referida; ao passo que o r. voto vencido prega o afastamento do resgate das prestações vencidas após a entrega do bem (entenda-se prestações vincendas), por significar locupletamento sem causa, incabível aceitar a medida como

indenização prefixada, face à existência de previsão específica, por meio de outras parcelas, para ressarcimento, tudo traduzindo prática abusiva, a qual vedada nas disposições dos artigos 39, V, e 51, IV, do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Forte a petição inicial de interposição dos embargos infringentes no argumento da existência de cláusula leonina, trazendo, em seu conforto, precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RE 16.824-0/SP, ocorrido em data de 23.3.93, 4ª turma, v.u., Relator Ministro ATHOS CARNEIRO. Após largo estudo sobre a natureza do contrato de arrendamento, destacada a utilização que o contratante faz do bem, não como seu proprietário, mas como simples usuário, expondo na ementa expressivo pensamento:

—No caso de resolução, a exigência do pagamento das prestações posteriores à retomada do bem, sem a corresponde possibilidade de o comprador adquiri-lo, apresenta-se como cláusula leonina e injurídica.

É o que acontece no caso presente.

Dispõe o r. voto vencido a prática de abuso, apontando disposições do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.

No que se refere ao artigo 39, V, que contempla vantagem excessiva, sinônimo de vantagem exagerada, exemplificada no artigo 51, § 1º, sempre do Código antes mencionado, há presunção relativa e que opera em favor do consumidor; verificada ofensa aos princípios do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, presume-se vantagem exagerada operante em favor do fornecedor, estando entre elas as que ameaçam ou afetam o equilíbrio contratual – cláusula leonina, por exemplo – ou as que possam resultar em onerosidade excessiva ao devedor, tendo como consequência propiciar enriquecimento sem causa – recebimento das prestações quando já não mais possível a compra e o uso da coisa arrendada. Tais conceitos encontram-se melhor explicadas em argumentos mais desenvolvidos na obra Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, autores diversos, Ed. Forense Universitária, 5ª ed., págs. 301 e 430/431. Naquilo que respeita ao artigo 51, IV, obrigações iníquas e vantagem exagerada ou incompatível com a boa-fé e a equidade, a situação se verifica com a introdução de cláusula leonina.

Em tais termos, dentro do respeito que devoto à doughta Maioria, alinho-me com o pensamento expresso no r. voto vencido, garantindo a exclusão das verbas ali mencionadas na condenação endereçada aos ora embargantes.

Pelo exposto, acolho os embargos infringentes para os fins acima especificados.

É o meu voto.

SILVEIRA NETTO

Nesse sentido:

- AÇÃO CAUTELAR. Pretensão à vedação de divulgação de lançamento feito pelo SERASA. Presença das condições da ação principal e dos requisitos para a concessão da cautelar. Embargos infringentes acolhidos para determinar o prosseguimento da ação cautelar e deferir a liminar reclamada, nos termos do voto vencido.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 44.425.4/8-01, Comarca de São Paulo, j. em 18.03.1999, relator

Desembargador BORIS KAUFFMANN.

- CONDIÇÃO DA AÇÃO – Ilegitimidade de parte passiva, reconhecida de plano – Ação (obrigação de não fazer) movida por empresa em face de prestadora de serviços a instituições financeiras, na área de proteção ao crédito - Ré, sociedade anônima, que ostenta autonomia e independência na órbita de sua atividade, respondendo civilmente pelos atos que pratica – Permanência subjetiva para ser demandada – Embargos infringentes recebidos, a fim de, afastada a extinção, tenha o processo regular seqüência. EMBARGOS INFRINGENTES Nº 004.607-4/6-01, Comarca de São Paulo, j. em 25.06.1998, relator Desembargador MARCUS ANDRADE.

ACÓRDÃO

EMBARGOS INFRINGENTES – Dano moral pleiteado em consequência de graves percalços havidos durante viagem aérea, de responsabilidade da empresa de turismo ré – Fixação do prejuízo, pela Turma Julgadora da apelação, de forma discrepante, havendo a maioria ratificado a sentença e o estabelecido em quantia equivalente ao pacote turístico para uma pessoa, ao passo que o relator vencido estipulava o ressarcimento em R\$ 10.000,00 – Recurso recebido, para a prevalência da derradeira orientação – Estimativa afeta ao poder do juiz – Prudente arbítrio a ser exercitado, considerados os dados exteriores e a repercussão na pessoa atingida, ponderadas suas condições sociais, educacionais, bem como a atividade profissional exercida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS INFRINGENTES Nº 281.514-1/2-01, da Comarca de SANTO ANDRÉ, em que é embargante EDUARDO ALMEIDA PRADO ROCHA SIQUEIRA e sendo embargada AGÊNCIA DE VIAGENS CVC TUR LTDA.

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por maioria, receber os embargos.

A r. sentença, de relatório adotado, julgou o pedido, parcialmente, procedente, para condenar a ré, empresa de turismo, a pagar ao autor, a título de danos materiais e morais, a quantia por ele despendida na aquisição do pacote turístico para duas pessoas, devidamente atualizada; a multa pelo atraso do voo,

na quantia equivalente a 300 BTN, correspondente a duas passagens; a quantia equivalente ao mesmo pacote turístico, para uma pessoa (dano moral); as custas processuais e honorários advocatícios de 15%

do valor total da indenização, tudo devidamente corrigido e acrescido de juros de mora, a contar da citação.

Ambos os litigantes recorreram e esta E. 5ª Câmara de Direito Privado, por maioria, formada pelo relator designado, Desembargador Ivan Sartori, e pelo 3º Juiz, Desembargador Jorge Tannus, negou provimento

aos apelos. Ficou vencido o Desembargador Marco César, que elevou o ressarcimento pelo dano moral para R\$ 10.000,00, com incidência da correção monetária desde o evento danoso. Por esse posicionamento minoritário, ainda, as partes passaram a responder pelas custas em proporção, pagando a ré a honorária advocatícia do autor, por mais expressiva sua derrota, de 15%, a ser calculado sobre a

diferença das sucumbências.

Com suporte nesse douto entendimento, o autor opôs embargos infringentes, regularmente processados, com contra-razões.

É o relatório.

A divergência está centrada na valoração do dano moral.

Permissa venia dos doutos entendimentos vencedores na apelação, deve prosperar a orientação impressa no voto minoritário. Na reparação desse tipo de dano, cumpre que a atuação do magistrado se pautar por seu prudente arbítrio, ponderando, em cada caso, as circunstâncias exteriores dos fatos que propiciaram o resultado negativo e a repercussão interna na pessoa envolvida, considerado seu papel social, seu grau de educação e sua atividade profissional. Tudo isso de molde a permitir avaliação adequada de quanto o acontecimento a teria atingido em sua sensibilidade, acarretando-lhe lesão não patrimonial. Consoante

Maria Helena Diniz, o arbítrio judicial está mesmo autorizado por lei, artigos 1.549 e 1.553 do Código Civil

(Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, 7º vol., pág. 72, Saraiva).

Na hipótese em tela, conforme já pacificado, o autor sofreu intensa aflição, além de desconforto e constrangimento, em viagem aérea de responsabilidade da ré, empresa de turismo. Houve, inequivocamente, uma perda a nível emocional, por motivo de situações de desequilíbrio e instabilidade a que submetido. Considerando-se que se tratava de viagem de passeio, em que garantida a neutralização de todos os percalços, com o objetivo direcionado, exclusivamente, ao lazer, a quebra de tal expectativa, gerando aborrecimento e intranquilidade, com reflexo em toda a excursão, justifica o reconhecimento do dano moral e a imposição de seu ressarcimento. A quantia de R\$ 10.000,00 proposta pelo relator vencido, com atualização monetária a partir do evento, afigura-se a mais correta para recompor o dano, em paralelo com as circunstâncias já mencionadas. Nem há que suscitar o enriquecimento indevido, porque a recomposição do prejuízo moral não comporta um elemento material de perda, na espécie, a quantia equivalente ao pacote turístico para uma pessoa. A lesividade causada ao autor não pode ser medida por esse dado pecuniário, mas por suas condições específicas, íntimas e subjetivas.

Pelo exposto, os embargos são recebidos nos exatos termos do pronunciamento vencido, elevado o dano moral a R\$ 10.000,00, corrigido monetariamente desde o evento danoso, respondendo as partes pelas custas em proporção e pagando a ré, embargada, a verba advocatícia do autor, embargante, da ordem de

15% sobre a diferença das sucumbências (fl. 141).

O julgamento teve a participação dos Desembargadores SILVEIRA NETTO, Presidente, BORIS KAUFFMANN, MARCO CÉSAR, vencedores e IVAN SARTORI, vencido.

São Paulo, 12 de março de 1998.

MARCUS ANDRADE

Relator

Julgado em 29/06/00

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 092.670.4/1-01 – SÃO PAULO FORO CENTRAL – 27ª VARA CÍVEL – PROC. nº 105/1998

EMBARGANTE: SÓ PRA CONTRARIAR PRODUÇÕES ARTÍSTICAS LTDA. EMBARGADO: GRESCI GRÊMIO RECREATIVO DOS FUNCIONÁRIOS DA PROTECTOR (SCI)

DANOS MORAIS – Equiparação do embargado, em programa humorístico, a pessoa, conforme amplo

conhecimento público, envolvida em ilícitos penais – Fato potencialmente danoso à honra – Recurso de apelação provido para julgar ação ressarcitória procedente – Voto vencido, que destaca o emprego de animus jocandi e a ausência de dano – Embargos infringentes que são acolhidos, acatados os fundamentos do r. voto isolado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS INFRINGENTES Nº 72.730.4/0-01, da Comarca de SÃO PAULO, em que é embargante Omissis, figurando como embargado Omissis:

ACORDAM, em Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em, por unanimidade de votos, conhecer e, por maioria, acolher os embargos infringentes, de conformidade com o relatório e o voto do Relator, que passam a fazer parte integrante da presente deliberação.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores MARCUS ANDRADE (Revisor) e MARCO CÉSAR, com votos vencedores e BORIS KAUFFMANN e RODRIGUES DE CARVALHO, com votos vencidos, em parte.

São Paulo, 21 de outubro de 1999.

SILVEIRA NETTO RELATÓRIO

Trata-se de embargos infringentes, fls. 219/227, apontados contra o v. acórdão de fls. 210/213, o qual, examinando recurso de apelação em autos de ação ressarcitória pela prática de danos morais, houve por bem modificar os termos de r. sentença, fls. 172/175, dando pela procedência do pedido inicial e fixando valor para a indenização; composta a ilustre Maioria Julgadora pelos eminentes Desembargadores BORIS KAUFFMANN (Relator) e RODRIGUES DE CARVALHO. Na oportunidade votou vencido o douto Desembargador Marco César, fls. 214/216, sustentando a hipótese de animus jocandi e por isso concluindo pela ausência de dano moral, mantendo íntegro o decreto de improcedência.

Os presentes embargos foram apresentados tempestivamente, certidão de fls. 217, e pretende-se alteração do resultado do julgamento para predominar a tese definida no r. voto vencido.

Ordenado seu processamento, fls. 228; apresentada impugnação, fls. 233/241, a qual ostenta preliminar de não conhecimento do recurso, alegando que a fundamentação trazida pela embargante não se ajusta aos termos do r. voto vencido; e, no tema de fundo, pretende permaneça inalterado o v. acórdão embargado.

VOTO

O v. acórdão embargado situa que a ação ressarcitória de danos morais se mostrava procedente, tendo em vista que a alusão à associação entre o embargado e determinada pessoa sistematicamente acusada da prática de delitos (fato notório e notícia constante dos jornais durante certa época) acaba por atingir- lhe a honra e por isso difamando-o, porque não é do conhecimento nos autos de qualquer manifestação do Poder Judiciário conferindo ao embargado a prática de ilícito penal. Acrescendo que não se pode a pretexto de fazer graça tocar alguém.

O r. voto vencido procura traçar considerações a respeito da condição de homem público, sujeitos a críticas na imprensa e que não lhe causam dano, porque, muito falados, as pessoas tendem a esquecer o que foi dito, vendo-os pelo que se está dizendo e não pelo que antes disseram. E, mais, que as palavras ofensivas foram lançadas no meio de torvelinho de divulgações a respeito da conduta do embargado na frente de

banco do qual era dirigente e que não há qualquer demonstração de que tenham servido para diminuir o conceito que as pessoas estavam tendo dele, caracterizado o animus jocandi, inexistente o dano moral.

Apresentados os embargos infringentes em que larga argumentação é trazida, pretende o embargado que no desenvolvimento da mesma não foram observados os termos do r. voto vencido, discorrendo-se a respeito de temas outros, o que é inadequado juridicamente, levando ao não conhecimento do recurso.

A posição, embora defendida com inteligência, não tem repercussão, exatamente porque a divergência é qualitativa e não quantitativa. De um lado entendeu-se que não se pode fazer graça sem o devido respeito à dignidade das pessoas; e, de outro, firmou-se que no caso havia animus jocandi, ou seja, marcada ausência de dano moral.

Alinhar argumentos sem modificar os fatos e a pretensão exposta na ação, não significa desbordar dos

limites da divergência, desde que a intenção marcada com a propositura do recurso se mostre convergente com o resultado do voto vencido.

Ademais, ainda que houvesse, o que se admite para argumento, avanço nos limites da divergência, inegável que a hipótese é de conhecimento em parte e no adequado para a espécie. Conheço dos embargos infringentes.

No tema de fundo tenho que, prestada minha admiração e respeito à ilustrada Maioria, melhor ajustado o pensamento do eminente Desembargador que votou vencido, pelo que concluo acolhendo os embargos infringentes.

Não resta dúvida que se tratava de programa humorístico aquele em que foram proferidas as palavras que deram margem à situação com eventual potencial ofensivo. O programa humorístico não tem seriedade própria de outros e às pessoas que o assistem levam antecipadamente o desejo de rir por uma situação momentânea.

O animus jocandi afasta o dano moral, mesmo quando se possa vislumbrar nele grosseria. O importante é que não se possa mesmo verificar tenha ocorrido intenção de ferir o decoro e a dignidade. Desde que o gracejo intencionalmente exponha a pessoa ao ridículo ou desprestígio, e que atue como coisa séria e permanente não pode ser encarado como fala de animus jocandi.

Inegável que à época dos fatos discutidos o embargado freqüentava a imprensa, com notícias nada abonadoras de seu comportamento na direção do banco do qual era largo interessado. Tal circunstância não o colocava em equiparação a outra pessoa, também constante nas letras da imprensa, mas por motivo de prática continuada de delitos. A comparação se mostra grosseira, mas não carregada de teor ofensivo.

Não se põe que o homem público, como aquele de vida privada, tem direito a ver resguardada a sua honra, bem como imagem e figura. Mas, convenha-se, o homem público é sujeito a críticas e os fatos que sua conduta geram acabam se tornando do conhecimento popular, amplamente comentados e ganhando sempre a atenção de todos, principalmente dos humoristas.

No caso presente a comparação levada a efeito em simples e rápido diálogo em programa de televisão é inferior, aceitável, contudo, como forma de humor, desvestida de teor ofensivo. Foi simples comentário que acabou por se juntar a tantas outras notícias e visões de diferentes órgãos de imprensa, sem potencial desmoralizador em si e por si.

Acrescente-se à presente deliberação aos fundamentos do r. voto vencido.

Pelo exposto, prestada a homenagem devida aos eminentes Desembargadores que formam a douta Maioria, conheço e acolho os embargos infringentes e para o fim de desacolher o recurso de apelação, tendo por improcedente a ação promovida pelo embargado face à embargante.

É o meu voto.

SILVEIRA NETTO

A Indenização por Dano Moral e Imposto de Renda

DESEMBARGADOR EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO

I- Introdução

A questão de retenção de imposto de renda, em razão do pagamento de indenizações por danos morais começa ser recorrente nos pretórios brasileiros, ensejando decisões díspares acerca de sua facultatividade ou obrigatoriedade.

Cuida-se de saber se as importâncias relativas a indenizações por danos morais, determinadas por condenação judicial, estão ou não sujeitas à incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se a elas é aplicável o regime de tributação na fonte, hipótese na qual caberá à pessoa condenada efetuar a retenção do tributo e entregar ao beneficiário da indenização o valor líquido.

O ponto nodal da questão tratada é a perquirição se a indenização devida por força de sentença judicial sofre ou não a incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se tal incidência tributária ocorre mediante retenção na fonte a cargo da pessoa obrigada ao pagamento da indenização.

Inicialmente cabe destacar que "indenização" não é rendimento, não é renda, não é acréscimo patrimonial, não é provento de qualquer natureza. É simples compensação do patrimônio do lesado, seja esse patrimônio material ou moral.

Como sugere o próprio étimo da palavra, "indenizar" é "tornar indene", é "repor o patrimônio lesado no seu status quo ante do ato ilícito que causou o prejuízo". Trata-se, pois, de mera compensação do patrimônio (material ou moral) desfalcado, nunca de acréscimo real a esse patrimônio.

Ensina De Plácido e Silva que a indenização "traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-los dos proventos a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho" (Vocabulário Jurídico, v. I, p.

452/3, 1987, Forense). E, ao tratar especificamente da indenização por dano moral, pontifica o Mestre que ela se funda "no pre

juízo material ressarcível, isto é, quando o interesse moral seja de tal ordem que se mostre conversível numa prestação pecuniária, por haver provocado um efetivo desfalque patrimonial".

Acerca do tema, diversas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já prolataram decisões em três direções: pela obrigatoriedade, pela sua não-incidência e, finalmente, pela remessa da

solução da questão para o âmbito da Justiça Federal, tendo em vista a circunstância de ser o imposto de renda um tributo federal - CF, art. 153, III, e CTN, art. 43 - a reclamar o pronunciamento da instância própria para o exame da matéria.

As primeiras decisões sobre a inusitada questão foram simples e sumárias, sob o argumento de que à Justiça Estadual não caberia o papel de fiscalização do pagamento do imposto de renda. 1

Secundariamente foram apreciadas, por via de agravo, as pretensões dos sujeitos devedores do pagamento de dano moral, especialmente de entidades de crédito de procederem ao desconto do imposto na fonte, remetendo-se a indagação sobre o seu cabimento para a Justiça Federal, com a conseqüente posterior eventual restituição ao credor se ele for devido. 2

Impressionou à Câmara, a circunstancial manifestação pela sua obrigatoriedade, a resposta dada pela autoridade fiscal em consulta sobre o tema, em seu Manual Fazendário, especialmente em seu site na Internet, (tópico 200 do Manual de Perguntas e Respostas, verbete Indenização por danos morais).

Em recente acórdão da 2ª Câmara Cível, Rel. o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO decidiu, pelo seu descabimento, pois "não sendo a indenização, salvo a decorrente de lucros cessantes, fonte de lucro ou de rendimento, não pode ser considerada fato gerador do imposto de renda. Descabida, portanto, a retenção de tal imposto quando do pagamento de indenização por dano moral, pelo que deve a Justiça Estadual afastá-la nos feitos de sua competência", justificando-se a decisão de que "não há nenhum dispositivo legal que contemple a indenização pelo dano moral como fato gerador do imposto de renda, e

nem poderia ser diferente pela simples razão de não ter tal indenização natureza de rendimentos. Tanto a

Lei nº7.713/88 (art. 7º e §§ 1º e 2º) como a Lei nº8.541/92 (art. 46 e §§ 1º e 2º) determinam a retenção na fonte apenas nos casos de juros e indenizações por lucros cessantes, que nada têm a ver com indenização por dano moral. Esta, como sabido, tem caráter compensatório pela dor, vexame,

humilhação, sofrimento etc., sofridos pela vítima".3

Em acórdão proferido no Agravo nº 2241/00, sob minha relatoria, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu-se, à unanimidade, que "a indenização por dano moral não representa acréscimo patrimonial, mas apenas a sua compensação pela violação de direito subjetivo ofendido".

No mesmo sentido, a recente decisão da 8ª Câmara Cível do TJ-RJ, Rel. o Des. PAULO LARA, no Agravo

de Instrumento nº 14525/99, "...Não constituindo a indenização de dano moral rendimento tributável, nos termos do art. 43 do Código Tribu

tário Nacional, é descabida a retenção de parcela do valor indenizatório a pretexto de recolher imposto de renda na fonte. Frise-se que indenização, de tal natureza, importa em compensação de prejuízo moral sofrido, não importando em acréscimo patrimonial para o credor do ressarcimento".

Tal entendimento jurisprudencial é o que tende a vir prevalecer, por suas vantajosas razões. Todavia, pretende-se demonstrar, à luz de perspectiva dogmática vertical, com combinação de preceitos

conceituais de direito civil e do próprio direito tributário, o erro de entendimento no sentido positivo e o acerto da não-incidência de imposto de renda sobre este tipo de indenização.

O dano moral tem uma gama variada de conceituação.

A partir do conceito fundamental de GABBA, o dano moral é aquele que não atinge o património de alguém (conf. Dicionário Prático de Direito Privado, SCIALOJA, pág. 543, nº 3).

Sob a ótica do direito positivo brasileiro, já dissertava WALTER MORAIS:

"O que se chama de 'dano moral' e, não um desfalque no património, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição no património, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1553); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra 'dano' é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no património. A indenização pelo dano moral tem aspecto absurdo porque não havia dano nem, por conseguinte, diminuição no património. E o dinheiro que o devedor paga não indeniza. O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada.

Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irredutíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo 'moral' segue o uso da doutrina francesa onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrassem no campo da moral. Daí também a necessária explicação do fenómeno no sentido de que a indenização por dano moral obraria como medida consolatória para vítima

de um mal irremediável no seu gênero. Há algo de compensação, mas de compensação realmente não se trata, porquanto não há termo ou medida de equivalência. Tampouco se trata de pena, já que as penas, também as civis, operam muito mais como medidas repressivas e muito menos como soluções reparativas. Terceira consequência de tal singularidade, é que o dito 'dano moral' não é indenizável a não ser nas hipóteses em que o introduz a lei no ordenamento de modo expresso (visto que a espécie de artefato legal se apresenta como excrescência lógica da ordem jurídica): é o que demonstraram muito, e é o que estabeleceu o art. 253 do Código Civil alemão, contrariando certamente os exaltados partidários da aplicação geral da espécie (d. Melo da Silva, O Dano moral, 24-28) (Rf 650/65)".

A indenização por dano moral tem caráter nitidamente compensatório para o lesado.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, em seu clássico livro Responsabilidade Civil, Ed. Forense, 2a edição, pág.

339, assevera que: "...a indenização não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento; por mais forte razão deve ser equitativa a reparação do dano moral para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (de lucro capiendo)". Para Yussef Cahali é possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores etc.

Já o jurista francês SAVATIER nos legou uma noção de dano moral clássica observando que o dano moral é como "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária", e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (Traité de la responsabilité civile, vol. 11, n. 525).

Finalmente, na concisa noção de PONTES DE MIRANDA, "dano patrimonial é o dano que atinge o

Da interpretação da supracitada norma legal, depreende-se que a obrigatoriedade de retenção, na fonte, do imposto de renda ocorre em relação a pagamentos que se caracterizam como "rendimentos tributáveis".

A questão a ser analisada, portanto, consiste em definir quando os mencionados pagamentos podem ser considerados "rendimentos tributáveis", a ensejar a tributação de que se cogita, especificamente quando se referirem a "indenizações por danos morais".

Cumpra assinalar que a legislação tributária não dispõe expressamente acerca da tributação pelo imposto de renda incidente sobre os valores pagos a título de indenização por dano moral. Nesse sentido, para determinar se ocorre tal tributação, deve-se, inicialmente, definir a natureza jurídico-tributária dos pagamentos referentes a indenizações por danos morais.

Assim é que o art. 37 do RIR, que tem como matriz legal as disposições do art. 43, da Lei nº 5.172/66 e do art. 3º da Lei nº 7.713/88, determina que constituem rendimento bruto (e portanto sujeitos à tributação):

"Todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados".

O art. 38 do RIR (matriz legal: art. 3º da Lei nº 7.713/88), por seu turno, dispõe que:

"a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização jurídica ou da nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte, por qualquer forma e a qualquer título".

Assim, à luz do que preceituam os citados dispositivos normativos, pode-se afirmar que a Secretaria da Receita Federal, em geral, considera incidente o imposto de renda sobre qualquer acréscimo patrimonial, sendo o mesmo exigível do contribuinte, salvo quando existir norma expressa isentando seu recolhimento.

Nesse sentido, impõe-se verificar que, em relação ao pagamento de indenizações por danos patrimoniais, as normas consolidadas no art. 39 do RIR expressamente isentam de tributação uma série de verbas indenizatórias, conforme o conteúdo dos incisos que o compõe, que, a título ilustrativo, transcritos a seguir:

"Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (.. .)

XVI - indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado pela condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas;

XVII - indenização por acidente de trabalho;

XVIII - indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato; (...) XX - indenização e aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS;

XXI - a indenização em virtude de desapropriação para fins de reforma agrária, quando auferida pelo desapropriado;

XXII - a indenização recebida por liquidação de sinistro, furto ou roubo, relativo ao objeto segurado; (...)"

Da análise desses dispositivos, pode-se concluir que as isenções de que se trata decorrem do conceito de

"indenização", no sentido de reparação de um dano incorrido pela parte vitimada, de tal sorte que os valores por esta percebidos, a título de verbas indenizatórias, não se traduziriam em um acréscimo ao seu patrimônio, mas sim na compensação de tal patrimônio, desfalcado por dano pretérito.

IV-A interpretação jurisprudencial

O entendimento de que as verbas indenizatórias não se sujeitam à tributação pelo Imposto de Renda foi adotado pela 1ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, como se infere da seguinte decisão: "PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA VERBAS INDENIZATÓRIAS - NÃO-INCIDÊNCIA.

As verbas rescisórias especiais recebidas pelo trabalhador quando da extinção do contrato de trabalho por dispensa incentivada tem caráter indenizatório, não ensejando acréscimo patrimonial. Disso decorre a impossibilidade da incidência do imposto de renda sobre as mesmas.

(Ac. uno da 1ª T do STJ, em 06.10.97 - REsp 146.933/SP - DJU 17.11.97, pág. 59473)".

Nessa mesma linha de raciocínio, à luz da legislação tributária em vigor, pode-se afirmar que indenizações por lucros cessantes estão sujeitas à tributação pelo imposto de renda, pois, nesses casos, o pagamento representa não uma "compensação", mas sim um efetivo acréscimo patrimonial, que a parte lesada faz jus, em virtude de decisão judicial que reconheceu a existência de ato ilícito praticado pela outra parte, o qual teve como conseqüência privar a primeira da percepção de algum rendimento.

V - A interpretação doutrinária

No tocante às indenizações devidas por danos morais, cumpre sinalizar que o entendimento

da mais abalizada doutrina aponta no sentido de que os valores pagos a esse título, não corresponderiam a uma reparação por dano sofrido. Ao contrário, consistiriam em uma compensação financeira pelo sofrimento ocasionado pelo dano.

Diversamente do que ocorre em relação a reparações por danos patrimoniais, a indenização por danos morais, de acordo com o entendimento acima indicado, não colocaria a parte lesada na situação em que estaria se o dano não tivesse ocorrido, mas teria por finalidade compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial, insuscetível de avaliação econômica.

Esta construção dogmática é lógica e superior, estando em harmonia com os princípios civilistas sobre a natureza jurídica da indenização por danos morais.

Por outro lado, seria útil invocar-se as sempre precisas lições de Hugo de Brito Machado, no seu festejado Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Malheiros Editores, p. 216/216, quando analisa com profundidade a natureza tributária do imposto de renda, a partir do seu fato gerador:

"O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de

qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda (CTN, art. 43)".

Concluiu o insigne tributarista, com lição aplicável ao tema em exame, afirmando que:

"O sistema tributário disciplinado na Constituição, o Código Tributário Nacional deixou essa questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda acréscimo".

No mesmo sentido, a lição de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA ("Imposto de Renda", APEC, págs. 2 e 21): "O sentido vulgar de renda é o produto do capital ou trabalho, o termo é usado como sinônimo de lucros, juros, aluguéis, proventos ou receitas.

A expressão 'proventos' é empregada como sinônimo de pensão, crédito, proveito ou lucro. No sentido vulgar, tanto a expressão 'renda' quanto a 'proventos' implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida.

Esta conotação justificaria, por si só, a afirmação de que as concepções doutrinárias de renda pessoal que melhor se ajustam ao nosso sistema constitucional são da renda como fluxo, e não de acréscimos (ou cumulação) de poder econômico ou de patrimonial líquido".

VI- Conclusão

Conclusivamente, cabe ressaltar que as indenizações devidas por danos morais não corresponderiam a uma reparação por dano sofrido. Ao contrário, consistiriam numa compensação financeira ocasionada pelo dano sofrido.

Diversamente do que ocorre com relação a reparação por danos patrimoniais, a indenização por danos morais teria por objeto compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial e subjetivo impassível de apreciação econômica.

Frise-se, afinal, que o STJ já formou jurisprudência no sentido que não há incidência do

imposto de renda sobre férias não gozadas, licenças-prêmio, e também sobre as verbas indenizatórias do

Programa de Demissão Voluntária, matéria esta, inclusive, sumulada sob o nº 215.

No caso do aviso prévio e do FGTS, a isenção também é assegurada pela Lei 7.713 de 1998.

Daí pode-se inferir, iniludivelmente, que a indenização por danos morais não representa um acréscimo patrimonial, mas apenas uma compensação pela violação de direito subjetivo, sendo esta a diretriz recomendável para uma saudável interpretação jurisprudencial!

A Indenização por Dano Moral e Imposto de Renda

DESEMBARGADOR EDUARDO SÓCRATES CASTANHEIRA SARMENTO

I- Introdução

A questão de retenção de imposto de renda, em razão do pagamento de indenizações por danos morais começa ser recorrente nos pretórios brasileiros, ensejando decisões díspares acerca de sua facultatividade ou obrigatoriedade.

Cuida-se de saber se as importâncias relativas a indenizações por danos morais, determinadas por

condenação judicial, estão ou não sujeitas à incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se a elas é aplicável o regime de tributação na fonte, hipótese na qual caberá à pessoa condenada efetuar a retenção do tributo e entregar ao beneficiário da indenização o valor líquido.

O ponto nodal da questão tratada é a perquirição se a indenização devida por força de sentença judicial sofre ou não a incidência do imposto de renda e, em caso positivo, se tal incidência tributária ocorre mediante retenção na fonte a cargo da pessoa obrigada ao pagamento da indenização.

Inicialmente cabe destacar que "indenização" não é rendimento, não é renda, não é acréscimo patrimonial, não é provento de qualquer natureza. É simples compensação do patrimônio do lesado, seja esse patrimônio material ou moral.

Como sugere o próprio étimo da palavra, "indenizar" é "tornar indene", é "repor o patrimônio lesado no seu status quo ante do ato ilícito que causou o prejuízo". Trata-se, pois, de mera compensação do

patrimônio (material ou moral) desfalcado, nunca de acréscimo real a esse patrimônio.

Ensina De Plácido e Silva que a indenização "traz a finalidade de integrar o patrimônio da pessoa daquilo que se desfalcou pelos desembolsos, de recompô-lo pelas perdas ou prejuízos sofridos (danos), ou ainda de acrescê-los dos proventos a que faz jus a pessoa, pelo seu trabalho" (Vocabulário Jurídico, v. I, p.

452/3, 1987, Forense). E, ao tratar especificamente da indenização por dano moral, pontifica o Mestre que ela se funda "no pre

juízo material ressarcível, isto é, quando o interesse moral seja de tal ordem que se mostre conversível numa prestação pecuniária, por haver provocado um efetivo desfalque patrimonial".

Acerca do tema, diversas Câmaras do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro já prolataram decisões em três direções: pela obrigatoriedade, pela sua não-incidência e, finalmente, pela remessa da

solução da questão para o âmbito da Justiça Federal, tendo em vista a circunstância de ser o imposto de renda um tributo federal - CF, art. 153, III, e CTN, art. 43 - a reclamar o pronunciamento da instância

própria para o exame da matéria.

As primeiras decisões sobre a inusitada questão foram simples e sumárias, sob o argumento de que à

Justiça Estadual não caberia o papel de fiscalização do pagamento do imposto de renda. 1

Secundariamente foram apreciadas, por via de agravo, as pretensões dos sujeitos devedores do pagamento de dano moral, especialmente de entidades de crédito de procederem ao desconto do imposto na fonte, remetendo-se a indagação sobre o seu cabimento para a Justiça Federal, com a conseqüente

posterior eventual restituição ao credor se ele for devido. 2

Impressionou à Câmara, a circunstancial manifestação pela sua obrigatoriedade, a resposta dada pela autoridade fiscal em consulta sobre o tema, em seu Manual Fazendário, especialmente em seu site na Internet, (tópico 200 do Manual de Perguntas e Respostas, verbete Indenização por danos morais).

Em recente acórdão da 2ª Câmara Cível, Rel. o Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO decidiu, pelo seu descabimento, pois "não sendo a indenização, salvo a decorrente de lucros cessantes, fonte de lucro ou de rendimento, não pode ser considerada fato gerador do imposto de renda. Descabida, portanto, a retenção de tal imposto quando do pagamento de indenização por dano moral, pelo que deve a Justiça Estadual afastá-la nos feitos de sua competência", justificando-se a decisão de que "não há nenhum dispositivo legal que contemple a indenização pelo dano moral como fato gerador do imposto de renda, e

nem poderia ser diferente pela simples razão de não ter tal indenização natureza de rendimentos. Tanto a

Lei nº7.713/88 (art. 7º e §§ 1º e 2º) como a Lei nº8.541/92 (art. 46 e §§ 1º e 2º) determinam a retenção na fonte apenas nos casos de juros e indenizações por lucros cessantes, que nada têm a ver com indenização por dano moral. Esta, como sabido, tem caráter compensatório pela dor, vexame,

humilhação, sofrimento etc., sofridos pela vítima".³

Em acórdão proferido no Agravo nº 2241/00, sob minha relatoria, da Décima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, decidiu-se, à unanimidade, que "a indenização por dano moral não representa acréscimo patrimonial, mas apenas a sua compensação pela violação de direito subjetivo ofendido".

No mesmo sentido, a recente decisão da 8ª Câmara Cível do TJ-RJ, Rel. o Des. PAULO LARA, no Agravo

de Instrumento nº 14525/99, "...Não constituindo a indenização de dano moral rendimento tributável, nos termos do art. 43 do Código Tribu

tário Nacional, é descabida a retenção de parcela do valor indenizatório a pretexto de recolher imposto de renda na fonte. Frise-se que indenização, de tal natureza, importa em compensação de prejuízo moral sofrido, não importando em acréscimo patrimonial para o credor do ressarcimento".

Tal entendimento jurisprudencial é o que tende a vir prevalecer, por suas vantajosas razões. Todavia, pretende-se demonstrar, à luz de perspectiva dogmática vertical, com combinação de preceitos

conceituais de direito civil e do próprio direito tributário, o erro de entendimento no sentido positivo e o acerto da não-incidência de imposto de renda sobre este tipo de indenização.

11 -Conceituação de dano moral

O dano moral tem uma gama variada de conceituação.

A partir do conceito fundamental de GABBA, o dano moral é aquele que não atinge o patrimônio de alguém (conf. Dicionário Prático de Direito Privado, SCIALOJA, pág. 543, nº 3).

Sob a ótica do direito positivo brasileiro, já dissertava WALTER MORAIS:

"O que se chama de 'dano moral' e, não um desfalque no patrimônio, nem mesmo a situação onde só dificilmente se poderia avaliar o desfalque, senão a situação onde não há ou não se verifica diminuição alguma. Pois se houve diminuição no patrimônio, ou se difícil ou mesmo impossível avaliar com precisão tal diminuição, já há dano, e este pode ser estimado por aproximação (art. 1553); e logo será supérflua a figura do dano moral. Vale dizer que dano moral é, tecnicamente, um não-dano, onde a palavra 'dano' é empregada com sentido translato ou como metáfora: um estrago ou uma lesão (este o termo jurídico genérico), na pessoa mas não no patrimônio. A indenização pelo dano moral tem aspecto absurdo porque não havia dano nem, por conseguinte, diminuição no patrimônio. E o dinheiro que o devedor paga não indeniza. O dinheiro pago, por sua vez, não poderia recompor a integridade física, psíquica ou moral lesada.

Não há correspondência nem possível compensação de valores. Os valores ditos morais são valores de outra dimensão, irredutíveis ao patrimonial. Daí que na indenização por dano moral não há nem indenização nem dano, e sempre é moral o mal que se quer reparar, pois o termo 'moral' segue o uso da doutrina francesa onde moral se diz tudo quanto não é patrimonial ou econômico nem material, como se o econômico e o físico não entrassem no campo da moral. Daí também a necessária explicação do fenômeno no sentido de que a indenização por dano moral obraria como medida consolatória para vítima

de um mal irremediável no seu gênero. Há algo de compensação, mas de compensação realmente não se trata, porquanto não há termo ou medida de equivalência. Tampouco se trata de pena, já que as penas,

também as civis, operam muito mais como medidas repressivas e muito menos como soluções reparativas. Terceira consequência de tal singularidade, é que o dito 'dano moral' não é indenizável a não ser nas hipóteses em que o introduz a lei no ordenamento de modo expresso (visto que a espécie de artefato legal se apresenta como excrescência lógica da ordem jurídica): é o que demonstraram muito, e é o que estabeleceu o art. 253 do Código Civil alemão, contrariando certamente os exaltados partidários da aplicação geral da espécie (d. Melo da Silva, O Dano moral, 24-28) (Rf 650/65)".

A indenização por dano moral tem caráter nitidamente compensatório para o lesado.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, em seu clássico livro Responsabilidade Civil, Ed. Forense, 2a edição, pág.

339, assevera que: "...a indenização não pode ter o objetivo de provocar o enriquecimento ou proporcionar ao ofendido um avantajamento; por mais forte razão deve ser eqüitativa a reparação do dano moral para que se não converta o sofrimento em móvel de captação de lucro (de lucro capiendo)". Para Yussef Cahali é possível distinguir-se, no âmbito dos danos, a categoria dos danos patrimoniais, de um lado, dos chamados danos morais, de outro; respectivamente, o verdadeiro e próprio prejuízo econômico, e o sofrimento psíquico ou moral, as dores etc.

Já o jurista francês SAVATIER nos legou uma noção de dano moral clássica observando que o dano moral é como "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária", e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (Traité de la responsabilité civile, vol. 11, n. 525).

Finalmente, na concisa noção de PONTES DE MIRANDA, "dano patrimonial é o dano que atinge o

Da interpretação da supracitada norma legal, depreende-se que a obrigatoriedade de retenção, na fonte, do imposto de renda ocorre em relação a pagamentos que se caracterizam como "rendimentos tributáveis".

A questão a ser analisada, portanto, consiste em definir quando os mencionados pagamentos podem ser considerados "rendimentos tributáveis", a ensejar a tributação de que se cogita, especificamente quando se referirem a "indenizações por danos morais".

Cumprasse assinalar que a legislação tributária não dispõe expressamente acerca da tributação pelo imposto de renda incidente sobre os valores pagos a título de indenização por dano moral. Nesse sentido, para determinar se ocorre tal tributação, deve-se, inicialmente, definir a natureza jurídico-tributária dos pagamentos referentes a indenizações por danos morais.

Assim é que o art. 37 do RIR, que tem como matriz legal as disposições do art. 43, da Lei nº 5.172/66 e do art. 3º da Lei nº 7.713/88, determina que constituem rendimento bruto (e portanto sujeitos à tributação):

"Todo o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos, os alimentos e pensões percebidos em dinheiro, os proventos de qualquer natureza, assim também entendidos os acréscimos patrimoniais não correspondentes aos rendimentos declarados".

O art. 38 do RIR (matriz legal: art. 3º da Lei nº 7.713/88), por seu turno, dispõe que:

"a tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização jurídica ou da nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte, por qualquer forma e a qualquer título".

Assim, à luz do que preceituam os citados dispositivos normativos, pode-se afirmar que a Secretaria da Receita Federal, em geral, considera incidente o imposto de renda sobre qualquer acréscimo patrimonial, sendo o mesmo exigível do contribuinte, salvo quando existir norma expressa isentando seu recolhimento.

Nesse sentido, impõe-se verificar que, em relação ao pagamento de indenizações por danos patrimoniais, as normas consolidadas no art. 39 do RIR expressamente isentam de tributação uma série de verbas indenizatórias, conforme o conteúdo dos incisos que o compõe, que, a título ilustrativo, transcritos a seguir:

"Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto: (..)

XVI - indenização reparatória por danos físicos, invalidez ou morte, ou por bem material danificado ou destruído, em decorrência de acidente, até o limite fixado pela condenação judicial, exceto no caso de pagamento de prestações continuadas;

XVII - indenização por acidente de trabalho;

XVIII - indenização destinada a reparar danos patrimoniais em virtude de rescisão de contrato;(..) XX - indenização e aviso prévio pagos por despedida ou rescisão de contrato de trabalho, até o limite garantido pela lei trabalhista ou por dissídio coletivo e convenções trabalhistas homologados pela Justiça do Trabalho, bem como o montante recebido pelos empregados e diretores e seus dependentes ou sucessores, referente aos depósitos, juros e correção monetária creditados em contas vinculadas, nos termos da legislação do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS;

XXI - a indenização em virtude de desapropriação para fins de reforma agrária, quando auferida pelo desapropriado;

XXII - a indenização recebida por liquidação de sinistro, furto ou roubo, relativo ao objeto segurado; (...)"

Da análise desses dispositivos, pode-se concluir que as isenções de que se trata decorrem do conceito de

"indenização", no sentido de reparação de um dano incorrido pela parte vitimada, de tal sorte que os valores por esta percebidos, a título de verbas indenizatórias, não se traduziriam em um acréscimo ao seu patrimônio, mas sim na compensação de tal patrimônio, desfalcado por dano pretérito.

IV-A interpretação jurisprudencial

O entendimento de que as verbas indenizatórias não se sujeitam à tributação pelo Imposto de Renda foi adotado pela 1ª Turma do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, como se infere da seguinte decisão: "PROGRAMA DE DEMISSÃO VOLUNTÁRIA VERBAS INDENIZATÓRIAS - NÃO-INCIDÊNCIA.

As verbas rescisórias especiais recebidas pelo trabalhador quando da extinção do contrato de trabalho por dispensa incentivada tem caráter indenizatório, não ensejando acréscimo patrimonial. Disso decorre a

impossibilidade da incidência do imposto de renda sobre as mesmas.

(Ac. uno da 1ª T do STJ, em 06.10.97 - REsp 146.933/SP - DJU 17.11.97, pág. 59473)".

Nessa mesma linha de raciocínio, à luz da legislação tributária em vigor, pode-se afirmar que indenizações por lucros cessantes estão sujeitas à tributação pelo imposto de renda, pois, nesses casos, o pagamento representa não uma "compensação", mas sim um efetivo acréscimo patrimonial, que a parte lesada faz jus, em virtude de decisão judicial que reconheceu a existência de ato ilícito praticado pela outra parte, o qual teve como conseqüência privar a primeira da percepção de algum rendimento.

V - A interpretação doutrinária

da mais abalizada doutrina aponta no sentido de que os valores pagos a esse título, não corresponderiam a uma reparação por dano sofrido. Ao contrário, consistiriam em uma compensação financeira pelo sofrimento ocasionado pelo dano.

Diversamente do que ocorre em relação a reparações por danos patrimoniais, a indenização por danos morais, de acordo com o entendimento acima indicado, não colocaria a parte lesada na situação em que estaria se o dano não tivesse ocorrido, mas teria por finalidade compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial, insuscetível de avaliação econômica.

Esta construção dogmática é lógica e superior, estando em harmonia com os princípios civilistas sobre a natureza jurídica da indenização por danos morais.

Por outro lado, seria útil invocar-se as sempre precisas lições de Hugo de Brito Machado, no seu festejado Curso de Direito Tributário, 11ª edição, Malheiros Editores, p. 216/216, quando analisa com profundidade a natureza tributária do imposto de renda, a partir do seu fato gerador:

"O fato gerador do imposto de renda é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos; e de proventos de

qualquer natureza, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no conceito de renda (CTN, art. 43)".

Concluiu o insigne tributarista, com lição aplicável ao tema em exame, afirmando que:

"O sistema tributário disciplinado na Constituição, o Código Tributário Nacional deixou essa questão fora de qualquer dúvida razoável, fixando, embora de modo bastante amplo, os conceitos de renda e de proventos. Não há renda, nem provento, sem que haja acréscimo patrimonial, pois o CTN adotou expressamente o conceito de renda acréscimo".

No mesmo sentido, a lição de JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA ("Imposto de Renda", APEC, págs. 2 e 21): "O sentido vulgar de renda é o produto do capital ou trabalho, o termo é usado como sinônimo de lucros, juros, aluguéis, proventos ou receitas.

A expressão 'proventos' é empregada como sinônimo de pensão, crédito, proveito ou lucro. No sentido vulgar, tanto a expressão 'renda' quanto a 'proventos' implica a idéia de fluxo, de alguma coisa que entra, que é recebida.

Esta conotação justificaria, por si só, a afirmação de que as concepções doutrinárias de renda pessoal que melhor se ajustam ao nosso sistema constitucional são da renda como fluxo, e não de acréscimos (ou cumulação) de poder econômico ou de patrimonial líquido".

VI- Conclusão

Conclusivamente, cabe ressaltar que as indenizações devidas por danos morais não corresponderiam a uma reparação por dano sofrido. Ao contrário, consistiriam numa compensação financeira ocasionada pelo dano sofrido.

Diversamente do que ocorre com relação a reparação por danos patrimoniais, a indenização por danos morais teria por objeto compensá-la financeiramente por um dano extrapatrimonial e subjetivo impassível de apreciação econômica.

Frise-se, afinal, que o STJ já formou jurisprudência no sentido que não há incidência do imposto de renda sobre férias não gozadas, licenças-prêmio, e também sobre as verbas indenizatórias do Programa de Demissão Voluntária, matéria esta, inclusive, sumulada sob o nº 215.

No caso do aviso prévio e do FGTS, a isenção também é assegurada pela Lei 7.713 de 1998.

Daí pode-se inferir, iniludivelmente, que a indenização por danos morais não representa um acréscimo patrimonial, mas apenas uma compensação pela violação de direito subjetivo, sendo esta a diretriz recomendável para uma saudável interpretação jurisprudencial!

Psicologia Judiciária: um Caminho em Evolução

EVANI ZAMBON MARQUES DA SILVA

I- Introdução

A presença da Psicologia nas instituições jurídicas tem experimentado um grande avanço desde as primeiras incursões profissionais.

O número de psicólogos que vem adentrando as instituições jurídicas cresce em todo o País, conforme os inúmeros trabalhos divulgados no último Congresso Libero-Americano de Psicologia Jurídica, sediado no Brasil.

Tanto a Psicologia como o Direito guardam o interesse comum pelo estudo do ser humano e seu

comportamento nas relações. No entanto a preocupação da Psicologia é estudar o ser humano em seus relacionamentos, buscando compreender como essas relações ocorrem, mantêm-se e se desenvolvem, para promover o bem-estar das pessoas. Já para o Direito, a preocupação com o homem é sempre relativa a sua vida em sociedade, como se comportam em relação às leis estabelecidas ou que serão estabelecidas, sempre visando ao bem-estar coletivo.

Cohen (1996) explica também que tanto o Direito como as áreas que trabalham com a saúde mental convergem para a mesma finalidade: fazer com que o indivíduo e a sociedade possam ter um convívio melhor.

O interesse pela compreensão da conduta humana, pelo conhecimento das emoções, da estrutura de personalidade e dinâmicas envolvidas, são focos de interesse da Psicologia e já nos motivaram à realização de estudos anteriores. Em Marques da Silva (1999,2000), apresentamos que a avaliação diagnóstica realizada em alguns âmbitos do judiciário não só auxilia o juiz a proferir sua sentença, mas estimula o indivíduo (usuário da justiça) a sensibilizar-se ou "entrar em contato" com suas esferas mais íntimas, tanto individuais como familiares.

II -Apontamentos Históricos

A Psicologia foi sendo chamada a colaborar com o Direito já há algumas décadas. Importantes estudos surgiram na Europa, na década de 30, dentre os quais destacamos a obra de Myra Y Lopes (1932) " Manual de Psicologia Jurídica", editado no Brasil em 1955, com outras reedições posteriores, a última datada de

2000. Sabaté (1975) mencionava idéias sobre as possibilidades de aplicação da Psicologia ser aplicada ao melhor exercício do Direito, valendo-se de métodos e resultados da psicologia pura, especialmente a experimental; Anastasi (1972) justifica a ampla entrada da psicologia em colaboração ao Direito para a obtenção da eficácia jurídica. E tantos outros estudiosos que ao longo do tempo foram demarcando a necessária ligação entre Psicologia e Direito.

Buscava-se um distanciamento das concepções filosóficas em favor de posturas mais determinadas biologicamente, justamente porque a Psicologia Jurídica deriva da Medicina Legal, que foi a área do conhecimento que se debruçou em esclarecer fatos concretos que de alguma maneira pudessem auxiliar o sistema legal.

Apesar de atualmente o campo criminal não se constituir no único espaço onde o psicólogo jurídico pode desenvolver seu trabalho, foi através dele que a Psicologia se firmou no auxílio ao Direito.

Muitos chegam a confundir a própria identidade do Psicólogo jurídico com sendo atrelada especificamente à área criminal, o que constitui um erro, dado os inúmeros avanços e constatações da importância da atuação em muitas outras áreas do Direito.

Apesar de estimulada a contribuir com o Direito, principalmente dentro do enquadre pericial, a Psicologia Jurídica trilhou caminhos próprios que foram demonstrando paulatinamente não só para o Direito, mas para a sociedade, a importância da esfera legal abrir-se para o enfoque emocional que está por detrás dos inúmeros dramas humanos que buscam soluções jurídicas.

Em outras palavras, podemos dizer que as soluções jurídicas que os indivíduos vão buscar nas instâncias do Poder Judiciário precisam contar em alguns casos - com a escuta psicológica também, já que algumas vezes as soluções podem ser encontradas dentro deles próprios, com resolução satisfatória apenas se eles olharem para seu lado mais obscuro e defendido de sua existência. É necessário que se tenha cada vez mais claro que muitos indivíduos não buscam a solução de problemas, mas a perpetuação dos mesmos, vez que as sentenças proferidas nem sempre serão cumpridas, servindo apenas como instrumento para fomentarem-se as brigas e discussões, nos casos de disputa de guarda e visitas de filhos, por exemplo.

A dedicação à saúde mental dos indivíduos deve ser uma constante em qualquer esfera em que atue o psicólogo. Nesse sentido, Brito (1999) sugere que se promova uma reflexão crítica dos impasses interrogantes constantemente dirigidos aos que atuam na área.

Estudos realizados por ambos os campos do conhecimento vêm valorizando a comunicação existente entre Psicologia e Direito como um amplo processo de complementariedade e de mútua influência, sem que nesse processo, como aponta Martins (1999), cada uma das duas ciências abandone seus limites e especificidades.

Através da leitura aprofundada das relações humanas, com a compreensão das respectivas estruturas e

dinamismos psíquicos que se interpõem nos conflitos, há condições de a Psicologia propor flexibilizações na interpretação das leis gerais, e principalmente alertar para as conseqüências e repercussões, no nível particular da aplicação das leis gerais, formuladas desde os princípios que visam ao bem comum.

Rovinski (2000) pondera que apesar de o psicólogo necessitar de conhecimentos básicos da psicologia, ao ser chamado para atuar na esfera

jurídica, necessita fazer uma adaptação de seus conhecimentos junto às normas legais, conhecendo bem não só seu referencial teórico como também o sistema jurídico em que vai operar.

A mesma autora ressalta a importância da familiaridade com a terminologia jurídica, uma vez que será constantemente interrogado sob um ponto de vista legal.

Apesar de constituir senso comum o necessário conhecimento do universo em que se trabalha, muitos profissionais isolam-se das inúmeras demandas oriundas, focando-se única e exclusivamente no indivíduo que está a sua frente. Ao nosso ver isso constitui um equívoco, isolando o psicólogo jurídico dentro do seu saber científico. Nossos clientes são: os indivíduos que estão a nossa frente, os juízes que nos encaminharam suas dúvidas e questionamentos e a própria instituição que recepciona e cuida - de alguma forma dessa clientela que busca soluções e saídas da problemática vivenciada. A eles devemos direcionar nosso trabalho, a promoção da saúde mental e as proposições para futuras alterações que, na prática, visam à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos de forma geral.

A Psicologia Jurídica está intimamente vinculada ao Direito, e a relação de auxílio é mútua. A intersecção entre o raciocínio psicológico e jurídico auxilia cotidianamente na promoção da saúde mental, construindo um caminho próprio através de uma aproximação constante entre a produção de um novo conhecimento

e a própria prática do saber, ou seja, os pilares tão atuais hoje em dia, que discutem e valorizam a aproximação real entre ciência e profissão, conforme postula Ana Jacob (2002) na última edição do Jornal de Psicologia "Psi" do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo.

III - A Psicologia Jurídica no Estado de São Paulo

A) O Percurso Inicial

Atento a essa importante contribuição que poderia advir da Psicologia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi paulatinamente criando espaços para a entrada do psicólogo em seus quadros.

Para citarmos mais precisamente esta inserção do psicólogo nos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um levantamento realizado por Bemardi (1999) indica que em 1981 os psicólogos já prestavam serviços voluntários nas agências de colocação familiar (Lei Estadual nº 560 de 1949), com um trabalho terapêutico de intervenção clínica junto às famílias. Foram estagiar na Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor para dar início a um trabalho que mais tarde seria sedimentado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Apesar de estimulada a contribuir com o Direito, principalmente dentro do enquadre pericial, a Psicologia Jurídica trilhou caminhos próprios que foram demonstrando paulatinamente não só para o Direito, mas para a sociedade, a importância da esfera legal abrir-se para o enfoque emocional que está por detrás dos inúmeros dramas humanos que buscam soluções jurídicas.

Em outras palavras, podemos dizer que as soluções jurídicas que os indivíduos vão buscar nas instâncias do Poder Judiciário precisam contar em alguns casos - com a escuta psicológica também, já que algumas vezes as soluções podem ser encontradas dentro deles próprios, com resolução satisfatória apenas se eles

A mesma autora ressalta a importância da familiaridade com a terminologia jurídica, uma vez que será constantemente interrogado sob um ponto de vista legal.

Apesar de constituir senso comum o necessário conhecimento do universo em que se trabalha, muitos profissionais isolam-se das inúmeras demandas oriundas, focando-se única e exclusivamente no indivíduo

que está a sua frente. Ao nosso ver isso constitui um equívoco, isolando o psicólogo jurídico dentro do seu saber científico. Nossos clientes são: os indivíduos que estão a nossa frente, os juízes que nos

encaminharam suas dúvidas e questionamentos e a própria instituição que recebe e cuida - de alguma forma dessa clientela que busca soluções e saídas da problemática vivenciada. A eles devemos direcionar nosso trabalho, a promoção da saúde mental e as proposições para futuras alterações que, na prática,

visam à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos de forma geral.

A Psicologia Jurídica está intimamente vinculada ao Direito, e a relação de auxílio é mútua. A intersecção entre o raciocínio psicológico e jurídico auxilia cotidianamente na promoção da saúde mental, construindo um caminho próprio através de uma aproximação constante entre a produção de um novo conhecimento e a própria prática do saber, ou seja, os pilares tão atuais hoje em dia, que discutem e valorizam a

aproximação real entre ciência e profissão, conforme postula Ana Jacob (2002) na última edição do Jornal de Psicologia "Psi" do Conselho Regional de Psicologia de São Paulo.

III- A Psicologia Jurídica no Estado de São Paulo

A) O Percurso Inicial

Atento a essa importante contribuição que poderia advir da Psicologia, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi paulatinamente criando espaços para a entrada do psicólogo em seus quadros.

Para citarmos mais precisamente esta inserção do psicólogo nos quadros do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, um levantamento realizado por Bemardi (1999) indica que em 1981 os psicólogos já prestavam serviços voluntários nas agências de colocação familiar (Lei Estadual nº 560 de 1949), com um trabalho terapêutico de intervenção clínica junto às famílias. Foram estagiários na Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor para dar início a um trabalho que mais tarde seria sedimentado no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

A entrada do Psicólogo se deu oficialmente através das Varas de Menores (atuais Varas de Infância e Juventude), local em que as questões atinentes à minoridade deveriam ser estudadas.

Havia, por assim dizer, possibilidades da contribuição desse campo da ciência vir amparado legalmente, quando, em 1979, a modificação da doutrina legal com o Código de Menores de 1979 estabeleceu a diferenciação dos atendimentos realizados pela Promoção Social e pelo Judiciário.

Em 1980, os psicólogos passam a atuar nas chamadas audiências interprofissionais, propostas por Chaves Camargo (1982), que constituíam uma forma de atendimento dos casos, em juízo, através da prévia apuração da equipe técnica, composta por Assistente Social e Psicólogo. Tais profissionais tinham como

dever não só apresentar as medidas cabíveis dentro de suas respectivas áreas, mas, também, confeccionar relatórios circunstanciados visando à decisão do processo.

Tal proposta constituiu um verdadeiro marco para a entrada definitiva do psicólogo nos quadros da instituição jurídica, sendo que em 1981 os psicólogos foram legalmente contratados passando a integrar praticamente todas as Varas de Infância e Juventude da capital.

Em 1985 surge o primeiro concurso público para o ingresso do psicólogo nos quadros do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a criação de 65 cargos efetivos e mais 16 cargos de chefia.

Data desse mesmo ano o Provimento Nº236/ 85 do Conselho Superior da Magistratura do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que dispõe sobre a organização dos Setores Técnicos (Serviço Social e

(...).

O texto legal ressalta a autonomia do profissional, que deverá ter total liberdade para expressar suas conclusões e sugestões técnicas, através de documentos que auxiliarão o juiz na resolução do caso.

A Caminhada para as Varas de Família e das Sucessões

Em decorrência de existirem outras matérias no campo jurisdicional que necessitavam da contribuição do psicólogo, tais como as relacionadas ao Direito de Família, alguns dos psicólogos que integravam o quadro de profissionais das Varas de Infância e Juventude, foram deslocados para o atendimento dos casos envolvendo separações conjugais litigiosas e, conseqüentemente, disputa pela guarda dos filhos e regulamentação de visitas.

O enquadre desses profissionais foi demarcado, através do eixo pericial, previsto no Código de Processo Civil. Como descreve Castro (2001), desde o início da atuação, os psicólogos da Seção de Psicologia das Varas de Família e das Sucessões têm elaborado laudos em processos, onde basicamente são estudadas

questões relativas à guarda dos filhos e/ou regulamentação de visitas, interdições, apurações de abusos sexuais e violência doméstica, destituições de pátrio poder.

Outras perícias também são encaminhadas a esta Seção, oriundas das Varas Cíveis (danos morais/ psicológicos) e das Varas Criminais (geralmente ações que orbitam em torno de abusos sexuais contra crianças).

Atualmente, tendo em vista a crescente demanda para a atuação pericial e outras formas de trabalho que serão delineadas sucintamente mais abaixo, a equipe de profissionais anterior-

mente deslocada das Varas de Infância e Juventude, constituiu um corpo próprio, e com identidade diferenciada, não cabendo mais, portanto, a ligação estreita com a Vara de Infância e Juventude. A

subordinação administrativa e técnica é direta aos próprios juízos das Varas de Família e Sucessões.

O trabalho pericial realizado no âmbito psicológico trata de abarcar a problemática familiar, entendendo a estrutura dos envolvidos, as dinâmicas estabelecidas nas relações, os mecanismos de defesa utilizados e os fatores históricos/familiares presentes naquele contexto, os quais influem de uma maneira ou de outra no fornecimento de parâmetros saudáveis para a educação e o relacionamento com os filhos.

Diversos estudiosos da temática pericial em psicologia criticam o trabalho realizado nestes moldes, por

considerá-lo individualista e isolado demais, fruto de tendências positivistas das diversas ciências do conhecimento humano. Além disso, entendem que tal prática destina-se ao controle normativo das pessoas

e obtenção de verdades absolutas sobre as situações periciadas. Dentre os estudiosos das perícias nas Varas de Família, com essa ótica de análise, destacamos Brito (1993, 1999); Martins (1999);

Cezar-Ferreira (2000); Miranda Jr.(2000); Barros (1997); Almeida (2000); Ribeiro (1999); Bernal Samper (1995), os quais propõem diversos tipos de trabalhos psicológicos, alternativos à proposta pericial strictu sensu, tal qual definida pelo Código de Processo Civil (artigos 145 a 147; artigos 420 a 439).

O trabalho realizado pela equipe de psicólogos integrantes das Varas de Família e das Sucessões não se constitui apenas como meros "tentáculos" legais da justiça; não se resume a ser "os olhos e os ouvidos do juiz", como outrora propalado, posto que isso significa uma extirpação da própria identidade do profissional, ferindo sua formação, sua história e sua função social. Mas, ao contrário, vai muito além, conforme inúmeros estudos apontam (Silva, 1999/2001; Castro, 2001; Shine, 1991), já que a constatação de uma problemática psicológica vai além da complexidade de sugerirmos medidas jurídicas para a resolução da situação.

O espaço da avaliação psicológica no contexto das Varas de Família vem-se ampliando para além dos limites periciais e da produção de um laudo. Assim, a ampliação no atendimento da demanda vem criando espaços para que surjam alternativas de atendimento que realmente possam eliciar nas pessoas a motivação de seus reais conflitos internos, conscientes e inconscientes.

O interessante é que ampliar as possibilidades de uma avaliação psicológica no contexto jurídico, visando cada vez mais ao(s) indivíduo(s) que se postam a nossa frente, não significa esquecermos ou minimizarmos as respostas que necessariamente devemos dar aos juízes. É possível fazermos as duas

responder seguramente se aquele pai e/ou mãe não oferecem riscos para o filho. Discordamos de profissionais que, em face do questionamento jurídico, se negam a responder sobre a melhor opção para o filho. Ao caminharem para o patamar representado pelas Varas de Família, os casos envolvendo litígios em torno da guarda e visitas dos filhos indicam claramente que os indivíduos não conseguem resgatar sua autoridade interna, e para tal recorrem ao Poder \ Judiciário para ter a questão decidida.

A maioria dos casos atendidos em situação pericial traz pessoas com comportamentos e estruturas de personalidade de alto risco emocional para os filhos, e que por isso mesmo são tratados pelo Judiciário como passíveis de avaliação no tocante a sua autoridade parental.

Ilustrando e fundamentando esse pensamento temos a recente tese de Castro (2001) a qual aponta de modo bastante coerente e lúcido, posto que oriunda de uma atuação profissional calcada em perícia nas Varas de Família e Sucessões, que nem sempre as disputas judiciais pela guarda e visitas de filhos (por

exemplo) são frutos de separações conjugais ou vivências amorosas mal resolvidas, o que justificaria um tratamento longe dos tribunais.

Pelo contrário, trabalhos que seguem a linha da mediação familiar, em alguns casos podem não promover acordos responsáveis, já que não emanam de pessoas (genitores, por exemplo) emocionalmente estruturadas e em condições de exercitarem adequadamente seu juízo de valor sobre a criação dos filhos. Alguns parâmetros ficam inviáveis de ser modulados, e a Psicologia é chamada justamente para ponderar

o "risco" efetivo para a criança de determinada convivência com um genitor doente emocionalmente.

Assim, o que dizer dos inúmeros casos envolvendo tentativas ou efetivos abusos sexuais de pais contra filhos? Como nos eximirmos de um posicionamento sobre qual genitor oferece menores riscos para a criança? Sobre quais condições mínimas - emocionais essa criança precisa ter garantida para crescer saudável psicologicamente? Sobre qual genitor, desestruturado que está com a separação, poderá preservar o filho ajudando-o na superação de um momento conflituoso? Sobre qual genitor consegue preservar melhor a imagem do outro perante o filho?

IV-Conclusão

O crescimento da Psicologia Jurídica em nosso país é fato inegável nas mais diversas áreas (Criminal, Cível, Família e Sucessões e ainda Infra e Juventude).

Nosso interesse com o presente artigo foi o de apresentar não só dados históricos fundamentais para a compreensão do contexto atual do psicólogo jurídico na esfera do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, como também delinear alguns caminhos que vêm sendo trilhados e questionados na atualidade.

A atuação é respaldada em referenciais técnico-científicos e éticos, propondo-se a ajudar a demanda institucional na promoção da saúde mental das pessoas e na construção de novos paradigmas para lidarmos com a autoridade parental nos dias atuais.

Se não falamos mais em pátria poder mas, poder familiar, denominação sugerida pelo eminente professor Miguel Reale (2001), claro está que demos lugar às discussões sobre responsabilidade parental. Os interesses da criança devem sempre ser preservados, cabendo ao psicólogo reforçar a idéia de família como um conjunto. Assim, o interesse da criança não é distanciado do interesse da família, e esse conjunto harmônico quando preservado é o ideal para a saúde emocional de todos envolvidos naquela estrutura.

Mas, nos casos envolvendo indivíduos com desestruturas de personalidade e conflitos psicológicos que dificultam ou impossibilitam o exercício desse poder parental com responsabilidade, a figura do perito-psicólogo tem-se mostrado como importante para a continuidade, resgate ou preservação da saúde emocional dos filhos, que vivenciam as separações e as discussões sobre a guarda e as visitas. Frisamos que há casos não

mediáveis ou passíveis de qualquer tipo de acordo; para esses, a perícia preservará a criança e acabará criando possibilidades inclusive do resgate de determinadas condições (de visitas, por exemplo) impossíveis de ocorrerem sem tal trabalho técnico.

Estado garantir seus direitos e continuar preservando seus interesses, sendo que nesse tocante, a Psicologia Jurídica vem demonstrando sua relevância, dado o marcante número de indivíduos desestruturados e comprometidos emocionalmente, ocupando funções parentais.

Ao psicólogo jurídico importa não apenas como as figuras parentais são introjetadas ao longo da infância, mas como são esses pais na realidade' no exercício das suas funções parentais no cotidiano do filho e nas suas possibilidades concretas de preservar e construir vínculos saudáveis.

A psicologia jurídica está em crescimento e, apesar de só termos elucidado uma das vertentes de atuação, a área relativa ao Direito de Família, há inúmeras contribuições legitimadas pela prática e pelo próprio posicionamento acadêmico. Algumas universidades vêm-se sensibilizando para o necessário aparelhamento dos alunos em face desse novo campo do conhecimento, incluindo em seus currículos a disciplina de Psicologia Jurídica.