

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**

**Procurador-Geral da República
GERALDO BRINDEIRO**

**Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
SANDRA CUREAU**

Conselho Administrativo

Titulares: Ministério Público Federal: FÁTIMA APARECIDA DE SOUZA BORGHI – Procuradora Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** JOHNSON MEIRA SANTOS – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** OLINDA ELIZABETH CESTARI GONÇALVES – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** EDMAR JORGE DE ALMEIDA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: LUIS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE – Procurador Regional da República; **Ministério Público do Trabalho:** ANTÔNIO CARLOS ROBOREDO – Subprocurador-Geral do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** RODOLFO CUNHA SALLES – Promotor de Justiça; **Ministério Público Militar:** NELSON LUIZ ARRUDA SENRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Coordenadores de Ensino

Titulares: Ministério Público Federal: MARCOS ANTÔNIO DA SILVA COSTA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** ADRIANE REIS DE ARAÚJO – Procuradora Regional do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** ARINDA FERNANDES – Procuradora de Justiça; **Ministério Público Militar:** CARLOS FREDERICO DE OLIVEIRA PEREIRA – Subprocurador-Geral da Justiça Militar.

Suplentes: Ministério Público Federal: CELSO DE ALBUQUERQUE SILVA – Procurador da República; **Ministério Público do Trabalho:** CRISTIANO OTÁVIO PAIXÃO ARAÚJO PINTO – Procurador do Trabalho; **Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:** MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA – Promotora de Justiça; **Ministério Público Militar:** MARCELO WEITZEL RABELLO DE SOUZA – Procurador da Justiça Militar.

Conselho Editorial

Coordenador: PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ – Subprocurador-Geral da Justiça Militar (Ministério Público Militar) – *e-mail:* pericles@mpm.gov.br; **Conselheiros:** ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS – Procurador da República (Ministério Público Federal) – *e-mail:* aramos@prsp.mpf.gov.br; GUSTAVO ERNANI CAVALCANTI DANTAS – Procurador Regional do Trabalho (Ministério Público do Trabalho) – *e-mail:* dantas@prt0.mpt.gov.br; ROBERTO CARLOS BATISTA – Promotor de Justiça (Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) – *e-mail:* robertob@mpdft.gov.br.



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

ANO II - NÚMERO 6 - JANEIRO/MARÇO DE 2003

BRASÍLIA/DF



BOLETIM CIENTÍFICO – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

Uma publicação da ESMPU

Endereço: SGAS Av. L2-Sul, Qd. 604, Lt. 23, SI. 230

CEP: 70200-901 - Brasília - DF

Tel.: (61) 313-5115/5114/5111 – Fax: (61) 313-5185

Home Page: <http://www.esmpu.gov.br>

E-mail: editoracao@esmpu.gov.br

© *Copyright* 2003. **Todos os direitos autorais reservados.**

Secretária Editorial: Arlete Previtalli.

Revisora Editorial: Cecília Shizue Fujita dos Reis.

Diagramação, fotolitos e impressão:

Editora Raiz da Terra Ltda.

editraiz@terra.com.br - (11) 3207-8561

Revisão: Miguel de Oliveira (MTb 11.240 – SP) e Walter Farro (MTb 9.315 – SP)

Capa: Artchip Editora – (11) 5044-7679 – 5041-8899

Tiragem: 2.500 exemplares.

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília: ESMPU, Ano II, nº 6, jan./mar., 2003

Trimestral

ISSN 1676-4781

I. Direito. I. Título

CDD:340.1
20.ed.

APRESENTAÇÃO

O homem chega ao século vinte e um, enfim. Inúmeras lutas foram travadas ao longo da História para que o mundo chegasse ao patamar jurídico atual. Muito sangue foi derramado para que se reconhecesse a igualdade entre homens e mulheres, entre negros e brancos; para que se estabelecesse direitos trabalhistas como férias, licença-maternidade, aposentadoria; e para que, afinal, conceitos como direitos de 1ª, 2ª, 3ª e até de 4ª geração fossem concebidos.

O mundo evoluiu com uma velocidade assustadora. As relações sociais, por sua vez, seguiram na mesma linha. A partir de conceitos científicos como “energia atômica” e “DNA”; de concepções socioeconômicas como “globalização”; da formação de blocos políticos e comerciais; ou do estabelecimento de organizações internacionais como ONU, Otan, OMC, Unesco e OIT, o homem se deparou com desafios cada vez mais complexos.

Ao lado de ciências como a Sociologia, a Filosofia, a Psicologia e tantas outras, o Direito desempenha papel fundamental na solução dos novos conflitos que assombram o mundo moderno. E, tal qual as relações sociais, necessita evoluir com rapidez.

O sexto número do *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União* revela que o Direito está cumprindo sua função. A edição desponta com dez artigos, que abordam temas de extrema atualidade, tais como: sonegação e impunidade, assédio moral nas relações de trabalho e o princípio constitucional do acesso à Justiça, dentre outros. Traz, ainda, três artigos relacionados ao novo Código Civil brasileiro e trata de matérias atinentes ao direito internacional.

Em tempos em que o conflito existente entre o interesse internacional e a soberania dos Estados ganha importância no cenário mundial, enquanto tema de discussões científicas, este Boletim também conta com contribuição internacional sobre o Terrorismo e a Aplicação do Direito Humanitário Internacional.

A todos, uma boa leitura.

Sandra Cureau

Subprocuradora-Geral da República

Diretora-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União



COLABORADORES

André Ramos Tavares – Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Bandeirante de São Paulo (Uniban/SP) e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Centro de Extensão Universitária.

André Terrigno Barbeitas – Procurador Regional da República e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Celso Antônio Três – Procurador da República em Santa Catarina.

Duciran Van Marsen Farena – Doutor em Direito Econômico e procurador da República na Paraíba.

Edinaldo de Holanda Borges – Subprocurador-geral da República.

J. N. Vargas Valério – Ex-juiz do Trabalho, procurador do Trabalho, mestre em Direito do Trabalho, coordenador do Núcleo Estadual da Escola Superior do Ministério Público da União, em Campinas.

Marco Aurélio Dutra Aydos – Procurador da República, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e mestre em Filosofia pela New School for Social Research, Nova York, EUA.

Maurício Takao Fuzita – Juiz do Trabalho Titular da 3ª Vara do Trabalho de Araçatuba – SP.

Sebastião Vieira Caixeta – Procurador do Trabalho da PRT/10ª Região, pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor de Direito Processual do Trabalho na Universidade Paulista (Unip) e no Centro de Ensino Unificado de Brasília (Cesubra).

Sven Peterke – Pesquisador associado do Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (Universidade de Bochum, Alemanha).

Werton Magalhães Costa – Procurador da República, mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

SUMÁRIO

I Artigos

Apontamentos acerca do princípio constitucional do acesso à Justiça <i>André Ramos Tavares</i>	9
O sigilo bancário e o resguardo da intimidade e da vida privada <i>André Terrigno Barbeitas</i>	37
O sistema processual acusatório e o juizado de instrução <i>Edinaldo de Holanda Borges</i>	47
Princípio da identidade física do juiz <i>J. N. Vargas Valério e Maurício Takao Fuzita</i>	57
Sonegação e impunidade <i>Marco Aurélio Dutra Aydos</i>	69
O assédio moral nas relações de trabalho <i>Sebastião Vieira Caixeta</i>	91

II Doutrina Internacional

Terrorism and the Applicability of International Humanitarian Law: The Mujahir Case <i>Sven Peterke</i>	99
---	----

III Especial – Novo Código Civil

Autoria nos crimes societários e o novo Código Civil <i>Celso Antônio Três</i>	111
A responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor e no novo Código Civil <i>Duciran van Marsen Farena</i>	117
O portador de deficiência e o idoso no novo Código Civil <i>Werton Magalhães Costa</i>	135

IV Lançamento de livros de integrantes do MPU	139
--	-----

APONTAMENTOS ACERCA DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

*André Ramos Tavares**

Sumário: 1. Acesso ao Judiciário. 2. Direito de ação. 3. Acesso ao Direito. 4. Acesso à Justiça

1. Acesso ao Judiciário

1.1 Fundamento

O princípio do acesso ao Judiciário é um dos pilares sobre o qual se ergue o Estado de Direito¹, pois de nada adiantariam as leis regularmente votadas pelos representantes populares se, em sua aplicação, pudessem padecer do desrespeito direto e não-controlável, seja por parte da sociedade, seja pelos operadores oficiais do Direito. É necessário que se estabeleça um órgão² com a competência específica para proceder ao controle da observância do princípio da soberania popular, de respeito às leis.

O próprio princípio da legalidade, portanto, requer que haja a apreciação de lesão ou ameaça a direito pelo órgão designado pelo sistema para proceder a essa verificação. Dentro da idéia clássica de tripartição de funções estatais, incumbe ao Poder Judiciário o papel de se manifestar, como última instância, sobre as lesões ou ameaças de lesões a direito.

Precisamente nesse sentido, assevera Maria Tereza Sadek que:

* André Ramos Tavares é professor dos cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP), coordenador do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Bandeirante de São Paulo (Uniban/SP) e coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Centro de Extensão Universitária.

¹ “Formalmente, desde a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil pode ser classificado como um Estado de Direito e uma democracia. Liberdades e direitos individuais coletivos são garantidos, bem como há o império da lei”. SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 7.

² Na França, embora não deixe de se fazer presente o Estado de Direito, a divisão de funções à qual ali se procedeu desvia boa parcela das funções que normalmente são desempenhadas pelo Poder Judiciário para o denominado “contencioso administrativo”. De qualquer sorte, isto significa que há um órgão – embora nem sempre representado pelo Judiciário – que procede à análise dos casos de lesão ou ameaça a direito. É que o contencioso administrativo não integra, formalmente falando, a estrutura judiciária, embora desempenhe notadamente a função jurisdicional. No Brasil, o contencioso administrativo a que se referia a Constituição de 1967 nunca chegou a ser implementado na prática.

“Os direitos são letra morta na ausência de instâncias que garantam o seu cumprimento. O Judiciário, deste ponto de vista, tem um papel central. Cabe a ele aplicar a lei e, conseqüentemente, garantir a efetivação dos direitos individuais e coletivos. [...] No exercício de suas funções, o Judiciário, segundo prescreve a Constituição brasileira, tem duas faces: uma, de poder de Estado; outra, de prestador de serviços. Tanto em um caso como no outro, há, primordialmente, a distribuição de justiça. Não se trata, é claro, de uma justiça abstrata, mas de possuir a palavra final, quer sobre conflitos de natureza eminentemente política, quer sobre disputas privadas”³.

Conforme as ponderações de Carmem Lúcia Antunes Rocha, “O direito à jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a prestação daquela atividade. A jurisdição é, então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado”⁴.

A existência de uma instância estatal responsável por assegurar os direitos declarados formalmente, pois, é, por si mesma, igualmente, um direito, o direito à jurisdição, como bem ponderou Carmem Lúcia Antunes Rocha. É a lição que se apreende em Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“As próprias garantias em sentido estrito são de determinado ângulo direitos fundamentais. Sim, porque há um direito a não sofrer censura, a não ter confiscados os bens, a recorrer ao Judiciário, a impetrar mandado de segurança ou a requerer habeas corpus. São direitos subjetivos à garantia: direitos-garantia, portanto”⁵.

Por fim, nas palavras de José Augusto Delgado:

“A abertura da via judiciária como meio de proteger os direitos fundamentais do cidadão deve ser concebida como uma garantia sem possibilidade de acolher lacunas. É o que exprime o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao determinar que ‘a lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito’”⁶.

O direito à jurisdição é amplo e irrestrito.

³ Op. cit., p. 8.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 33.

⁵ *Direitos humanos fundamentais*. 2. ed. p. 33.

⁶ DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 69.

1.2 Limitação imposta ao legislador

O princípio do acesso ao Judiciário significa que nenhuma controvérsia sobre direito poderá ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Nessa perspectiva, o comando constitucional dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação de poderes⁷.

Neste sentido, anota Celso Bastos:

“Isto significa que lei alguma poderá auto-excluir-se da apreciação do Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, nem poderá dizer que ela seja ininvocável pelos interessados perante o Poder Judiciário para resolução das controvérsias que surjam da sua aplicação”⁸.

A judicialização de qualquer controvérsia que surja na sociedade é inafastável por meio de lei, inclusive a controvérsia que eventualmente se origine justamente em documento legislativo.

Conforme anota José Augusto Delgado,

“A amplitude desse princípio, também denominado ‘inafastabilidade do controle judiciário’, implica considerar a existência de meios processuais que protejam o cidadão contra todos os atos do poder público, quer atos de administração, quer legislativos e jurisdicionais”⁹.

Lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha que: “Inicialmente, tem-se a indeclinabilidade e a inafastabilidade da jurisdição. Como direito fundamental do cidadão – e, aliás, como é próprio de todo direito constitucional –, a jurisdição não pode ser afastada, não podendo subtraí-la do cidadão o legislador”¹⁰. Evidentemente que a auto-inclusão, livremente manifestada, em juízos não-estatais, como o caso do juízo arbitral, é admissível sem que se configure violação ao princípio em análise.

Nesse diapasão, assevera, ainda, José Augusto Delgado, que o princípio do acesso ao Judiciário, encampado no art. 5º, XXXV, “produz o efeito de impedir que o Legislativo suprima ou restrinja da apreciação judicial qualquer situação controvertida existente entre os cidadãos, reafirmando, assim, de modo solene, que a unidade da função jurisdicional deve ser preservada”¹¹.

⁷ Isso, contudo, não quer dizer que o princípio não se dirija irrestritamente a todas pessoas, que estão impedidas, por força do preceito em análise, de proceder de modo a evitar o acesso ao Judiciário pelos jurisdicionados (cf. NERY JR., Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. p. 92).

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. p. 214.

⁹ DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 69.

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. cit., p. 44.

¹¹ DELGADO, José Augusto. Op. cit., p. 70.

Em última instância, o que se apresenta, aqui, é uma questão relacionada diretamente à separação de “poderes”, não podendo o legislador pretender determinar qual a área de atuação válida do Judiciário. A este incumbe, amplamente, a apreciação das demandas que lhe devem ser apresentadas com liberdade, vale dizer, sem restrições, como visto acima.

“O princípio do amplo acesso ao Judiciário, expressamente previsto no atual texto constitucional (art.5º, XXXV), não deixa margem de dúvida no sentido de que nenhum tipo de restrição (tal como o esgotamento prévio das vias administrativas) pode ser levantada no sentido de vedar o amplo acesso ao controle jurisdicional exercido, com exclusividade, pelo Judiciário”¹².

Vicente Greco Filho lembra que:

“Nesse dispositivo acha-se garantida a faculdade de pedir ao Judiciário a reparação da lesão de direito, praticada por particulares ou pelos próprios agentes do poder público, de tal forma que nem mesmo as leis processuais poderão estabelecer hipóteses que impeçam o exercício desse direito”¹³.

A doutrina, portanto, é uníssona nessa matéria. Por fim, cumpre ressaltar que o princípio do acesso, no magistério de José Augusto Delgado, é um importante potencializador da manifestação estatal em declarar o direito. Escreve o autor que:

“Merece aplausos essa posição que acentua, assim, com faceta mais potencializada, uma das conseqüências da própria soberania estatal, que é a de não permitir a qualquer cidadão que evite o jus imperii do Estado. Este deve ser monopolizador da Justiça, sem ser tentado, em nenhuma hipótese, a liberar para a composição privada a possibilidade de, por meios válidos e coativos, resolver definitivamente interesses em conflito”¹⁴.

Em síntese, nem a legislação pode auto-excluir sua própria apreciação do Judiciário, nem poderá atribuir a terceiros a realização da tarefa pertencente (em termos constitucionais) ao Judiciário, ao qual reconhece-se a tarefa de compor os interesses em conflito em face da lei.

1.3 Acesso imediato e irrestrito

Conseqüência direta do princípio é a não-aceitação da chamada instância administra-

¹² FRIEDE, Reis. *Curso de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. p. 160.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, p. 41.

¹⁴ DELGADO, José Augusto. *Op. cit.*, p. 70.

tiva forçada, ou jurisdição condicionada¹⁵, por meio da qual era possível impor-se ao particular, que pretendesse discutir com a Administração a necessidade de recorrer primeiramente às vias administrativas e, somente uma vez esgotado este meio, lançar-se às vias judiciais.

O único caso admitido no Direito pátrio é o referente à Justiça Desportiva, com relação à qual a própria Constituição impõe o prévio esgotamento das instâncias administrativas próprias, no caso de ações relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, § 1º). No entanto, para que não houvesse procrastinação no trâmite do feito e, por conseguinte, impedimento indireto de acesso ao Judiciário, o legislador constituinte foi extremamente sábio e inseriu um prazo máximo de sessenta dias para a manifestação final desta instância jurisdicional administrativa (art. 217, § 2º). A partir do vencimento desse prazo, que se inicia com a instauração do processo, desfaz-se a necessidade do prévio esgotamento, vale dizer, subentende-se já estar *superado* o curso administrativo forçado que, no caso, é temporalmente delimitado.

Emergindo a lesão, ou caracterizando-se a ameaça de lesão a direito, surge, ao seu titular, a possibilidade de tutela, imediata, pela via judiciária, salvo a ressalva constitucional indicada.

É necessário, contudo, proceder a uma análise mais detida dessa afirmação, especialmente em alguns pontos que têm gerado grande polêmica.

1.3.1 Comissões de Conciliação Prévia

Em recente mudança promovida no âmbito da Justiça Trabalhista vislumbra, parcela da doutrina, uma afronta ao princípio do livre acesso à Justiça, em virtude das denominadas “Comissões de Conciliação Prévia”, introduzidas pela Lei nº 9.958/00.

Tal comissão, se existente no âmbito da empresa, é instância administrativa forçada para a solução de conflitos individuais do trabalho, uma vez que somente se frustrada for a conciliação em referidas comissões é que se franqueia ao trabalhador apresentar sua demanda ao Poder Judiciário.

O termo de conciliação do prévio “julgamento” feito pela Comissão, se frustrada, por óbvio, é condição para o exercício da ação na Justiça do Trabalho. Há, nitidamente, uma limitação quanto à possibilidade de o trabalhador oferecer imediatamente a ação para apreciação jurisdicional¹⁶.

Cumprе salientar, ainda, que as Comissões de Conciliação Prévia também violam o princípio do livre acesso à Justiça pelo fato de o termo de conciliação ter eficácia liberatória geral, exceto quando expressamente ressalvada¹⁷. Isso quer dizer, na Justiça do Trabalho, que se o empregado tiver pleiteado somente verbas rescisórias, mesmo tendo direito inequívoco a adicional noturno, por exemplo, com o eventual êxito na conciliação, e não ressalvado no termo que se trata apenas de acordo relacionado às verbas rescisórias, esse empregado nada mais poderá reclamar, pois o termo conciliatório equivale a uma quitação plena de todos os débitos que poderiam emergir do contrato de trabalho.

¹⁵ No mesmo sentido do texto: BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 214; NERY JÚNIOR, Nelson. Op. cit., p. 99-100.

¹⁶ Note-se, ademais, com José Carlos Arouca, que essa lei “completou dois anos sem agradar a ninguém e não resolveu a extraordinária e sabidamente artificial conflituosidade das relações de trabalho” (O triste fim das comissões. *Tribuna do Direito*, jul. 2002).

¹⁷ Nesse sentido: AROUCA, José Carlos. Op. cit., p. 28.

1.3.2 Arbitragem

A introdução da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que reforçou o instituto internacionalmente aceito da arbitragem, gera polêmica exatamente acerca de estar ou não violando o princípio do acesso ao Judiciário.

A tergiversação doutrinária está centrada, basicamente, num eventual caráter usurpatório dos tribunais arbitrais.

No entanto, assevera Pedro A. Baptista Martins que

“afora as conhecidas vantagens – celeridade, informalidade e confidencialidade – que o processo arbitral costuma proporcionar, cremos que, numa visão macro, essa importante via de solução das controvérsias desempenha papel relevante e primordial como instrumento eficaz de acesso à Justiça”¹⁸.

É preciso, contudo, contextualizar o sistema arbitral. Trata-se de meios paralelos à Justiça estatal para o enfrentamento de questões de alta especialidade técnica. Portanto, a arbitragem não está relacionada com a busca da efetividade para as demandas economicamente simples. Anota Carlos Alberto Carmona que “[...] a arbitragem não substitui com vantagem a atividade jurisdicional do Estado em toda e qualquer hipótese: o sigilo, o custo da arbitragem e a rapidez, na realidade, não são motivos que levam os interessados a escolher a solução pela via arbitral.

“A rigor, a arbitragem é imprópria para a solução de litígios que envolvam valores de pouca monta (já que o aparato arbitral seria desproporcionalmente oneroso) ou que envolvam matéria de escassa complexidade, para as quais o Poder Judiciário está suficientemente aparelhado. Daí o fracasso da experiência arbitral nos Juizados Especiais de Pequenas Causas”¹⁹.

Contudo, analisando a problemática instaurada acerca da arbitragem e o princípio do acesso (ao Judiciário e à Justiça), Mauro Cappelletti e Bryant Garth observam que:

“Dadas as delongas e despesas freqüentemente características dos litígios, essas alternativas podem reduzir as barreiras de custas para as partes e, pela utilização de julgadores mais ativos e informais, beneficiar substancialmente as partes mais fracas [...]. Existem vantagens óbvias tanto para as partes quanto para o sistema jurídico, se o

¹⁸ MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Coords.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. p. 1-4.

¹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. p. 16.

litígio é resolvido sem necessidade de julgamento. A sobrecarga dos tribunais e as despesas excessivamente altas com os litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e mediatas, tais como o juízo arbitral”²⁰.

Seja como for, não se pode ignorar que ao desviar do Judiciário algumas das questões mais complexas do Direito, a arbitragem promove a conseqüente liberação do sistema oficial, que poderá mover-se com maior agilidade e, dessa forma, atender a uma das demandas por acesso à Justiça, a celeridade.

Sobre uma nova vertente introduzida pelo advento da arbitragem, Carlos Aberto Carmona, entende que

“[...] parece ser universal a tendência de ampliar o conceito de jurisdição, na medida em que aumenta o grau de participação e o interesse popular na administração da justiça (escopo político da jurisdição). Daí referir-se Ada Pellegrini Grinover a uma ‘acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica’, que incluiria a chamada justiça conciliativa e, a nosso ver, também a arbitragem”²¹.

Essa natureza jurisdicional da arbitragem seria, nos dizeres de José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista, que os árbitros e os juízes

“[...] possuem a mesma jurisdição, entendida esta como autoridade para declarar o Direito, com a diferença de que a do juiz é conferida pela comunidade, pela Constituição e a do árbitro pelas partes, pela convenção arbitral.

“Essa tese publicista da arbitragem não nega que ela repousa em convenção arbitral, mas sustenta que, firmada esta, nascida a jurisdição dos árbitros, emerge o caráter jurisdicional preponderante da arbitragem. O compromisso seria um contrato especial de direito público, instituindo normas de processo”²².

Cumpra, aqui, transcrever o disposto no art. 31 da Lei nº 9.307/96 com o seguinte comando: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”.

Todavia, assinala em sentido contrário à infastabilidade da decisão arbitral do reexame judicial Edoardo F. Ricci. Assevera o autor que:

²⁰ *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. p. 82-83.

²¹ *Op. cit.*, p. 37.

²² MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. p. 72.

“Um dos aspectos mais importantes da disciplina da arbitragem reside na possibilidade de impugnação judicial da sentença nela proferida, prevista não só na lei (arts. 32 e 33, Lei 9.307/96), mas também e sobretudo da Constituição.

“Na interpretação que preferimos, a previsão constitucional encontra-se no inc. XXXV do art. 5º (CF). Na nossa opinião, tal disposição não suscita problemas no que concerne à arbitragem, porque o acesso ao Poder Judiciário é resguardado mediante a possibilidade de impugnação da sentença arbitral. Esta é o ato capaz de produzir lesão ou ameaça a direito, contra o qual a ação judicial não pode ser excluída pela lei. Assim, qualquer arbitragem é permitida, caso a sentença seja impugnável por ação judicial. A lei não pode excluir, do exame do Poder Judiciário, sentença proferida pelos árbitros”²³.

Pedro A. Baptista, ao discorrer sobre a arbitragem consensual, assegura que,

“no âmbito da autonomia da vontade, da liberdade de contratar, podem os interessados renunciar a direitos que o Estado entende disponíveis e, assim, sujeitar-se a processo privado de solução de conflitos, em conformidade com as regras e os julgadores definidos e escolhidos por volição própria e espontânea.

“Até porque, ao renunciar ao direito político contido no inciso XXXV, art. 5º da CF fazem-no, deliberadamente, em prol de outros direitos, também relevantes e fundamentais”²⁴.

Tendo em vista os benefícios diretos e indiretos para a prestação jurisdicional, não há como pretender que a arbitragem seja inconstitucional ou que possa a decisão arbitral ser desconsiderada pelo Judiciário.

1.4 Indeclinabilidade da prestação jurisdicional pelo Judiciário

O princípio do acesso na perspectiva do Poder Judiciário deve ser analisado em conjunto com o princípio da indeclinabilidade da prestação jurisdicional por esse poder, segundo o qual este não pode se abster de julgar, seja qual for o motivo alegado. Mesmo na falta de norma, deve o magistrado apreciar a questão e apresentar-lhe solução final, baseada nos critérios que o sistema jurídico determina, quais sejam, os princípios constitucionais, os usos e costumes e a analogia.

²³ RICCI, Edoardo F. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. *Revista de Processo*, nº 96, p. 17, out./dez. 1999.

²⁴ MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 24.

Vicente Greco Filho anota que: “Por mais complexa que seja a relação jurídica e a norma legal que a define, é obrigado o juiz a apreciar o pedido, dizendo de sua procedência ou improcedência, desde que presentes as condições da ação e a regularidade formal do processo”²⁵.

É essa, no entanto, a manifestação do Supremo Tribunal ao afirmar que:

“A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do art. 5º da Carta da República”²⁶.

Realmente, de pouca ou nenhuma valia seria a declaração do princípio da legalidade (Estado de Direito), do princípio do amplo acesso ao Judiciário se, de outra parte, permitir-se ao magistrado quedar-se inerte em sua função de proteção do Direito quando provocado a manifestar-se.

1.5 Acesso ao Judiciário no Direito Constitucional brasileiro

Pontes de Miranda considerou a inafastabilidade do controle judicial como “princípio intrínseco à sistemática constitucional”²⁷ de 1891, embora seja certo que não houve referência expressa por essa Constituição ao princípio em apreço.

O princípio do amplo acesso ao Poder Judiciário remonta, na história constitucional pátria, à Constituição de 1946, que foi a primeira a *expressamente* determinar que “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

A criação de instância administrativa obrigatória foi franqueada por força da Emenda Constitucional nº 7/77 à Constituição de 1967/69²⁸. Dado os termos amplos em que é colocado o princípio atualmente, não há mais lugar para este tipo de imposição.

O art. 5º, inc. XXXV, da atual Constituição, declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Anota Nelson Nery Jr. que: “Isto quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos”²⁹.

E ainda, em decisão proferida por ocasião de greve do Judiciário estadual, asseverou que: “Poder Nacional, jungido à garantia constitucional da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV), ao Judiciário incumbe prover, em casos inadiáveis, para que a interrupção dos serviços de um setor do seu mecanismo não frustre o direito dos que reclamam a prestação de justiça”³⁰.

²⁵ Op. cit., p. 42.

²⁶ STF – REExt n.172.084/MG – Rel. min. Marco Aurélio, DJ de 3 nov. 1995.

²⁷ *Comentários à Constituição de 1967*: com a Emenda nº 1 de 1969. t. V, p. 104.

²⁸ Esta emenda constitucional permitia que a lei condicionasse o ingresso em juízo à exaustão das vias administrativas.

²⁹ NERY JR., Nelson. Op. cit., p. 94.

³⁰ STF – 1ª T. – HC nº 68.653/DF – Rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ, Seção I, 28 jun. 1991, p. 8906.

Vale consignar, por fim, que por muito tempo o princípio do acesso ao Judiciário foi considerado como sinônimo de acesso à Justiça, como se fosse suficiente apresentar uma estrutura (judiciária) para garantir a prestação de justiça. Como se verificará, o princípio do acesso à Justiça não se confunde com o do acesso ao Judiciário, embora este faça parte daquele.

1.6 O acesso à jurisdição na perspectiva da Justiça

Discorda-se, aqui, contudo, da posição daqueles que entendem que apenas o Judiciário exerce jurisdição no sentido de que “toda decisão definitiva sobre uma controvérsia jurídica só poderia ser exercida pelo Poder Judiciário”³¹.

É que casos há – e necessariamente previstos na Constituição – nos quais há jurisdição exercida por órgãos fora da estrutura orgânica própria do Poder Judiciário. Como exemplos, há o caso do julgamento de *impeachment*, realizado pelo Poder Legislativo, ou da jurisdição administrativa, na qual uma decisão pode, evidentemente, acabar assumindo o papel de definitiva (dada a preclusão que ocorre para a Administração e, eventualmente, a prescrição da ação judicial competente para proceder à revisão daquela decisão administrativa). Há ainda a jurisdição “privada”, admitida que é a arbitragem no Direito pátrio.

O sentido de jurisdição, portanto, é o de “dizer o Direito”, atividade que é desempenhada não apenas pelos órgãos judiciários estatais oficiais. Pode-se dizer, pois, que o Judiciário exerce função jurisdicional, mas nem toda função jurisdicional é ditada pelo Judiciário.

2. Direito de ação

Desde que o Estado reclamou para si o monopólio do uso da força (proibindo a autotutela privada), assumiu o dever de assegurar *sempre* uma prestação jurisdicional como solução definitiva para as controvérsias sociais. Daí a já referida indeclinabilidade da prestação jurisdicional quando solicitada pelo cidadão. É preciso, contudo, caminhar na análise desse fenômeno para explorar com maior profundidade o que se denomina como “direito de ação”.

Djanira Maria Radamés Rocha de Sá observa que:

“Quando a Constituição define, em seu art. 5º, XXXV, que ‘lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’, ela garante a necessária tutela estatal aos conflitos ocorrentes na vida em sociedade, relativos tanto a direitos individuais, quanto a direitos difusos e coletivos. Via de conseqüência, não tem mais sentido a recomendação legal de exaustão da via administrativa como condição para o ingresso em juízo, salvo na hipótese constitucional relativa à justiça desportiva.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit., p. 213.

*“O que aqui se contempla é o direito de ação, direito público subjetivo exercitável até mesmo contra o Estado, que se caracteriza pelo interesse processual, pela necessidade da tutela jurisdicional para reparação de um direito violado”*³².

Giuseppe Chiovenda observa a estreita conexão entre o direito de ação e a lesão a direitos. Para o autor,

*“[...] a ação é um dos direitos que podem fluir da lesão de um direito; e eis como aquela se apresenta na maioria dos casos: como um direito por meio do qual, omitida a realização de uma vontade concreta da lei mediante a prestação do devedor, se obtém a realização daquela vontade por outra via, a saber, mediante o processo”*³³.

O direito de ação significa a possibilidade de que qualquer pessoa possa dirigir-se ao Judiciário, provocando o exercício da jurisdição, e dele obter uma resposta. Como bem afirma Eduardo Cambi, o direito de ação “assegura a efetividade dos instrumentos necessário à obtenção da tutela jurisdicional”³⁴.

Pode-se falar, igualmente, em direito a uma tutela jurisdicional. Pinto Ferreira assinala que:

*“Tutela Jurisdicional é a faculdade que tem a pessoa de exigir do Estado a proteção de seus direitos e interesses. O Estado proíbe os particulares de fazerem justiça pelas próprias mãos, razão pela qual instituiu um órgão entre os Poderes, o Judiciário, para garantir tal proteção. É o juiz ou o tribunal quem se obriga perante o Estado, do qual é órgão, a exercer tal ofício, com o dever de prestar a referida tutela jurisdicional ao particular, que a exige ou a requer”*³⁵.

O direito de ação configura-se como consentâneo à efetividade da tutela jurisdicional, pois, para o exercício da jurisdição, esta deve ser provocada por meio da ação (*Ne procedat iudex ex officio e Nemo iudex sine actore*).

Uma vez mais há de se invocar o princípio da igualdade para deixar certo que qualquer pessoa, independentemente de condições pessoais, opções ideológicas, religiosas ou políticas, tem o direito inalienável, na sociedade contemporânea, de invocar a atuação particularizada do Judiciário, para solucionar possível violação de seus direitos. Em outras palavras, não se toleram obstáculos ao exercício do direito de ação, sejam de que natureza forem.

Nelson Nery e Rosa Nery apontam que

³² SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. p. 105.

³³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. p. 20-21.

³⁴ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. p. 115.

³⁵ FERREIRA, Pinto. *Código de processo civil comentado*. v. 1, p. 18.

“todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória de um direito individual, coletivo ou difuso. Ter direito constitucional de ação significa poder deduzir pretensão em juízo e também poder dela defender-se. [...] A facilitação do acesso necessário à justiça, como a assistência jurídica integral (CF, art.5º, LXXIV), é manifestação do princípio do direito de ação. Todo expediente destinado a impedir ou dificultar sobremodo a ação ou a defesa no processo civil constitui ofensa ao princípio constitucional do direito de ação”³⁶.

Nesse sentido, é preciso deixar claro que para provocar a jurisdição não se exige que o argüente seja o verdadeiro titular do direito substancial envolvido. É suficiente, para obter o acesso (e exercer o direito de ação) sustentar (afirmar) a existência de um direito substantivo e sua titularidade.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inc. XXXV, declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Trata-se, pois, do direito de ir a juízo, de apresentar-se perante o Estado-juiz e, provocando-o, exigir a adequada prestação estatal ou uma resposta satisfatória.

Com efeito, segundo lecionam Nelson Nery e Rosa Nery, a tutela jurisdicional adequada

“[...] entende-se a que é provida da efetividade e eficácia que dela se espera. Caso o jurisdicionado necessite de atuação pronta do Poder Judiciário, como, por exemplo, a concessão de medida liminar, pelo princípio constitucional do direito de ação tem ele direito de obter essa liminar”³⁷.

Como se verifica do desenvolvimento aqui efetuado, compreende-se no princípio do acesso o direito de ser ouvido em juízo, o que equivale a dizer que é imprescindível uma resposta adequada do Estado-juiz à demanda apresentada.

2.1 Condições da ação

Não há como negar-se que o direito à pretensão da tutela jurisdicional não é absoluto, como anota Vicente Greco Filho: “Ele nasce quando a pessoa reúne certas condições, previstas na legislação processual e de direito material e que são: a legitimidade para a causa, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido”³⁸.

Nelson Nery e Rosa Maria Nery asseveram que o princípio constitucional do direito de ação não pode ser obstaculizado de modo a impedir seu exercício. No entanto, é preciso

³⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. p. 21.

³⁷ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Op. cit.*, p. 21.

³⁸ GRECO FILHO, Vicente. *Op. cit.*, p.41.

“[...] que a parte preencha as condições da ação (CPC, 267 VI) para que possa obter a sentença de mérito”³⁹.

Declara o Supremo Tribunal Federal:

“Os princípios constitucionais que garantem o livre acesso ao Poder Judiciário, o contraditório e a ampla defesa, não são absolutos e não de ser exercidos, pelos jurisdicionados, por meio das normas processuais que regem a matéria, não se constituindo negativa de prestação jurisdicional e cerceamento de defesa a inadmissão de recursos quando não observados os procedimentos estatuídos nas normas instrumentais”⁴⁰.

Com efeito, cabe ressaltar que *“[...] essas previsões não encontram nenhuma incompatibilidade com a norma constitucional, uma vez que trata de requisitos objetivos e genéricos, que não limitam o acesso à Justiça, mas regulamentam-no”*.

“Portanto, a necessidade de serem preenchidas as condições da ação e os pressupostos processuais, bem como a observância dos prazos prescricionais e decadenciais para o exercício do direito de ação, são previsões que, apesar de limitadoras, caracterizam-se pela plausibilidade e constitucionalidade”⁴¹.

Quando se fala que o princípio aqui em análise não é absoluto, essa afirmativa pode assumir mais de um sentido. Um deles é o que vai exposto acima, significando que o direito de ação envolveria o direito ao desenvolvimento de um processo e, pois, como isso nem sempre vai ocorrer, tem-se uma relativização dele. De outra parte, contudo, pode-se considerar que o próprio conceito de direito de ação é relativo, ou seja, não inclui o direito de propor ação e de obter um processo se não forem preenchidas determinadas condições ou pressupostos. Contudo, esse conjunto de elementos relativizadores do direito de ação devem ser razoáveis, sob pena de inconstitucionalidade. Não seria admissível, por exemplo, uma lei que estabelecesse como condição para o exercício de qualquer ação a prova prévia dos fatos controvertidos. De outra parte, seria flagrantemente inconstitucional a lei que impedisse determinada categoria de pessoas, v.g., os que ganham abaixo de dois salários-mínimos ou os que ultrapassam 1.000 salários de referência, de responderem ou de proporem, respectivamente, ações na Justiça que tivessem por objeto reparação monetária.

2.2 O direito de ação na perspectiva da Justiça

Como anota Marinoni, o direito de acesso não é apenas o direito de ir a juízo, “mas

³⁹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Op. cit., p. 21.

⁴⁰ STF – Pleno – AgRg nº 152.676/PR – Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ, Seção I, 3 nov. 1995.

⁴¹ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. p. 292.

também quer significar que todos têm direito à adequada tutela jurisdicional ou à tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva”⁴².

Discute-se, pois, dentro deste temário, o ponto relativo às condições da ação e aos pressupostos processuais, cuja presença é reclamada por lei, para que haja conhecimento da demanda por parte do Poder Judiciário. A questão é a de se saber se tais exigências ferem o amplo e irrestrito direito de acesso ao Judiciário, tal como previsto na Constituição Federal.

Ora, ao se garantir o acesso à Justiça e, com ele, o amplo direito de ação, na realidade, não se pretende garantir o desenvolvimento de qualquer processo sem qualquer fundamentação material. A Constituição não tem como escopo assegurar um direito abstrato de acesso à Justiça.

Mas, sendo o direito de ação a possibilidade de exercer todos os meios necessários à obtenção de uma solução jurisdicional definitiva, evidentemente que esse direito não se esgota na mera possibilidade de ingressar em juízo, indo além, para alcançar, além da provocação ampla já assinalada, também a possibilidade de desenvolvimento de uma participação processual ampla, envolvendo a argumentação e a produção probatória, bem como a própria decisão final em si, colocando termo ao litígio da maneira mais adequada possível (forma de tutela específica, consoante o direito material envolvido).

Assim, direito de ação não é apenas a possibilidade de provocar o processo judicial, mas também o direito de acompanhá-lo, com todas as implicações daí decorrentes.

Esse direito de acompanhamento processual não é apenas o direito de assistir inerte ao desenrolar do rito processual, até porque para que isso ocorra a parte é elemento essencial, provocando, a cada etapa, o magistrado da causa. O direito de acompanhamento de que se fala aqui envolve, especialmente, o direito de apresentação de alegações, de provas, de sustentações. É nesse sentido que Eduardo Cambi conclui que *“a garantia da ação, em uma perspectiva constitucional, compreende um complexo tecnicamente indeterminado de situações processuais ativas”⁴³*, ou seja, a possibilidade de participação processual efetiva, a ser vivenciada por meio de sustentações e produção probatória ampla.

Em síntese que exprime com clareza e completude a idéia acima, Eduardo Cambi anota que

“sob o enfoque constitucional, o direito de ação não é apenas um poder genérico de provocar a atuação jurisdicional, mas implica a concessão de poderes específicos de agir em juízo, compreendendo um conjunto de iniciativas e de faculdades, que vão além do mero ato de introdução da demanda no processo, abrangendo outro complexo de atividades das partes, consideradas indispensáveis à obtenção da tutela efetiva do direito material ou do interesse lesado. A garantia constitucional da ação não assegura o mero direito ao processo, mas o direito ao processo justo, dentro do qual está compreendido o direito

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. p. 20.

⁴³ CAMBI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 117.

à prova, com o reconhecimento da possibilidade de fazer admitir e experimentar todos os meios probatórios permitidos (ou não vedados) pelo sistema, desde que relevantes para a demonstração dos fatos que servem de fundamento para a pretensão”⁴⁴.

Daí decorre o processo *justo individual*, de que fala Mauro Cappelletti.

3. Acesso ao Direito

O tema do acesso à Justiça e ao Direito implica uma abordagem multidisciplinar, especialmente no que tange a um adequado preenchimento de seu conteúdo. Assim, é imprescindível reconhecer as dificuldades financeiras das pessoas e exigir do Estado a prestação de assistência jurídica às pessoas carentes economicamente.

É que muitas vezes o cidadão desconhece seus direitos, ou, dito de outra forma, não tem aptidão (conhecimento técnico) para reconhecer um direito que lhe está contemplado pelo ordenamento jurídico. Trata-se da problemática que, nos países menos desenvolvidos, é extremamente angustiante: o acesso à informação. Obviamente que o particular prescindirá de uma assistência quanto maior for o seu grau de escolaridade e de cultura. Ao contrário, o desconhecimento do Direito pode provocar a impunidade em sua eventual violação. Daí a necessidade de *acesso ao Direito*, o que só se poderá obter, em tais situações, se o Estado disponibilizar agentes para realizarem uma identificação de conflitos sociais e violações de direitos (incluindo os individuais), informando aqueles atingidos (para que possam tomar as providências necessárias). A longo prazo, evidentemente, a solução deverá ser outra, com o aumento da escolaridade média.

Aliás, sublinhe-se que pode ocorrer o desconhecimento da própria significação do Judiciário. Oscar Dias Corrêa anota que ocorre uma “conscientização, ampliada a todas as camadas da população, de que o Judiciário existe para assegurar os direitos do cidadão, a serem exercitados em face dos outros cidadãos, da sociedade e do próprio Poder Público”⁴⁵.

Normalmente a falta de informação caminha conjuntamente com a hipossuficiência, com o que esses casos geram também a necessidade de o Estado proceder à assistência jurídica por meio de advocacia pública gratuita.

Asseveram Cinthia Robert e Elida Séguin que:

“No Acesso aos Tribunais vislumbra-se mais facilmente a figura do julgador, pois será o Estado-Juiz que dará a palavra final, resguardadas as devidas possibilidades recursais.”

“Quanto ao aspecto do Acesso ao Direito, quem será por ele responsável? A Defensoria Pública, órgão político do Estado, densificador da Democracia e do Estado de Direito”⁴⁶.

⁴⁴ CAMBI, Eduardo. Op. cit., p. 118.

⁴⁵ CORRÊA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, nº 98, p. 156.

⁴⁶ ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos: acesso à Justiça*. p. 181.

A Defensoria será responsável por um dos aspectos do acesso ao Direito (após a identificação da violação do Direito). É preciso, contudo, criar órgãos capazes de proceder à identificação das lesões (momento prévio à sua apresentação em juízo). Em parte, como se sabe, o Ministério Público promove essa função, ao menos no que se refere, v.g., aos consumidores e aos menores de idade.

4. Acesso à Justiça

4.1 Significado

Anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão “acesso à Justiça”

“serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. [...] Uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo”⁴⁷.

Havia um conceito inicial de acesso à Justiça, no sentido de que o Judiciário deveria encontrar-se “aberto a todos”, o que levou um jurista americano a observar: “*Justice is open to all, like the Ritz Hotel*”. Era o conceito já apresentado de acesso ao Judiciário, insuficiente na realidade contemporânea.

Ora, vale lembrar que por muito tempo a máquina judiciária só poderia ser “enfrentada” por aqueles que pudessem fazer frente aos seus altos custos. Essa situação esteve bem presente para Ihering, quando assinalou:

“Aquele que deixou cair um franco na água não despende nunca dois para o reaver; para ele a questão de saber quanto gastará nisso é um puro cálculo de aritmética. Por que não faz o mesmo cálculo a propósito de um processo? E não se diga que, contando ganhar o processo, espera portanto que as despesas cairão sobre o adversário. O jurista sabe que muitas vezes a certeza de pagar caro o triunfo não impede um processo”⁴⁸.

Fernando Passos, ao discorrer sobre o princípio constitucional do acesso à Justiça nesta perspectiva, observa que

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. cit., p. 8.

⁴⁸ IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução de João Vasconcelos. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

“[...] um perfeito sistema legal de proteção a direitos, uma avançada legislação social não garantem por si sós a sua aplicabilidade. A efetividade destas normas somente poderá ser observada quando o cidadão não tenha à sua frente nenhum obstáculo de qualquer ordem a transpor para fazê-las válidas, na prática”⁴⁹.

Sobre a efetividade da prestação da tutela jurisdicional e o princípio do acesso à Justiça, comenta Sidnei Agostinho Beneti que, “se acesso à Justiça significasse apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, nisso o Brasil não estaria mal... O acesso à Justiça efetiva, de resultados concretos, não é questão retórica, mas prática”⁵⁰.

Traçando um paralelo entre os países que adotam o sistema jurídico do *common law* e os que adotam o sistema *civil law* (romano-germânico), anota Paulo Cesar Santos Bezerra que:

“Nos países do common law o problema do acesso à Justiça está desarticulado da legislação, o que não ocorre com o sistema do civil law. Se esse fator é apontado como facilitador de acesso à Justiça, nada impede que se flexibilize cada vez mais a legislação, no nosso sistema, para que se atinja maior grau de acesso à Justiça, diminuindo-se as desigualdades sociais, passo que tanto se almeja”⁵¹.

Lembra Carmem Lúcia Antunes Rocha, em lição preciosa, que:

“De nada adiantaria garantir-se no texto constitucional o direito à jurisdição com a característica que lhe é inerente de ser inafastável e indeclinável e não se propiciarem condições perfeitas a seu aperfeiçoamento ágil e conforme a seus fins. A efetividade do direito à jurisdição, vale dizer, a sua eficácia jurídica e social, a sua aplicação e observância pela sociedade, guarda estrita correlação com o dever estatal de oferecer todas as condições para que ele possa ser justamente exercido. Note-se que a indeclinabilidade da jurisdição é condição de segurança do próprio Estado, além de ser condição de garantia do cidadão”⁵².

José Renato Nalini, abalizado no magistério de Mauro Cappelletti, observa que o grande movimento de acesso à Justiça introduziu uma nova perspectiva na ordem jurídica, que é aquela dos “consumidores da Justiça”. Mauro Cappelletti, acerca dessa nova perspectiva, anota que:

⁴⁹ PASSOS, Fernando. Acesso à Justiça e modelo de administração da Justiça. Revista de Direito Constitucional e Internacional, nº 37, p. 64, out./dez. 2001.

⁵⁰ Apud PASSOS, Fernando. Op. cit., p. 65.

⁵¹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça*: um problema ético-social no plano da realização do direito. p. 98.

⁵² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. cit., p. 44.

“Trata-se do movimento no sentido de ver o Direito e a Justiça não mais no quadro da concepção tradicional – a concepção oficial dos que criam o direito, governam, julgam e administram –, mas sobretudo no quadro de concepção bem mais democrática, a dos consumidores do Direito e da Justiça”⁵³.

Continua o autor italiano, afirmando que

“o indivíduo, os grupos, a sociedade em suma, as necessidades, as exigências, as aspirações de indivíduos, grupos e sociedades, e portanto também os obstáculos (jurídicos, mas também econômicos, políticos, culturais, etc.) que se interpõem entre o direito entendido como ‘produto’ (lei, sentença, ato administrativo) e a justiça entendida como demanda social daquilo que é justo. Assim como na economia, substitui-se no direito, ou pelo menos deveria substituir-se, uma concepção concentrada exclusivamente no supply side por uma visão mais realística, na qual se insere igualmente, e assume grande importância, o demanda side”⁵⁴.

É preciso, pois, solucionar uma série de obstáculos que se apresentam ao efetivo acesso ao Judiciário. E ao pretender identificar esses obstáculos, é imperioso fazê-lo na perspectiva do “consumidor da Justiça”, do “cliente do Judiciário”.

Ora, a atual Constituição refere-se à justiça social (art. 3º, I) como um dos objetivos fundamentais da República brasileira, o que pressupõe o acesso efetivo à Justiça. Em outras palavras, é preciso considerar as diferenças sociais para propiciar um verdadeiro e adequado acesso à Justiça para todos.

4.2 O problema dos encargos processuais

Ihering compreendia o processo como um problema de dignidade e caráter (valor ideal dos direitos). Assim, para o referido autor, independentemente dos custos ou mesmo das probabilidades de vitória, a “luta pelo Direito” deve travar-se.

Sem dúvida, um dos principais problemas apontados pela doutrina como óbice ao princípio do livre acesso à Justiça é a falta de recursos econômicos de alguns para suportar os altos custos que surgem de uma demanda judicial.

Nesse sentido, lembra Luis Felipe Salomão que:

“Um dos problemas que mais afligem a sociedade brasileira moderna é a falta de acesso ao Judiciário. Algo em torno de 80% da nossa popu-

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?*, p. 91. Apud NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. p. 54.

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *RePro* 62/216. Apud NALINI, José Renato. Op. cit., p. 54.

lação é considerada carente, na acepção social e jurídica do termo, já que não pode pagar as custas, honorários de advogado e despesas de um processo sem prejuízo do sustento próprio ou da família”⁵⁵.

Já Fernando Passos, sobre a dificuldade do tratamento igualitário ao princípio do livre acesso, reputa como causa, primeiramente

“o retorno à velha questão: os pobres e os ricos. Os ricos têm acesso facilitado à Justiça, pois podem arcar com todos os ônus provenientes de uma demanda, até mesmo a falta de celeridade. Já os pobres... Pensando neste problema, e partindo da concepção de que ‘as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas’, os pensadores do direito vêm buscando a cada dia identificar os reais obstáculos enfrentados principalmente pelos pobres para que obtenham o acesso à Justiça”⁵⁶.

Horácio Wanderlei Rodrigues aponta a desigualdade socioeconômica como sendo atualmente o maior obstáculo do princípio do livre acesso. Segundo o autor:

“Tem-se, então, como pode ser visto pelo que foi exposto, que a desigualdade socioeconômica gera, em termos de acesso à Justiça, dois problemas: (a) dificulta o acesso ao Direito e ao Judiciário, tendo em vista a falta de condições materiais de grande parte da população para fazer frente aos gastos que impõem uma demanda judicial; e (b) mesmo quando há esse acesso, a desigualdade material, em contraste com a igualdade formal prevista no ordenamento jurídico, acaba colocando o mais pobre em situação de desvantagem dentro do processo”⁵⁷.

Nesse diapasão, observa José Renato Nalini:

“Dentre os obstáculos econômicos que se antepõem entre o lesado e o equipamento formulador da Justiça figura a cobrança de custas. Pese embora a gratuidade assegurada para todo aquele que alegar insuficiência de recursos para custear a demanda, na verdade há muita pobreza excluída dos serviços judiciais, diante da inevitabilidade de algum dispêndio: a realização de uma perícia, a obtenção de documentos, compromissos que não serão suportados pelo defensor constituído”⁵⁸.

⁵⁵ SALOMÃO, Luis Felipe. *Manual do Juizado de Pequenas Causas e do Consumidor*. p. 7.

⁵⁶ PASSOS, Fernando. *Op. cit.*, p. 69.

⁵⁷ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. p. 35.

⁵⁸ NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 33.

Há a assistência jurídica integral e gratuita prevista no inciso LXXIV, art. 5º, da Constituição Federal brasileira como instrumento viabilizador do princípio do livre acesso à Justiça, é dizer que

“a Constituição Federal, ao prever o dever do Estado em prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, pretende efetivar diversos outros princípios constitucionais, tais como igualdade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório e, principalmente, pleno acesso à Justiça”⁵⁹.

O reembolso das despesas com honorários advocatícios deveria ser uma das obrigações impostas pelo sistema. Mas isso depende de um certo grau de certeza (ou previsibilidade) do Direito. Em países nos quais o Direito é complexo e, com isso, desconhecido inclusive dos próprios operadores do Direito, não se pode “punir” as pessoas (ou não seria justo fazê-lo) por pleitearem, a cada passo, uma afirmação (esclarecimento) judicial sobre os direitos em jogo e seus respectivos titulares.

O princípio do livre acesso à Justiça, com a devida isenção de encargos, guarda íntima relação com os direitos humanos e o princípio da isonomia, também assegurados constitucionalmente, pois

“[...] se todos são iguais perante a lei, não pode a riqueza ser elemento a diferenciar os homens. Sem a garantia do Acesso à Justiça não pode haver o verdadeiro exercício da cidadania.

“A evolução do princípio de Acesso à Justiça acompanha passo a passo a história da luta pelos Direitos Humanos e pela Cidadania. A Assistência Judiciária e a Justiça Gratuita não são sinônimos de generosidade ou liberalidade do governo ou de uma instituição. Não é uma benesse mas um direito do cidadão, pois as garantias individuais não podem ficar apenas no papel”⁶⁰.

José Renato Nalini aponta que a burocracia no recolhimento de custas obsta a obtenção rápida e eficaz à Justiça. Preleciona o autor:

“À Justiça deve se chegar de maneira fácil. O pagamento de despesas, a par de não distinguir entre os hipossuficientes e os abastados, constitui em si um fator de prolongamento da demanda. É a necessidade de burocracia para os recolhimentos, a demora nos cálculos, o preparo a impedir que injustiças venham a ser corrigidas por instâncias superiores”⁶¹.

⁵⁹ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 440.

⁶⁰ ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. Op. cit., p. 180.

⁶¹ NALINI, José Renato. Op. cit., p. 34.

“Porém tem-se que as custas judiciais devam ser cobradas moderadamente, pois os muitos direitos em debate no Judiciário produzem efeitos patrimoniais, sob pena de transformarmos a Justiça brasileira em serviços como os oferecidos pela saúde e educação pública de massa”⁶².

Por fim, cumpre oferecer entendimento já exarado pelo Supremo Tribunal Federal:

“A fixação da alíquota da taxa em percentual único sobre o valor da causa, sem qualquer limitação, eleva os custos judiciais, dificultando o acesso ao Poder Judiciário pelas classes menos favorecidas, com ofensa à garantia inscrita no art. 153, §4º, da Constituição”⁶³. Perfeito, pois, o entendimento, já que é necessário atender a um mínimo de razoabilidade.

4.3 Causas de baixa complexidade ou de cunho econômico não-significativo

Noticia Luciana Gross Siqueira Cunha que: “A idéia de criação dos Juizados Especiais surgiu no início da década de 80, quando instalado no Rio Grande do Sul o primeiro Conselho de Conciliação e Arbitragem, com competência para decidir, extrajudicialmente, causas com o valor de até 40 ORTNs”⁶⁴.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, os Juizados Especiais passaram a fazer parte da estrutura do Poder Judiciário, conforme dicção do art. 98, I, que dispõe:

“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I – juizados especiais, providos de juízes togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

A previsão constitucional dos Juizados Especiais amplia drasticamente o princípio do acesso à Justiça. Não seria incorreto dizer-se que não há acesso à Justiça sem se proceder a uma facilitação para as causas mais simples.

É cediço o entendimento de que mesmo consciente da violação de um direito seu, o cidadão não o persegue judicialmente, por ser de reduzida expressão econômica, tendo em vista a excessiva burocracia inerente à obtenção de uma solução, às altas custas processuais, ou mesmo à morosidade do Poder Judiciário para a apreciação da demanda.

⁶² PASSOS, Fernando. Op. cit., p. 70.

⁶³ Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 112, p. 44.

⁶⁴ CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça? In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 43.

Os juizados especiais avocam para seu âmbito de atuação causas não superiores a 40 salários mínimos (art. 3º, I, da Lei nº 9.099/95), viabilizando a qualquer pessoa mais amplo acesso à Justiça.

Comenta Kazuo Watanabe que “[...] a estratégia fundamental do Juizado Especial é a facilitação do acesso à Justiça: ‘[...] o acesso é facilitado pela gratuidade [...], pela possibilidade de ingresso direto no Juizado [...] e pela descomplicação, simplificação e, sobretudo, pela celeridade do processo’”⁶⁵.

Na redação dada ao art. 2º da Lei nº 9.099/95: “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”.

Destarte, o excesso de formalismo jurídico não poderá ser óbice ao acesso à Justiça como outrora, tendo os Juizados Especiais contribuído sobremaneira para a diminuição desse formalismo, primando pelos princípios da simplicidade, oralidade e informalidade, princípios estes absolutamente antagônicos aos que vigoram ainda hoje na Justiça comum.

4.4 Acesso à Justiça e direito do consumidor

A defesa dos direitos do consumidor, e por conseguinte sua facilitação, também é assegurada constitucionalmente, por meio do disposto no art. 5º, inciso XXXII, assim redigido: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

Com efeito, lembra Ada Pellegrini Grinover, ao tecer comentários acerca do Título III do Código de Defesa do Consumidor, sob o título “Da defesa do consumidor em juízo”, que esta

“coaduna-se com seu espírito, que é de defesa do consumidor, devendo ser entendida em sentido amplo: o Título não compreende apenas a defesa processual stricto sensu, com as exceções opostas pelo consumidor, mas sim toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, tanto na posição de réu, como na de autor, a título individual ou pelos entes legitimados às ações coletivas. Trata-se, portanto, da tutela judiciária dos direitos e interesses do consumidor.

“Justamente por isso, a preocupação do legislador, nesse passo, é com a efetividade do processo destinado à proteção do consumidor e com a facilitação de seu acesso à Justiça”⁶⁶.

A preocupação em oferecer maior importância à tutela dos direitos do consumidor, bem como propiciar-lhe o acesso à Justiça,

“reside no fato de que o consumidor, nas modernas sociedades industriais, é titular, em regra, de direito que outra coisa não é senão um fragmen-

⁶⁵ *Apud* CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Op. cit., p. 44.

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 293.

to de mais vasto direito 'difuso', diante da produção e circulação 'em massa' dos bens, o mesmo tipo de produto destina-se a muitíssimos consumidores, cada um dos quais, se o produto é defeituoso não terá senão um 'fragmento' do dano total causado pelo 'mass wrong-doer' ”⁶⁷.

Ante o exposto, lembra Mauro Cappelletti:

“Mesmo que um ou alguns dos consumidores tivesse coragem de pôr em movimento o sistema jurisdicional, os resultados, segundo os tradicionais esquemas individualísticos da Justiça, seriam praticamente irrelevantes, decerto incapazes de eficácia dissuasórias em face do produtor ou distribuidor”⁶⁸.

Nesse mesmo sentido, Vassili Christianos chama a atenção também para a dificuldade em assegurar o direito do consumidor de acesso à Justiça nas legislações grega e francesa. Anota o autor que

“como as duas sociedades, francesa e helênica, seguem caminhos paralelos, foi também assinalado na Grécia que o novo direito material deveria adotar, por sua vez, novas regras de processo, pois o direito judiciário privado tradicional não estaria suficientemente armado, assim como o direito material, quanto à proteção eficaz do consumidor, para fazer face a uma exigência fundamental da sociedade industrial: o acesso do consumidor à Justiça. O professor Jean Calais-Auloy enfatiza judiciosamente que de nada serve elaborar regras fundamentais, se estas vão permanecer como letra morta, deixando de ser para o consumidor um meio de acesso à Justiça”⁶⁹.

O processo civil teve de sofrer profunda transformação, já que moldado para dar suporte aos litígios meramente individuais. Esse foi, sem dúvida, um primeiro passo para a efetivação do acesso à Justiça no que tange aos direitos difusos e coletivos.

Lembra Ada Pellegrini Grinover, ao comentar os instrumentos de tutela implantados pelo Código do Consumidor, que: “São esses os traços principais do novo processo brasileiro do consumidor, marcados pela eficiência e pela instrumentalidade e acompanhados por técnicas que visam a facilitar o acesso à Justiça e garantir o devido processo legal”⁷⁰. Vale observar

⁶⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 312.

⁶⁸ Idem, *ibidem*, p. 312.

⁶⁹ CHRISTIANOS, Vassili. Os Códigos de Processo Civil francês e helênico em face do acesso do consumidor à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. p. 329.

⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 307.

que a instrumentalidade exige, entre outras realizações, a criação de técnicas adequadas ao direito material que se busca tutelar.

4.5 As ações afirmativas e o acesso à Justiça

As ações afirmativas não estão positivadas em nosso direito pátrio, caracterizando-se, no entanto, como instrumento abstrato de obtenção de justiça social e aplicação da igualdade material.

Desta feita, são as ações afirmativas instrumentos para materializar a igualdade substancial prevista nas leis. Serviam, a princípio, para resolver problemas de ordem racial, passando, todavia, à defesa de direitos de outras minorias ou de outros grupos sociais que, embora maioria (como as mulheres) tivessem sofrido alguma sorte de discriminação responsável por colocá-los, atualmente, em situação de desvantagem.

No que se refere às ações afirmativas e acesso à Justiça, é preciso invocar a já mencionada Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/95, por promover a possibilidade de que as pessoas pertencentes àqueles grupos carentes acessem o Judiciário, o que até então era, reconhecidamente, oferecido a uma classe privilegiada economicamente, ou seja, que pudesse suportar os altos encargos processuais aqui analisados. Tratava-se, pois, de grupo marginalizado pelo Direito pretérito que, com o advento da legislação mencionada, foi integrado ao sistema⁷¹.

Outro exemplo de ação afirmativa que atua com o acesso à Justiça é a Lei nº 10.173/01, que dá prioridade à tramitação de processos judiciais nos quais figurem como parte pessoas com idade igual ou superior a 65 anos. Trata-se de grupo que, da mesma forma, tinha suas especificidades ignoradas pelo sistema jurídico e, pois, que passou a receber o adequado tratamento processual no que se refere à morosidade do caminhar do processo.

José Renato Nalini, ao discorrer sobre a correlação entre o princípio do acesso à Justiça e o princípio da isonomia, assevera que:

“O juiz também é destinatário dessa norma. Na aplicação da lei ao caso concreto não poderá se afastar, nem frustrar, nem tergiversar com o princípio fundamental que lhe impõe assegurar a igualdade – de maneira efetiva e não formal – com o objetivo de erradicar a pobreza e construir uma sociedade livre, justa e solidária”⁷².

Também se integra na atividade judicante, portanto, a prática do princípio da igualdade, no qual ancoram-se as ações afirmativas.

4.6 Tempo e processo

Relacionado estreitamente com o tema dos encargos está a questão do tempo. A

⁷¹ Nesse sentido: FARIA, Anderson Peixoto de. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In: QUEIROZ, Raphael Augusto S. de (Org.). *Acesso à Justiça*. p. 17.

⁷² NALINI, José Renato. Op. cit., p. 22.

morosidade ou celeridade da máquina judiciária em solucionar definitivamente os conflitos é um fator determinante na defesa dos direitos.

A demora de se obter a decisão judicial consiste em uma negativa parcial de prestação jurisdicional.

A morosidade na administração da Justiça parece afetar não só o Judiciário brasileiro. Citando Mauro Cappelletti, José Rogério Cruz e Tucci anota que o mestre italiano “chegou a comparar a presteza da Justiça italiana ao trabalho de um relógio quebrado, que deve ser ‘batido e sacudido’ (*‘hit and shaken’*) para continuar em movimento...”⁷³.

Variadas são as causas da morosidade do Judiciário. Entre as principais encontra-se a repetição de milhares de causas, todas com os mesmos fundamentos e pedidos, geralmente ocasionadas por uma atuação irregular do Estado que, violando direitos individuais, faz gerar uma gama imensa de ações reparadoras.

Para tanto engendrou-se a controvertida figura do efeito vinculante das decisões judiciais, visando à solução mais rápida dos litígios e, conseqüentemente, garantir a democratização e o acesso à Justiça.

Sobre a democratização e a facilitação do acesso ao Judiciário, Dircêo Torrecillas Ramos anota que o

*“princípio stare decisis, conforme estudos apresentados, reduzirá substancialmente o número de processos, permitindo melhor qualidade de prestação jurisdicional, facilitando o acesso ao Judiciário, criando condições para uma reestruturação da Justiça estadual, levando-a ao povo, o que significa democratizá-la sem o ônus, na realidade atual, da municipalização”*⁷⁴.

Em sentido contrário à adoção das súmulas de efeito vinculante, anota Djanira Maria Radamés de Sá que:

“A vinculação dos órgãos julgadores submetidos à jurisdição dos tribunais editores de súmulas constitui, sem dúvida, obstáculo interposto entre o cidadão e a justiça, posto que, definida a tese, passam a submeter-se-lhe as questões com ela identificadas. Na prática, isso significa que é inútil buscar a rediscussão do tema, acabando o cidadão por deixar de levar à apreciação do Judiciário os fatos que a ele se reportem.

*“A existência da súmula vinculante agride, assim, o postulado do acesso à Justiça, porque inviabiliza a possibilidade de manifestação do Judiciário sobre casos in concreto”*⁷⁵.

⁷³ TUCCI, José R. Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. p. 15.

⁷⁴ RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da Política – A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. Revista de Direito Constitucional e Internacional, n° 33, p. 77, out./dez. 2000.

⁷⁵ SÁ, Djanira Maria Radamés. Op. cit., p. 105.

Nesse mesmo sentido, José Anchieta da Silva aponta outros direitos individuais que seriam violados na eventual adoção da súmula de efeito vinculante. Contudo, assevera o autor que:

“O senão maior que os defensores da súmula de efeito vinculante amplo terão dificuldade de justificar, reside na assertiva constitucional segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O mesmo haverá de se dizer em torno da proteção ao direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”⁷⁶.

No entanto, é necessário racionalizar o sistema e, assim, caso haja manifestação do mais alto Tribunal acerca de uma determinada questão de Direito, vale dizer, se o tema já se encontra pacificado, não há motivos para permitir-se a repetição das discussões e recursos, ou mesmo a protelação das decisões judiciais.

Bibliografia

- AROUCA, José Carlos. O triste fim das comissões. *Tribuna do Direito*, jul. 2002.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. *Acesso à Justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 3).
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso dos consumidores à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SaFe, 1988. Título original: *Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective*.
- CARMONA, Carlos Alberto. *A arbitragem no processo civil brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 1.
- CHRISTIANOS, Vassili. Os Códigos de Processo Civil francês e helênico em face do acesso do consumidor à Justiça. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- CORRÊA, Oscar Dias. Breves ponderações sobre a crise do Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, nº 98, p. 153-160, abr./jun. 2000.
- CUNHA, Luciana Gross Siqueira. Juizado Especial: ampliação do acesso à Justiça. In: SADEK, MariaTereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.
- DELGADO, José Augusto. Supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão.

⁷⁶ SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. p. 75.

- In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FARIA, Anderson Peixoto de. O acesso à Justiça e as ações afirmativas. In: QUEIROZ, Raphael Augusto S. de (Org.). *Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- FERREIRA, Pinto. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 1.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- FRIEDE, Reis. *Curso de direito constitucional e de teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Acesso à Justiça e garantias constitucionais no processo do consumidor. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MAGALHÃES, José Carlos; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARTINS, Pedro A. Baptista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (Orgs.). *Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1 de 1969*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. t. V.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.
- NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- NERY JR., Nelson. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 5. ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- PASSOS, Fernando. Acesso à Justiça e modelo de administração da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 37, pp. 64-83, out./dez. 2001.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. Politização do Judiciário e a judicialização da Política – A Reforma do Judiciário: questão de estrutura ou de processo? O acesso à Justiça. A municipalização da Justiça. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, nº 33, p. 68-78, out./dez. 2000.
- RICCI, Edoardo F. A impugnação da sentença arbitral como garantia constitucional. *Revista de Processo*, nº 96, p. 17-27, out./dez. 1999.
- ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. *Direitos humanos: acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

- SÁ, Djanira Maria Radamés. *Súmula vinculante: análise crítica de sua adoção*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo: Konrad Adenauer, 2001.
- SALOMÃO, Luis Felipe. *Manual do Juizado de Pequenas Causas e do consumidor*. Rio de Janeiro: EMERJ, 1994.
- SILVA, José Anchieta da. *A súmula de efeito vinculante amplo no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TAVARES, André Ramos; BASTOS, Celso Ribeiro. *As tendências do direito público no limiar de um novo milênio*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- TUCCI, José R. Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

O SIGILO BANCÁRIO E O RESGUARDO DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

*André Terrigno Barbeitas**

SUMÁRIO: 1. O sigilo bancário. 2. O direito à intimidade e à vida privada. 3. Da inadequação do sigilo bancário concebido pelo STF ao resguardo da intimidade e da vida privada. 4. Conclusão

1. O sigilo bancário

1.1 Noção

O sigilo bancário entre nós corresponde, consoante a dicção legal, à obrigação imposta às instituições financeiras de conservar “sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados”, configurando infração penal a sua quebra injustificada (cf. arts. 1º e 10 da Lei Complementar nº 105/01). A doutrina acentua que se trata de um concreto dever de conduta de conteúdo negativo por parte da instituição financeira: abster-se de revelar a terceiros fatos captados por ela no exercício de sua peculiar atividade¹.

1.2 Alcance

O tema possui duas dimensões distintas. A primeira, a vertente de cunho essencialmente civilístico, correspondente às origens históricas do instituto, envolvendo as questões resultantes do resguardo da situação patrimonial dos clientes em face da própria instituição financeira e dos demais indivíduos, em especial os seus familiares, representantes, sócios e sucessores. A outra, de cunho publicista, significou uma atenuação dos rigores da primeira, admitindo-se um regime especial quando as informações bancárias interessarem ao Estado, sobretudo ao Poder Judiciário e ao Fisco². A doutrina lembra que, a partir da concepção do *welfare state*, atendendo à crescente necessidade fiscal do Estado intervencionista na ordem econômica, observou-se uma nítida tendência da maioria dos sistemas legislativos modernos (v. g., França,

* André Terrigno Barbeitas é procurador regional da República e mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

¹ Cf. COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1991. p. 72.

² Idem, p. 60.

Bélgica, Alemanha, Holanda, Espanha, Argentina) de facultar ao aparelho estatal poderes para transformar os bancos em colaboradores legais do Fisco³. José Adércio Leite Sampaio chega não só a asseverar que, “no mundo inteiro, nota-se uma firme tendência no sentido de ser deferido a órgãos administrativos e quase-jurisdicionais o poder de quebra do sigilo bancário sempre que necessário às investigações criminais, financeiras ou fiscais e inexistirem outros meios menos gravosos”⁴, como acentua que o caráter absoluto do sigilo bancário somente vigora nos chamados paraísos fiscais e no Líbano⁵.

Contudo, entre nós, a partir do advento da Constituição de 1988, parcela amplamente majoritária da doutrina, com reflexos na jurisprudência dos nossos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, passou a fazer um silogismo automático do instituto do sigilo bancário com as previsões constitucionais de resguardo da intimidade e da vida privada (art. 5º, inciso X) e de sujeição da sua quebra à prévia ordem judicial (art. 5º, inciso XII). Em conseqüência, o instituto encontrar-se-ia hoje não só constitucionalizado como inserido nas chamadas cláusulas pétreas, por força da previsão de imutabilidade (art. 60, § 4º, inciso IV, da CF).

De fato, o Supremo Tribunal Federal, na esteira do entendimento dos demais Tribunais, vem, em diversos julgados⁶, não só enquadrando, sem maiores questionamentos, o sigilo bancário como expressão do direito à intimidade – conferindo-lhe, assim, sede constitucional, como ainda reputa-o subsumido à inviolabilidade do sigilo de dados consignada no inciso XII do art. 5º do texto constitucional, de modo a admitir a sua quebra somente mediante ordem judicial ou, excepcionalmente, por determinação das comissões parlamentares de inquérito, visto que dotadas estas, constitucionalmente, dos poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (cf. art. 58, § 3º, da CF/88).

No julgamento, por exemplo, da questão de ordem na Petição nº 577-DF⁷ o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, assentou, pelo voto condutor proferido pelo min. Carlos Velloso, que:

“O sigilo bancário protege interesses privados. É ele espécie de direito à privacidade, inerente à personalidade das pessoas e que a Constituição consagra (CF, art. 5º, X), além de atender ‘a uma finalidade de ordem pública, qual seja a de proteção do sistema de crédito’, registra Carlos Alberto Hagstrom, forte no magistério de G. Ruta (‘Le Secret Bancaire em Droit Italien’, Rapsort, pág. 17; Carlos Alberto Hagstrom, ‘O Sigilo Bancário e o Poder Público’, Rev. de Direito Mercantil, 79/34)”.

No mesmo julgamento assinalou o min. Celso de Mello que:

³ Idem, p. 168-173.

⁴ In *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1998. p. 531.

⁵ Idem, nota de rodapé nº 287.

⁶ Petição nº 577 (Questão de Ordem) (RTJ, v. 148, p. 366); Inquérito nº 897(AgRg)-DF (RTJ, v. 157, p. 44); Reclamação nº 511-PB (RTJ, v. 166, p. 785); RE nº 215.301-0/CE; MS nº 21729-4/DF.

⁷ In RTJ, v. 148, p. 366-379.

“A tutela jurídica da intimidade constitui – qualquer que seja a dimensão em que se projete – uma das expressões mais significativas em que se pluralizam os direitos da personalidade. Trata-se de valor constitucionalmente assegurado (CF, art. 5º, X), cuja proteção normativa busca erigir e reservar, em favor do indivíduo – e contra a ação expansiva do arbítrio do Estado – uma esfera de autonomia intangível e indevassável pela atividade persecutória do Poder Público, apta a inibir e a vedar o próprio acesso dos agentes governamentais.

[...]

A quebra do sigilo bancário – ato que, por si só, revela extrema gravidade jurídica – situa-se nesse contexto, em que valores contrastantes – como o princípio da autoridade, de um lado, e o postulado das liberdades públicas, de outro – guardam, entre si, nítidas relações de tensão dialética.

Impõe-se, portanto, que os agentes da persecutio criminis submetam-se à atuação moderadora e arbitral do Poder Judiciário, cujos órgãos, ponderando os interesses que se antagonizam, permitam ou não, o acesso das autoridades policiais às informações concernentes às operações, ativas e passivas, realizadas pelas pessoas sob investigação com as instituições financeiras.

A relevância do direito ao sigilo bancário – que traduz, na concreção do seu alcance, uma das projeções realizadoras do direito à intimidade – impõe, por isso mesmo, ao Poder Judiciário, cautela e prudência na determinação de ruptura da esfera de privacidade individual, que o ordenamento jurídico, em norma de salvaguarda, pretendeu submeter à cláusula tutelar de reserva.

Sem elementos fundados de suspeita, como a existência de indícios idôneos e reveladores de possível autoria de prática delituosa, não há como autorizar a disclosure das informações bancárias reservadas”.

As premissas que levaram nossa Corte Constitucional a esse entendimento são bastante questionáveis. Inicialmente, não há qualquer referência explícita, no art. 5º, inciso XII, da CF/88, ao sigilo bancário. Apegou-se à expressão “comunicação de dados” para incluí-lo. Contudo, pesquisando-se os arquivos dos trabalhos da Assembléia Constituinte, verificou-se que a inclusão da expressão enfocada resultou de emenda aditiva nº ES32893-0 apresentada pelo então constituinte Artur da Távola, em 5 de setembro de 1987, sob a seguinte justificativa, *verbis*: “No mundo contemporâneo o mesmo direito ao sigilo clássico nas comunicações postais, telefônicas e telegráficas, pelas mesmas razões deve abranger a comunicação

de dados”⁸. Ou seja, objetivou-se apenas a adequação do figurino clássico às inovações tecnológicas decorrentes do incremento da informatização dos dados, sem qualquer intenção de alargar o conteúdo daqueles meios de transmissão do pensamento de corriqueira presença na história do constitucionalismo pátrio.

Acresça-se, ainda, em reforço à ausência de qualquer previsão quanto ao sigilo bancário, que a dicção do dispositivo constitucional (“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”) só admitiria a quebra da inviolabilidade do sigilo em relação às comunicações telefônicas, visto que a referência à ordem judicial está relacionada somente ao “último caso” referido no dispositivo, ou seja, exatamente às comunicações telefônicas. Assim, se realmente a comunicação de dados abrangesse o sigilo bancário, sequer por ordem judicial poderia ele ser quebrado.

Contudo, estes argumentos de cunho histórico-semântico somente exercem um papel acessório, porquanto o objetivo deste trabalho é demonstrar que o figurino conferido pelo Supremo Tribunal Federal ao instituto do sigilo bancário em muito extravasa o conteúdo das esferas da intimidade e da vida privada constitucionalmente protegidas.

2. O direito à intimidade e à vida privada

Os autores que se dedicam ao tema destacam a dificuldade de delimitação do seu conteúdo em face da “gravidade de um conceito assaz volátil e dinâmico”⁹. Distinguir-se-iam quatro grandes correntes: a pluralista, a unitarista, a do enfoque negativo e a do enfoque positivo.

Os pluralistas, por defenderem uma visão demasiadamente imprecisa do direito à intimidade e à vida privada, costumam recorrer à formulação taxonômica. Assim, ora descrevem os ataques à vida privada (intromissões na vida pessoal e reservada, revelação de fatos privados embaraçosos e publicidade negativa), ora se servem de uma linguagem mais normativa, apontando condutas violadoras de atributos da intimidade e da vida privada ou seus estados, elementos, zonas ou aspectos (v.g., respeito aos direitos ao repouso, à não-reprodução do teor de conversa e às decisões íntimas, tais como a de casar, constituir família, ter e criar filhos, manter relações sexuais em ambiente privado etc.), ora, ainda, recorrem às fontes normativas. Seus adeptos partem de um elenco pretensamente exaustivo, mas que, paradoxalmente, mostra-se incompleto, acabando por encerrar em “uma espécie de camisa-de-força um conceito tão susceptível a mudanças”¹⁰.

Para os unitaristas haveria uma base conceitual única no trato da questão. Não obstante, inexistente consenso sobre qual seria essa base (“situação individual”, “condição de vida”, “interesse protegido”, “aspiração”, “modo de ser”, “estado psicológico”, “área”, “zona”, “âmbito”), deixando-se em aberto o real objeto de proteção. Para alguns a intimidade e a vida privada significariam o estar só, a tranqüilidade e a paz de espírito. Para outros corresponderia

⁸ Fonte: Banco de Dados APEM/EMEN do Congresso Nacional, p. 71.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op.cit., p. 254.

¹⁰ Idem, p. 229.

a um conjunto de informações pessoais submetidas a um regime jurídico de contenção que se definiria como sendo a exclusão do conhecimento alheio ou como controle de informação pessoal ou, ainda, como controle ou limitação ao acesso pessoal de terceiro. Para um terceiro grupo a intimidade e a vida privada significariam um espaço pessoal em que não se admitem interferência e intromissão externas. Finalmente, para uma quarta vertente a intimidade e a vida privada seriam sinônimos de autonomia, *“ora estendida a todo o domínio da existência humana, como direito de cada um a viver a própria vida, a determinar o modo ou estilo de viver, a ordenar a própria existência como desejar ou aprouver; ora como faculdade de o indivíduo se autodeterminar na parte de sua esfera jurídica que não interfira diretamente no comportamento ou no modo de ser dos outros sujeitos, geralmente limitada a certas matérias definidas como íntimas ou fundamentais, variando essa definição de autor para autor (...)”*¹¹.

Os adeptos do enfoque negativo partem de uma fórmula conceitual de exclusão de intimidade e vida privada a partir do que seja vida pública ou do que não tenha significação social relevante. Para Badinter a noção de vida pública do indivíduo é mais restrita e seus limites mais fáceis de delimitar, uma vez que circunscritos a três aspectos da participação do indivíduo na vida da cidade: seus trabalhos, seus jogos e suas instituições¹². Bem se vê, contudo, que *“os pólos de distinção público/privado realmente têm sido postos em xeque com a nova ordem mundial, não apenas com o recrudescimento do liberalismo, mas com o surgimento de novas questões sociais e políticas, que misturam suas fronteiras. De um lado, os serviços públicos e a vocação de servidor público passaram a ser ridicularizados; de outro, as relações íntimas foram minadas por intrusões dos agentes governamentais e comerciais, munidos de armas poderosas de vigilância eletrônica. Ao mesmo tempo, a família, âmbito tradicional da intimidade, sofreu – e vem sofrendo – duras críticas do movimento feminista, em conta do reforço da supremacia masculina, patrocinado pelo direito ao respeito da vida privada”*¹³.

Já os defensores de um enfoque positivo buscam conceituar a própria intimidade e a vida privada, seja partindo de uma enumeração, seja utilizando fórmulas gerais¹⁴. Encontram-se inseridas aqui as teorias: a) da vontade, b) da qualidade e c) da atuação social da pessoa. Pela teoria da vontade identifica-se o sentido do “privado” a partir da demonstração pela pessoa, por meio de sua atitude e comportamento, de que efetivamente possuía uma razoável expectativa de privacidade. Consoante o critério da qualidade leva-se em conta o papel social da pessoa envolvida, de modo que, em se tratando de personalidade pública, justificar-se-ia, v.g., a liberdade de informação relativa às suas atividades privadas desde que estas possam vir a, de modo plausível e concreto, ser prejudiciais ao interesse público. A teoria da atuação social da pessoa ou das esferas da personalidade, por seu turno, parte da circunstância de que é o grau de sociabilidade da pessoa que deve servir de parâmetro para a intensidade da tutela jurídica da personalidade. Haveria, assim, as seguintes esferas: 1) a esfera mais interna corresponderia ao âmbito do ser isolado que não interage com os outros e, portanto, não afeta

¹¹ Idem, p. 234-235.

¹² In Le droit au respect de la vie privée. *Semaine Juridique – JCP*, I, 2136, 1968, apud SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 237.

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., nota 129, p. 238.

¹⁴ Idem, p. 238-239.

a esfera pessoal dos congêneres; 2) a esfera da vida privada, englobando aqueles espaços sociais bem delimitados com os quais o indivíduo mantém contato mais freqüente, isto é, a família, os parentes, os amigos, os colegas, os colaboradores; e 3) as esferas sociais e públicas envolveriam tudo que não estivesse incluído nas demais, com destaque para o campo de atuação política e social do cidadão.

Vê-se que, não obstante essa verdadeira constelação de teorias, não se logra preencher, adequadamente, todo o universo do tema. E é natural que assim o seja exatamente porque “a intimidade e a vida privada, por envolverem temas de que dimanam aspectos pessoais e culturais, intimamente ligados à evolução tecnológica, devem ser concebidas de forma ‘aberta’, dinâmica e flexível, de modo a acompanharem essa constante evolução”¹⁵.

Como bem assinalam os autores, o substrato principiológico da intimidade e da vida privada não pode ter por referência outro fundamento que não o da dignidade da pessoa humana, que constitui, aliás, um dos alicerces sobre o qual se apóia a República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, da CF/88). Perez Luño bem captou essa concepção ao acentuar que “*la dignidad supone el valor básico (Grundwert) fundamentador de los derechos humanos que tienden a explicitar y satisfacer las necesidades de la persona en la esfera moral. De ahí que represente el principio legitimador de los denominados ‘derechos de la personalidad’*”¹⁶. Já Othon Sidou asseverava que “*o direito à intimidade é, pois, o direito à dignidade humana, desde que é aí onde ele vai buscar todo o seu conteúdo ético*”¹⁷. Confira-se, ainda, a lição de José Adércio Leite Sampaio:

*“O referencial da dignidade da pessoa humana como fundamento da República dá o tom da proteção do direito à intimidade e à vida privada, a partir de suas múltiplas ligações com princípios e regras constitucionais, v. g., a inviolabilidade da casa (art. 5º, XI, CRFB); do sigilo dos dados, da correspondência e das comunicações (art. 5º, XII, CRFB); a inadmissibilidade no processo das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inciso LVI, CRFB) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CRFB). São todos um conjunto ora de situações ou posições jurídicas (inviolabilidade da casa e das comunicações), ora de ‘instrumentos de garantia do direito’ (habeas data), que integram o ‘conteúdo’ do direito à intimidade e à vida privada, de forma dinâmica, porém não exaustiva”*¹⁸.

Tanto é assim que os tribunais alienígenas têm relacionado o direito à privacidade a situações dependentes das impressões sensoriais do indivíduo. Envolve o direito a não ser perturbado por barulhos, abordagens ou por qualquer comportamento de terceiro que possam traduzir em incômodo ou perturbação. De especial relevo é o confronto entre o direito à priva-

¹⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 254-255.

¹⁶ In *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed., Madrid, 1999. p.318-319.

¹⁷ Apud AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 1999. p. 101.

¹⁸ Op. cit., p. 259.

cidade e a liberdade de imprensa. No âmbito do Direito estadunidense assumiram importância os casos envolvendo a decisão do casal sobre o uso de contraceptivos e sobre o direito de educar os filhos. No Tribunal Constitucional alemão reconheceu-se a possibilidade de mudança do prenome do transexual em respeito ao direito à autodeterminação sexual. Muito discutida, ainda, a utilização de aparelhos de escuta eletrônicos por agentes públicos. Contudo, ponto marcante dos julgados das Cortes Constitucionais é o de que o direito à privacidade “termina onde começa o legítimo interesse público”¹⁹.

3. Da inadequação do sigilo bancário concebido pelo STF ao resguardo da intimidade e da vida privada

Se, como visto, o substrato axiológico da proteção constitucional da intimidade e da vida privada é a dignidade da pessoa humana, está longe de ser pacífica – ao contrário, é mesmo assaz discutível – a concepção de que o sigilo bancário, com a abrangência que lhe foi conferida pelo STF, encontra o seu fundamento nos direitos da personalidade como uma manifestação do resguardo do direito à intimidade dos indivíduos. Os que a defendem asseveram que o homem afirma a própria personalidade por meio de seus bens materiais, sendo que o seu patrimônio interfere na sua projeção social e, assim, projeta a sua personalidade²⁰. Contudo, embora o argumento seja sedutor – mormente para a minoria, entre a população brasileira, que concentra de forma avassaladora o gozo da maior parte dos bens materiais –, parcela da doutrina circunscreve o direito à intimidade à proteção do indivíduo em sua esfera pessoal e familiar, sem estendê-lo a aspectos patrimoniais²¹. Isso em função da irrenunciabilidade ínsita do direito à intimidade como expressão da existência digna da pessoa humana e ao seu limitado poder de disposição em contraposição à disponibilidade plena dos direitos de cunho patrimonial²². Ademais, ainda que enquadrável o sigilo bancário no âmbito do resguardo do direito à intimidade, ter-se-ia que distinguir entre as informações afetas ao círculo pessoal e familiar do indivíduo e aquelas decorrentes das suas relações com terceiros – por sinal, comumente, muito mais numerosas – que não guardassem conexão com aquela esfera nuclear do ser humano²³. Afinal, como expõe Hannah Arendt, “a distinção entre as esferas pública e privada, encarada do ponto de vista da privacidade e não do corpo político, equivale à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado”²⁴. Nas palavras de Celso Lafer, é o princípio da exclusividade

“o standard que Hannah Arendt sugere como limite ao direito de informação através da ponderação de que a vida íntima não é de interesse público. Ela entende, por isso mesmo, que é válido manter longe do

¹⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., p. 96.

²⁰ COVELLO, Sérgio Carlos. Op. cit., p. 142. No mesmo sentido: COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

²¹ Cf. MARTINEZ, Jaime Vidal. *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 05-05-1982*. Espanha: Editorial Montecorvo. p. 60.

²² Cf. SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998. p. 49.

²³ Cf. MARTINEZ, Jaime Vidal. Op. cit., p. 60.

²⁴ In *A condição humana*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999. p. 82.

público, portanto na sombra e na penumbra, aquilo que diz respeito à intimidade das pessoas, ao seu modo de ser na vida particular, que se vê lesado e agredido quando violado e divulgado”²⁵.

De fato, como inserir aquela parcela – comumente a mais ponderável – da movimentação bancária que não possui qualquer relação com a esfera íntima e privada do indivíduo na idéia de dignidade humana que dá justificativa à proteção constitucional? Como equiparar, sem maiores questionamentos, as corriqueiras trocas de ativos financeiros que o indivíduo inserido no mercado consumidor pratica, visando às aquisições de mercadorias e serviços, com a noção de dignidade do ser humano? Será que sempre que adquirir um bem de consumo qualquer mediante a transferência de ativos financeiros o indivíduo estará projetando a sua personalidade de tal forma que justificará a tutela do sigilo bancário como expressão da proteção constitucional do resguardo à intimidade e à vida privada?

O tema revela-se ainda mais sujeito a questionamento quando se sabe que o instituto do sigilo bancário protege, indistintamente, tanto as movimentações financeiras das pessoas físicas quanto das jurídicas, já que no campo específico do sigilo bancário não só o art. 38 da Lei nº 4.595/64 não estabeleceu qualquer restrição como, ainda, o Supremo Tribunal Federal nunca distinguiu entre pessoas físicas e jurídicas para fins de sua proteção²⁶. Ou seja, se já é sobremodo difícil estabelecer uma constante vinculação entre qualquer movimentação bancária promovida pelos indivíduos com a noção de dignidade da pessoa humana, não parece sequer razoável tentar estabelecer essa correspondência quando se tratar de pessoa jurídica. Será crível justificar o resguardo das ordinárias transações financeiras promovidas por uma pessoa jurídica com base na dignidade da pessoa humana? Será mesmo minimamente razoável reputar como expressão da dignidade humana toda e qualquer transferência de ativos financeiros encetada por uma pessoa jurídica em função da aquisição diuturna de mercadorias e serviços no exercício de sua atividade social?

Não se ignora que há na doutrina quem sustente usufruírem também as pessoas jurídicas de alguns dos direitos da personalidade. No entanto, como acentua José Adércio Leite Sampaio, a aplicabilidade desses direitos às pessoas jurídicas “*envolve o equilíbrio e a adaptação do pensamento aos seus contextos e possibilidades fáticas*”, exemplificando com os chamados “segredos industriais”²⁷. Daí, contudo, a estender essa concepção assaz restrita à proteção do sigilo bancário sobre toda e qualquer movimentação financeira vai, certamente, passo muito maior que as pernas.

4. Conclusão

O arquétipo do sigilo bancário, tal como desenhado pela nossa Corte Constitucional em diversos julgados, encontra-se eivado de perplexidades, a ponto de José Adércio Leite

²⁵ In *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, 1999. p. 268.

²⁶ Ver acórdão relativo ao julgamento do MS nº 21.729-4/DF.

²⁷ Op. cit., p. 211.

Sampaio reconhecer que o tema, entre nós, “está a merecer reflexão mais aprofundada”²⁸. Inicialmente, porque não guarda compatibilidade com a interpretação histórico-semântica dos dispositivos constitucionais invocados, quais sejam os incisos X e XII do art. 5º da nossa Lei Maior. A duas, porque ao privilegiar sobremaneira a faceta civilística do instituto não encontra parâmetro no âmbito do Direito comparado, a não ser nos chamados paraísos fiscais. A três, porquanto, como visto, por englobar indistintamente toda e qualquer operação financeira patrocinada por pessoas físicas e jurídicas, não se compatibiliza com a idéia-núcleo da proteção constitucional da intimidade e da vida privada, qual seja o resguardo da dignidade humana.

Não se olvida que “*existem muitos que propugnam uma disciplina restritiva para o sigilo bancário, como uma forma de reforçar o sistema bancário nacional, citando o exemplo de alguns países da América Latina que, cedendo a pressões sobretudo norte-americanas, terminaram por adotar um regime débil de salvaguarda do sigilo, enfraquecendo os bancos instalados em seu território, com a debandada geral dos capitais ali depositados*”²⁹. Ora, se assim de fato é, cumpre seja reconhecida expressamente tal circunstância, mormente porque, como bem reconhece Karl Larenz, é dever do Tribunal Constitucional ponderar as conseqüências das suas decisões, já que lhe “incumbe uma responsabilidade política na manutenção da ordem jurídico-estadual e da sua capacidade de funcionamento”³⁰. Não se pode é admitir que uma mal-ajambrada fórmula pretensamente técnico-jurídica venha a escamotear as verdadeiras razões de ordem econômico-financeira que estariam a guiar o entendimento do STF. Contudo, caso a análise *supra* esteja equivocada – mesmo porque não se pode, em sã consciência, crer que um País que tenha a pretensão de alcançar um sólido patamar de desenvolvimento queira equiparar-se aos chamados paraísos fiscais –, deve-se partir para uma maior flexibilização do instituto do sigilo bancário em face do fabuloso incremento das transações financeiras no mundo globalizado – com imediatos reflexos nos campos criminal (lavagem de dinheiro), eleitoral (financiamento das campanhas eleitorais), fiscal (justiça tributária), do sistema financeiro (fiscalização das instituições financeiras), crédito (centrais de risco financeiro) –, tudo a demandar uma diferente perspectiva no trato da matéria, sob o risco de o arquetipo tido como jurídico vir a colidir, rotineiramente, com os fatos da vida.

Conclui-se, pois, que não há equiparação possível entre o instituto do sigilo bancário açambarcando toda e qualquer movimentação financeira com a proteção constitucional da intimidade e da vida privada. Se a razão está com Celso Lafer, ao proclamar que “[...] a intimidade não exige publicidade porque não envolve direitos de terceiros”³¹, é plausível afirmar que talvez nenhum outro instituto atinja tantos direitos de terceiros quanto o figurino do sigilo bancário entre nós. Basta apenas rememorar o quanto o iníquo sistema tributário pátrio – fundado na incidência preponderante de tributos indiretos em um País com gravíssimas distorções de renda – poderia ser sensivelmente aperfeiçoado, sob a inspiração do ideal da justiça tributária, se houvesse uma maior flexibilização do sigilo bancário.

²⁸ Op. cit., p. 531.

²⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit., nota 288, p. 532.

³⁰ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa, p. 517.

³¹ Op. cit., p. 268.

Bibliografia

- AIETA, Vânia Siciliano. *A garantia da intimidade como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Júris, 1999.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- BATINDER. Le droit au respect de la vie privée. *Semaine Juridique – JCP*, I, 2136, 1968.
Apud COSTA JR., Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- COVELLO, Sergio Carlos. *O sigilo bancário*. São Paulo: Edição Universitária de Direito, 1991.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3ª ed., Lisboa.
- LUÑO, Perez. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 6ª ed., Madrid, 1999.
- MARTINEZ, Jaime Vidal. *El derecho a la intimidad em la Ley Orgánica de 5-5-1982*. Espanha: Editorial Montecorvo.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1998.
- SILVA, Edson Ferreira da. *Direito à intimidade*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

O SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO E O JUIZADO DE INSTRUÇÃO

*Edinaldo de Holanda Borges**

Sumário: 1. Princípios fundamentais. 2. O desenvolvimento institucional

1. Princípios fundamentais

A elaboração ou reforma de um Código de Processo Penal depende, antes de tudo, da eleição do sistema processual. Tanto a fase de investigação como a judicial seguem os princípios do sistema adotado, possibilitando o encadeamento lógico-normativo.

A adoção do sistema acusatório implica necessidade de outra opção entre o *princípio da oportunidade*, adotado pelos Estados Unidos, e o *princípio da legalidade*, seguido pela Alemanha. São orientações fundamentais da direção processual para o estabelecimento da *JUSTIÇA RETRIBUTIVA*.

Pelo *princípio da oportunidade*, segundo o cânone norte-americano, prevalece o juízo de conveniência para a promoção da ação penal. Sobrepõe-se à legalidade o poder dispositivo do Ministério Público para a *prosecution* e para outros atos de imunidade, conferida a quem colabora com a investigação.

Sobredito princípio concentra em mãos do Ministério Público todo o poder repressivo do Estado e encontra justificativa, nos Estados Unidos, na necessidade de selecionar os casos considerados mais relevantes ao interesse público, em face da quantidade de infrações, ou volume de serviço.

A atuação do Ministério Público, no que tange à disponibilidade jurídico-penal não está sujeita a nenhum controle, pois sua decisão de não acusar é irrecorrível, tendo em vista, consoante assinala James Stark, em *The rights of crime-victims*, que a tentativa da vítima de envidar o Ministério Público a exercer a ação, mediante o *writ of mandamus*, foi rechaçada pela Corte Suprema norte-americana¹, que considerou a oportunidade da acusação sujeita à

* Edinaldo de Holanda Borges é subprocurador-geral da República.

¹ STARK, James H.; GOLDSTEIN, Howard W. *The rights of crime-victims*, apud GUARIGLIA. *Facultades discricionales del ministerio público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 90.

discrecionariade exclusiva do Ministério Público.

Esse juízo de conveniência criou naquele país o denominado *plea bargaining*, pelo qual o Ministério Público negocia com o acusado condições mais favoráveis, à conta do reconhecimento de culpabilidade (*guilty plea*).

Referido princípio de oportunidade, *data venia*, ao afastar o comando superior da legalidade, destrói o Estado Democrático de Direito, uma vez que o Iluminismo criou o Estado Moderno, com base no limite normativo do exercício de repressão.

Dois sistemas se extremam, ou na colisão com o Direito ou como retrocesso do andaime histórico. Um é o sistema acusatório, com a adoção do princípio da oportunidade, que investe contra o Estado de Direito, em face da abolição do postulado da legalidade. O outro, o juizado de instrução, é o retorno, embora mitigado, do Estado Medieval. O primeiro fraciona a independência do Judiciário. O segundo, praticamente exclui o Ministério Público da relação processual de repressão.

As legislações mais avançadas da atualidade consagram o sistema acusatório do tipo misto, que separa a investigação, de natureza inquisitiva e a cargo do Ministério Público, da instrução contraditória, resguardando a independência do Ministério Público e do Poder Judiciário e consagrando a Divisão de Poderes e o Estado de Direito, como princípios nucleares do pensamento moderno.

Impõe-se a consagração desses princípios para evitar que o *ESTADO ECONÔMICO* se sobreponha ao *ESTADO DE DIREITO*.

2. O desenvolvimento institucional

2.1 A dualidade histórica

Desde os primórdios e em sua evolução histórica, o processo penal alternou-se entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo, variando, em conseqüência, o método probatório para aferição dos fatos e avaliação das condutas. Durante a Antigüidade clássica, de cultura florescente, prevaleceu o sistema acusatório, enquanto na Idade Média, em correspondência à estagnação cultural, se sobrepôs o sistema inquisitivo, marcado principalmente pelas torturas físicas, como o Juízo de Deus e a Prova das Ordálias. Com o pensamento moderno, que se caracterizou pelo Renascimento da cultura clássica, sobreveio o sistema acusatório, como forma de democratização do direito de punir do Estado.

Sobreleva a diferença entre os dois sistemas. Se as três funções do processo, afirma Alberto Viera Ruiz², se distribuem entre três sujeitos diferentes e independentes uns dos outros, temos o processo do tipo acusatório. Se essas funções se concentram em um só sujeito ou órgão, o processo é do tipo inquisitorial.

O sistema acusatório é identificado por seus elementos essenciais que, segundo Armenta Deu³, são constituídos pela existência de ação prévia para o início e continuação do

² VIERA RUIZ, Luis Alberto. *El proceso penal y el Código Modelo para Iberoamérica*. Roma: CEDAM, 1994. p. 19.

³ ARMENTA DEU, Teresa. *Principio acusatorio y derecho penal*. Barcelona: Bosch Editor, 1995.

processo e a estrita separação entre os órgãos detentores das funções acusatória e jurisdicional.

Com a criação do *TRIUM ACTUM PERSONARUM*, da dicção de Bulgaro, tornou-se possível a formulação dos princípios processuais que consagram os direitos da pessoa em face do Estado, como o postulado do contraditório, em que a prova deixa de ser formal para se converter em real ou material.

O sistema inquisitivo pelo qual o Poder exercitou o seu direito de punir identificou-se com o Estado totalitário, pois é por meio do Processo Penal que o Estado exerce a maior violência contra o indivíduo. O sistema acusatório, ao contrário, revelou-se um instrumento de redemocratização do Estado Moderno. Por essa dualidade, entrevê Rusconi que “o processo penal de um Estado é um adequado termômetro do conteúdo autoritário ou democrático de sua organização social”⁴.

O processo inquisitivo caracterizou-se por dois traços fundamentais: era escrito e secreto, ou seja, não admitia nem a oralidade, nem a publicidade. Na Alemanha, durante os séculos 14 e 17, prevaleceram os juízos de *Santa Vehme*, quando se segregava o lugar e a forma do processo, sendo também sigiloso o nome do acusador, dos juízes e, inclusive, secreta era também a sentença. A acusação era procedida por particular, denominado de acusador ou denunciante. A diferença consistia em que o denunciante não se obrigava nem a provar a acusação nem a prosseguir no processo. Já o acusador teria de prosseguir com a acusação, sob pena de o juiz continuar de ofício e castigá-lo (*si accusator nolit persequi accusationem, iudex debet finire eam ex suo officio et punire accusatorem*).

As denúncias anônimas e secretas eram admitidas sob a presunção de facilitar a descoberta dos delitos, criando-se, para tanto, lugares especiais para o seu oferecimento, e que eram denominados de “bocas de leão” e “bocas de verdade”.

Só em 1745, na Itália, o rei Carlos de Bourbon proibiu o recebimento de denúncias anônimas, estabelecendo, posteriormente, a necessidade de confirmação solene da denúncia perante o magistrado.

No processo inquisitivo era de regra a *custódia preventiva*, que ficava ao arbítrio do juiz, e só excepcionalmente se concedia a “liberdade provisória”, deferida mediante *caução juratória* ou *fiança penal*. A primeira, a caução juratória, era o juramento do réu pobre de comparecer a todos os atos do processo, enquanto a fiança penal era a garantia fiduciária de terceiro que se obrigava a apresentar o réu, bem como ao pagamento das custas processuais (*judicato solvendo*).

Bastava apenas o “inquisidor”, diz Maier⁵, para a realização completa do Direito Penal. O inquisidor, argumenta, reunia todo o poder para a realização da lei penal, o que fazia de ofício, sem necessidade alguma de provocação externa. Não havia necessidade de um

⁴ Manzini, entretanto, entendeu de forma contrária, ou seja, que o processo inquisitivo, apesar de tantas declarações demagógicas, diz ele, se desenvolveu como uma necessidade social, sobre a base do processo acusatório e, segundo ele, oferecia melhores meios, que o processo acusatório, para uma eficaz repressão da delinqüência e estava mais em conformidade com o espírito dos tempos e do regime que sucedeu às chamadas liberdades municipais (MANZINI. *Tratado de derecho procesal penal*. Trad. para o espanhol por Santiago Sentis Melendo e outro. Prólogo de Alcalá-Zamora y Castillo).

⁵ MAIER, J. B. J. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires. p. 21-22.

acusador, uma vez que não existia defesa, já que a decisão era tomada sem debate prévio.

Nessas vias históricas em que se digladiou o processo em inquisitivo ou acusatório sobreleva a etapa da investigação, cuja natureza jurídica também constitui objeto de divergência doutrinária. Quando essa fase é dirigida por órgão não-judicial, considera-se a atividade como administrativa, qualificada como mero procedimento. Nesse caso, a articulação é unilateral, não rendendo ensejo ao postulado processual contraditório. Quando, entretanto, essa instrução é presidida por órgão judicial, tem-se a sua natureza como de cunho jurisdicional.

A conceituação sobremencionada é de decisiva importância porque define o órgão ao qual compete a direção dessa investigação preliminar. Dois sistemas dividem os modelos mundiais: o sistema francês, em que dita investigação compete a um órgão judicial, por meio de um juiz de instrução; no outro sistema, seguido pela Alemanha, Estados Unidos e ultimamente a Itália, a investigação é dirigida pelo órgão do Ministério Público. Não há mais meio-termo. A realização dessa fase por órgão estranho ao âmbito processual, como a polícia, é atividade pré-processual que não mais se conta, como paradigma, em legislações mais avançadas, pelo seu abandono, tendo em vista a experiência histórica de sua ineficácia e sobrevivência da violência medieval inquisitiva.

Assim, resume-se o cálculo doutrinário entre o juizado de instrução e o procedimento acusatório puro, com a investigação sendo subordinada ao Ministério Público, detentor exclusivo do juízo de propositura. E, entre ambos, tem-se a afirmar, como consciência jurídica dominante, como afirma a Exposição de Motivos do Código Modelo de Processo Penal para a América Latina (p. 23), que não é consentâneo com a necessidade de resguardo da dignidade da pessoa perseguida a entrega de ambas as funções, a de requerer e a de decidir, a um só órgão estatal, o juiz de instrução. Isso porque, cita Viera Ruiz, ou o bom inquisidor mata o bom juiz ou o bom juiz desterra o inquisidor⁶.

O “Juizado de Instrução”, que ainda sobrevive na França, é qualificado por Carrara como *processo inquisitivo*, com a afirmação de que “esse método de juízo não apresenta nenhuma garantia especial, fora a consciência e escrupulosidade dos juízes”⁷. E ainda acrescenta o renomado jurista: “Para compreender até que classe de excessos chegou em certos países (especialmente na França) a prática do processo inquisitório, deve-se ter a paciência de ler livros desses tempos.” E cita um autor francês, Bouvet, que, em sua obra *Les manières admirables pour découvrir toutes sortes de crimes*, descreve um método utilizado por um juiz para descobrir um crime, utilizando a introdução de pessoa de sua confiança na cela de um presidiário, onde, durante a noite, lamentará haver praticado o tipo de crime que se pretende seja revelado pelo acusado, conduzindo-o à confissão. Com base nesse exemplo, conclui Carrara: “O resto deste catecismo infernal é todo da mesma índole, pois a estas artes infames levou a prática do processo inquisitivo. E dizer que há homens que, em pleno século 19, desejam esses métodos como ótimos e se glorificam de seu espírito religioso”⁸.

Para Guariglia, a *instrução judicial* encerra uma contradição. Isso porque o *fiscal*, que deveria investigar, só pode controlar o que o juiz investiga e este, que deveria controlar a

⁶ VIERA RUIZ, Luis Alberto. El proceso penal y el Código Modelo para Iberoamérica. In: *Un “Codice Tipo” di procedura penale per l’America Latina*. Projeto Itália-América Latina, Universidade de Roma, CEDAM. p. 21.

⁷ CARRARA, *Programa*, § 484.

⁸ *Ibidem*, § 849.

investigação, a realiza pessoalmente⁹. Segundo o mesmo autor, a necessidade de a investigação preparatória ficar a cargo do Ministério Público se infere diretamente de sua função postulatória, pois resulta artificial que o *fiscal* deva acusar, firmar sua convicção, à base de elementos dos quais não tenha participado quando de sua aferição.

Ainda atualmente permanece em doutrina a divisão entre os dois sistemas para qualificar os meios processuais de perseguição. Ou a perseguição penal se concentra em mãos privadas, afirma Armenta Deu, e o processo penal é um processo de partes ou, pelo contrário, o Estado assume a função dessa perseguição, que a exercita por meio de duas alternativas, ou por um sistema inquisitivo ou por um sistema acusatório¹⁰. E o que se verifica é que a direção histórica tem conduzido ao último sistema, pela grande garantia que ocorre para a defesa, na separação entre as funções de acusação e de julgamento. Nesse caso, a perseguição fica sempre subordinada a um órgão equidistante e independente. Na Alemanha, dominou o sistema acusatório, com a atribuição da instrução a um fiscal (*Wo kein klager, da kein Richter*).

A maior segurança da pessoa, no sistema de acusação, reside na duplicidade de juízos, proferidos por órgãos diferentes. No primeiro, o juízo de propositura, não-definitivo, recebe a influência direta da controvérsia dos fatos, quando da investigação e descoberta dos crimes. O segundo juízo, de avaliação definitiva, recebe os fatos já ordenados pela instrução, sem o estrídulo da investigação. A fiscalização prévia não pode ser desenvolvida pelo órgão de julgamento, porque desperta no investigador condicionamentos passionais, conduzindo à dúvida, que só pode ser nutrida por juízo diferente, o de propositura (*in dubio pro societate*).

A duplicidade de juízo é, além de segurança jurídica do acusado, um sistema democrático de julgamento, razão da afirmação de Mittermayer:

“O processo criminal pode ostentar duas formas fundamentalmente distintas, a da acusação e a da instrução. Não diferem somente por seus traços exteriores, por exemplo, em que em uma aparece primeiro um acusador, e que o processo, travando-se entre este e o acusado, segue a marcha análoga a do processo civil, enquanto que no segundo um magistrado instrutor obra e procede de ofício: a diferença profunda que os separa consiste antes na direção geral no caráter principal dos atos diversos que os constituem... Quem estuda a história destas duas formas convence-se logo que a organização da sociedade política exercerá sobre seus desenvolvimentos uma poderosa influência, que onde reina a democracia, domina o processo de acusação”¹¹.

⁹ GUARIGLIA, Fabricio O. *Facultades discrecionales del Ministerio Público*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 85.

¹⁰ Op. cit., p. 31.

¹¹ MITTERMAYER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de Alberto Antônio Soares, anotações de Pontes de Miranda. Ed. Jacintho Ribeiro dos Santos, 1917. p. 60-68. Para Garofalo (*Criminologia*, p. 407), “o sistema inquisitório introduzido pela justiça eclesiástica da Idade Média e definitivamente adotado na França por Luís 12, foi sem dúvida um progresso, porque reconheceu como fim do processo a indagação imparcial da verdade”. Fournier, entretanto, considera que o sistema acusatório é o mais próprio para os regimes de liberdade (*Code de Procédure Criminelle de l'État de New-York*. Paris, 1893). G. Vidal considera caracteres decisivos do sistema acusatório a liberdade da acusação, a liberdade da defesa e a liberdade da convicção dos juízes (*Cours de droit criminel*. Paris, 1906. p. 728).

E acrescenta o referido jurista que a forma inquisitorial pertence principalmente ao sistema monárquico e adquire seu maior desenvolvimento nos Estados nos quais o movimento de idéias políticas é contido por um poder ativo e central.

O processo inquisitivo foi característico dos regimes medievais porque prevalecia o poder estatal sobre o direito individual e a repressão se tornava absoluta (*inquisitio est magis favorabilis ad reprimendum delicta quam acusatio, et ideo statuta in favorem inquisitionis non extenduntur ad acusatorem*)¹². Com o advento do Estado Moderno, quando foram proclamados os direitos da pessoa humana, em face do Poder, estabeleceu-se a equação da “força do direito contra o direito da força” da expressão de Rui Barbosa. O poder de repressão deixou de ser absoluto, porque encontrou limites no direito indeclinável do cidadão, que deu estrutura à fórmula “The man versus the State”, de citação de Pontes de Miranda.

O trânsito do pensamento medieval para o pensamento moderno refletiu-se no processo penal pela exigência de uma ação que lhe dê início (*jus et procedatur*) e determine o seu desenvolvimento, como pretensão deduzida em juízo, circunscrevendo aos seus limites o pronunciamento judicial (princípio da congruência processual). A divisão das funções de acusação e de julgamento (*Wo kein Klager, da kein Richter*) não só é garantia de independência do Judiciário, como também a subordinação da acusação a outro órgão, pelo princípio da legalidade. Nesse sentido, afirma Armenta Deu, a introdução do Ministério Público no processo penal conduz a um abrandamento do acusatório *stricto sensu*, pois passa a ser qualificado como formal. Esse abrandamento se justifica pela pretensão de garantir, de um lado, a efetividade da perseguição penal (mediante o dever para este órgão de investigar e perseguir todo fato com aparência delitiva, conforme o princípio da legalidade) e, de outro, procurar a imprescindível imparcialidade do juiz, inexistente em um sistema inquisitivo¹³.

O que encerra uma contradição é concentrar em um órgão, o Judiciário, que é o guardião dos direitos individuais, essa função de resguardo do direito privado e a função pública de perseguir. E essa dualidade convive com o Juizado de Instrução, já que a investigação é fato próprio da perseguição. Para Rusconi é segurança do direito de defesa a separação dos órgãos de investigação e de julgamento, para que, quem decide, não se tenha comprometido com o êxito da investigação. E, em abono de sua tese, cita o exemplo da criminalidade econômica de maior impacto social: “A traumática relação juiz-instrutor-instrução judicial não permite um grau razoável de eficácia na perseguição desse tipo de delito, pela mesma rigidez, entre outras razões, do funcionamento dessa estrutura”. E conclui o mencionado autor: “Por estes motivos, tem-se defendido a investigação preparatória a cargo do Ministério Público”¹⁴.

¹² A inquisição favorece mais que a acusação à repressão dos delitos e por isso o que é estatuído em favor da inquisição não se estendeu à acusação (ARETINUS, A. *De Maleficiis, Venetiis*. 1555, p. 3, apud MANZINI. *Tratado de derecho procesal penal*. t. I, p. 51).

¹³ Op. cit., p. 33.

¹⁴ RUSCONI. *División de poderes en el proceso penal e investigación a cargo del ministerio público*. Buenos Aires: AD-HOC, p. 102-103.

2.2 Código Modelo de processo penal para a América Latina

Em setembro de 1991, realizou-se, na Itália, Congresso Internacional, sob a organização da Universidade de Roma, para elaboração de um Código Modelo de Processo Penal para a América Latina. Contou o evento com a participação de inúmeros juristas e professores da matéria, valendo salientar a presença de Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Antônio Scarance Fernandes e Carlos Eduardo Vasconcelos, todos do Brasil e Fernando de la Rúa e Vicente Vásquez, da Argentina, entre vários outros.

O Código Modelo então estabelecido pelos mais eminentes juristas de toda a América Latina consagrou o princípio processual da acusação, como postulado básico da promoção jurídico-penal, sacramentando os postulados de garantia do acusado e independência do Judiciário. Trata-se de pensamento dos mais destacados estudiosos da espécie, desvinculados de interesses classistas.

O art. 68 do sobredito Código Modelo estabelece que ao Ministério Público é confiado o exercício da perseguição penal, sendo do seu encargo o procedimento preparatório. O art. 250 preceitua que, na procura da verdade, o Ministério Público deverá praticar todas as diligências pertinentes e úteis para determinar a existência do fato, com todas as circunstâncias de importância para a lei penal, e de seus participantes, procurando sua identificação e conhecimento das circunstâncias pessoais que sirvam para valorar sua responsabilidade ou influam em sua punibilidade, verificando também o dano causado pelo delito, ainda quando não se tenha exercido a ação civil.

Os poderes do Ministério Público para os fins de investigação são consignados no art. 261, que prescreve poder de o referido órgão exigir informações de toda pessoa e de todos os funcionários públicos, estabelecendo prazo, conforme as circunstâncias do caso, e praticar, por si ou determinar a sua prática por funcionários públicos, qualquer classe de diligências. Os funcionários públicos em geral se obrigam, consoante a disposição sobremencionada, a satisfazer o requerimento ou a determinação do Ministério Público.

A polícia, quando da investigação prévia, não perde a sua subordinação hierárquica, mas pratica os atos do inquérito, sob a subordinação e a supervisão do Ministério Público, destinatário da aludida pesquisa, como *dominis littis*. O art. 74 do Código Modelo preceitua que os funcionários da polícia administrativa, enquanto cumprem atos de polícia judicial, executam suas tarefas sob supervisão direta do Ministério Público e deverão executar suas ordens, sem prejuízo da autoridade administrativa a que estão subordinados.

Pelo citado Código Modelo, os integrantes da polícia não podem recalcitrar em suas funções, tendo em vista o poder disciplinar do superior hierárquico do Ministério Público, a quem compete, segundo o art. 76, a imposição da pena de suspensão e de multa de até 25% do salário.

A sensibilidade jurídica dos mais destacados juristas que compuseram o comentado Código Processual Modelo conduziu à conclusão de que deve ser eliminada a investigação policial, durante o inquérito, pois sempre constituiu ato que propiciou a tortura. O art. 48 nega à polícia tal faculdade: “A polícia não poderá interrogar autonomamente o imputado.” Já o art. 47 prevê o depoimento do investigado nos seguintes termos: “Durante o procedimento preparatório, o imputado prestará declaração perante o Ministério Público, quando o mesmo pedir, com-

parecendo espontaneamente, ou quando o ordenar o Ministério Público, sempre na presença de um defensor.”

As legislações mais avançadas têm seguido essa tendência de conceder ao Ministério Público o encargo da investigação. Na Itália, os arts. 326 e 327 do *Codice di Procedura Penale*, de 1988, atribuem ao Ministério Público a direção da *indagine preliminare*. Da mesma forma, o Código de Processo Penal de Portugal, de 17 de fevereiro de 1987, em seu art. 53, atribui ao Ministério Público a direção do inquérito, ambos seguindo a lei processual penal alemã (§§ 158 a 177 da StPO).

2.3 O princípio acusatório

Enrique Vescovi divide os princípios fundamentais do processo em dispositivo e inquisitivo. A diferença entre ambos reside no poder de iniciativa processual. Pelo princípio dispositivo, reserva-se unicamente à parte, e nunca ao órgão jurisdicional, a iniciativa do processo, seu exercício e renúncia dos atos processuais. Diferentemente, no inquisitivo, reserva-se ao Poder Judiciário a investigação e a atuação processual autônoma. Segundo o referido autor, um processo é dirigido pelo princípio dispositivo quando as partes podem iniciá-lo livremente e têm a disponibilidade deste e de seus atos, enquanto a regência pelo princípio inquisitivo confere ao Judiciário a iniciativa da investigação e da decisão, sem sujeição a limites fixados pelas partes.

No processo penal inquisitivo domina o postulado da *oficialidade*, enquanto o dispositivo é determinado pela *acusação*, regendo-se pelos aforismos romanos de *nemo iudex sine actore* e *ne procedat jure ex officio*.

No processo dispositivo predomina o entendimento segundo o qual não pode haver exercício jurisdicional sem sua natural provocação por meio da ação. Esse impulso que é exercido pela parte delimita o poder de julgamento, segundo as fronteiras estabelecidas inicialmente e conforme o princípio da congruência.

Nas legislações que se seguiram ao Iluminismo, a parte do impulso processual penal deixou de ser privada para constituir-se em “parte pública”, com a denominação de Ministério Público¹⁵. Assegura-se a duplicidade de juízo, o juízo de proposição e o de julgamento, dividindo-se a perseguição em duas fases e consagrando o princípio acusatório do tipo misto.

Essa constitui a direção histórica do pensamento processual, que inclui a investigação prévia entre as atribuições do Ministério Público, a exemplo do recente Código de Processo Penal Italiano de 1988, que consigna sobredita atribuição, conforme escólio de Permaria Corso: “*In aderenza alla scelta del rito accusatorio il pubblico ministero diventa il dominus del*

¹⁵ Desta substituição participa o pensamento de Carnellutti: “Só em processo penal, pela diferença do processo civil, face à diversidade do *remédio*, a pretensão não só pode, quanto deve ser formulada pelo Ministério Público; ainda que o direito o afirme a parte lesionada, convém que a sua afirmação se associe (se bem que às vezes de maneira formal) ao Ministério Público. Isto significa, em última análise, que a lei não confia na parte, não só para a atuação da pena, mas sequer para mover o processo dirigido a ela. Isto ocorre porque o processo penal, tanto na fase executiva, como na fase de conhecimento, é um instrumento perigoso, que deve ser manejado unicamente por aqueles a quem a lei defere esse ofício; e ainda por isto mesmo com a máxima cautela” (*Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1970. v. 2, p. 63).

procedimiento preparatorio e deve compiere tutti gli atti necessari (art. 68) per accertare la verità e, ove nel caso, esercitare l'azione penale.”¹⁶ Para o referido autor a polícia judiciária deve estar subordinada ao Ministério Público, sem prejuízo da subordinação hierárquica a que está submetida¹⁷.

A atualidade das funções do Ministério Público é bem descrita por Roxin¹⁸, professor de Direito Processual Penal, na Alemanha. Ele se fundamenta nos motivos jurídico-políticos que desencadearam a criação do órgão, desde o 2º Reich. Para ele, a primeira razão de criação do Ministério Público foi a abolição do “processo inquisitivo antigo”, que reunia em uma só mão, a do juiz, as atividades de perseguir e de julgar. Ao ser transmitido ao Ministério Público, no procedimento preliminar, a reunião do material probatório, garantiu-se ao Judiciário a independência para julgar.

A segunda razão, diz o eminente professor, foi dotar o processo penal de um “funcionário objetivo da instrução”. Para ele, o Ministério Público não constitui apenas parte na relação processual, mas *custos legis* ou fiscal da lei. Isso significa que a sua função consiste em zelar pelo acusado, desenvolvendo todo o procedimento de reunião da prova, ao mesmo tempo que vela por todos os direitos processuais da parte investigada. Esse é o mais nobre atributo da função ministerial, porque, ao exercer uma função antidemocrática de repressão, resguarda ao mesmo tempo seus postulados democráticos. Distingue onde há a violação da lei, para que haja observância da lei não violada, a favor do indiciado. Dimensiona a extensão da norma violada, para que as normas não violadas constituam direito do acusado.

Finalmente, diz Roxin, a terceira razão de criação do Ministério Público reside no *controle sobre a polícia*, que ele considera inerente ao Estado de Direito. Sob tal aspecto o sobredito professor alemão cita Savigny, para quem a política criminal deve ser posta sob a direção do Ministério Público, subordinando as suas atividades ao fiscal da lei. As lesões jurídicas, afirma Savigny, atribuídas aos agentes policiais, durante as investigações preliminares, poderão ser remediadas dando-se uma base jurídica a essas investigações, tarefa que deve ser atribuída ao Ministério Público, solução esta que daria à instituição maior consideração aos olhos do povo¹⁹. Segundo o provento jurista, o Ministério Público é concebido como uma coluna do Estado de Direito e ponto de apoio da *liberdade política*.

Para o professor alemão, uma instrução judicial prévia é juridicamente inaceitável. Isso porque, segundo o princípio da imediatidade que domina o processo penal, se o juiz depende da instrução contraditória que dirige, para proferir decisão, o Ministério Público depende, para formação de seu juízo de propositura, da reunião, por si, de elementos para sua convicção, não sendo aceitável que não dirija a coleta desses elementos²⁰.

Com fundamento na função de *custos legis* (*Wächter der Gesetze*), Maier qualifica a atuação essencial do Ministério Público como sendo a de

¹⁶ CORSO, Piermaria. *Atti e punctioni dei soggetti processuali nel Codice Procesal Penal*. p. 60.

¹⁷ *Ibidem*, p. 62.

¹⁸ ROXIN, Claus. *El Ministerio Público en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC. p. 40.

¹⁹ *Ibidem*, p. 42.

²⁰ *Ibidem*, p. 44.

“controlar a polícia para que seus procedimentos se ajustem às regras do Estado de Direito, de modo que os funcionários da polícia criminal, mais inclinados a violações jurídicas contra o imputado, durante a investigação, se submetam à supervisão e ordens do Ministério Público”²¹.

O Ministério Público moderno, como fiscal da lei, atributo que qualifica a sua atividade como democrática, por acusar e defender, não surgiu de concepção isolada. O absolutismo monárquico, ao se transformar em República, converteu o *Estado-propriedade* em *Estado-Nação*²², e o antigo advogado do rei se transformou em advogado do povo, na defesa dos interesses anônimos e democráticos. Daí, a existência do Estado Democrático implicar fortalecimento do Ministério Público. Isso porque, no Estado de Direito não pode haver investigação a não ser por órgão comprometido com o princípio nuclear da legalidade.

O problema que domina o pensamento alemão atual é a preservação do Estado de Direito, quando da realização da *justiça retributiva*. Para tanto, nem a investigação, a promoção ou o julgamento podem depender, em nenhuma circunstância, de outro Poder (o Executivo)²³. Uma das dificuldades, entretanto, encontrada é a subordinação da polícia criminal. Pelo alvitre de Roxin, com base em conclusões da Associação Federal de Juízes Alemães, a recepção inicial da prova deveria ser efetuada por intermédio de um *exame cruzado* (*wechsel Verhor*) do Ministério Público e da defesa. E, nesse passo, ante a impossibilidade de separar a polícia criminal, em sua totalidade, do resto da polícia e incorporá-la ao Ministério Público, a proposta mais razoável seria a subordinação ao Ministério Público de uma parte dessa polícia, que ficaria sujeita ao poder único de instrução do fiscal da lei, que poderia conduzir a investigação, segundo suas diretrizes.

Atualmente, não é mais possível contornar o caminho histórico da democracia, que só alcança a sua plenitude com o afastamento do Poder Executivo da realização da Justiça repressiva, para que sejam preservados os direitos fundamentais da pessoa humana, sob o pálio dos princípios da igualdade e da legalidade.

Além de que a titularidade policial da investigação é retrocesso histórico, atentado aos princípios da *DEMOCRACIA*, pois subordina o processo penal e a justiça retributiva ao Poder Executivo. Tanto que, com a proposta de Emenda Constitucional nº 151-A/95, em tramitação no Congresso Nacional, o Brasil se posiciona na contramão da história.

Não se defende o aprimoramento da instituição pública por corporativismo, mas pelos fundamentos da evolução histórica, que se dirigem ao aperfeiçoamento e crescimento do *ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*.

²¹ MAIER, Julio B.J. *El Ministerio Publico en el proceso penal*. Buenos Aires: AD-HOC. pp. 30-31.

²² Crossman definiu “nação” para estabelecer a conexão entre “nação moderna” e “Estado Moderno”. Segundo ele, tem-se por Nação “um povo que vive sob um único governo central, suficientemente forte para manter sua independência frente a outras potências”. E inclui no conceito de Estado-Nação os atributos de nacionalismo e democracia (CROSSMAN. *Biografia do Estado Moderno*). Pode-se acrescentar a soberania, no sentido de o poder de legislar pertencer ao povo, sem escamoteação.

²³ Há um trabalho de um autor italiano, G. Ghezzi, intitulado *La partecipazione popolare all'amministrazione della giustizia*, que defende a eleição direta do procurador-geral pelo povo. Já Nicolò Zanoni, também italiano, publicou uma obra, *Publico Ministero e Costituzione*, na qual sugere a escolha do procurador-geral por eleição do Parlamento (Milano: CEDAM, 1996. p. 164). Calamandrei defendeu, perante a Assembléia Constituinte Italiana, idêntico projeto, de eleição pelo Parlamento, trabalho apresentado em 1983 pelo socialista Craxi à direção do partido.

PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ

J. N. Vargas Valério e Maurício Takao Fuzita***

Sumário: 1. Introdução. 2. Aplicação do princípio da identidade física no âmbito da Justiça do Trabalho. 3. Virtude e eficiência do princípio da identidade física do juiz. 4. Da propalada mitigação do princípio da identidade física do juiz. 5. Juízes substitutos – deslocamento e competência funcional por vinculação. 6. Conclusões

1. Introdução

Atentos (e não satisfeitos) à crescente discussão doutrinária sobre a aplicação do princípio da identidade física do juiz na Justiça do Trabalho, em decorrência da extinção dos juízes classistas temporários, por meio da Emenda Constitucional nº 24, de 9 de dezembro de 1999, passando, com isso, as Varas do Trabalho (antes nominadas de Juntas de Conciliação e Julgamento) a funcionar apenas com um juiz singular, tocou-nos que poderíamos trazer algum benefício se discorrêssemos sobre o tema, diante da inobservância de tal princípio, por vários juízes do Trabalho, pelos mais variados motivos. Assim, nos lançamos a publicar nossa humilde opinião sobre o tema, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, na esperança de que os juízes do Trabalho passem a adotar um procedimento trabalhista único, ou pelo menos que sirva para uma reflexão sobre a necessidade de se adotar o princípio da identidade física do juiz na Justiça do Trabalho, pois, para nós, a boa justiça, célere, eficaz e justa, depende, indubitavelmente, da correta aplicação dos princípios da oralidade, concentração, imediação e identidade física do juiz. O desrespeito a tais princípios não pode de forma nenhuma se tornar praxe, sob pena de grande abalo ao jurisdicionado.

2. Aplicação do princípio da identidade física no âmbito da Justiça do Trabalho

O art. 132 do Código de Processo Civil dispõe:

“O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer

* J. N. Vargas Valério é ex-juiz do Trabalho, procurador do Trabalho, mestre em Direito do Trabalho, coordenador do Núcleo Estadual da Escola Superior do Ministério Público da União, em Campinas.

** Maurício Takao Fuzita é juiz do Trabalho Titular da 3ª Vara do Trabalho de Araçatuba – SP.

motivo, promovido, ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.”

Verifica-se do dispositivo mencionado que o juiz, seja ele titular ou substituto, que concluir a instrução deve (e não pode) proferir a sentença.

No âmbito da justiça comum, é pacífica a aplicação do princípio da identidade física do juiz, salvo em algumas situações, como o próprio artigo menciona. A sua inobservância, como afirma Teresa Arruda Alvim Pinto, gera uma anulabilidade¹.

Nesse mesmo sentido, comunga Vicente Greco Filho, quando afirma “*que a violação da regra do art. 132 resulta em nulidade de sentença; tanto na hipótese em que um juiz que está vinculado deixa de proferir sentença, quanto na hipótese do juiz que já está desvinculado e venha a proferir sentença*”².

Assim, a dúvida residiria na aplicabilidade, ou não, do princípio da identidade física do juiz no âmbito da Justiça do Trabalho, após a vigência da Emenda Constitucional nº 24/1999, que, como já dissemos, extinguiu os juízes classistas e, conseqüentemente, as Juntas de Conciliação e Julgamento, órgão colegiado. Com isso, auspiciou-se que os juízes do Trabalho, fiéis ao mandamento 769 da CLT, passassem, de forma tranqüila, a aplicar o princípio da identidade física do juiz, já que ultrapassado o óbice legal de ser colegiado o órgão trabalhista.

Todavia, conforme exporemos adiante, não é o que vem, na prática, ocorrendo.

Não há dúvidas de que o art. 132 do Código de Processo Civil é aplicável subsidiariamente ao processo do trabalho, em face do disposto no art. 769 da CLT. Aliás, nesse aspecto, cabe uma ressalva, conforme afirmação em uma das teses apresentada no 9º Conamat, com a qual concordamos, no sentido de que o CPC é hoje “*o processo mais utilizado, e as normas da CLT só são utilizadas em casos específicos e de menor relevância*”³.

Também não há dúvidas de que o processo do trabalho é marcado pela oralidade.

Porém, inobstante a nossa afirmação, minoritariamente há quem diga que a redação do art. 132 do CPC deixa margem a dúvidas pela falta de clareza, fazendo com que, em prejuízo do jurisdicionado e da própria justiça, alguns juízes inobservem o princípio da identidade física, pelos mais variados motivos.

Há casos em que com a instrução finalizada, e dependendo apenas do retorno de carta precatória ou de juntada de memoriais escritos, e chegando estes à Vara do Trabalho, o juiz titular ou substituto, que não colheu a prova oral, seja obrigado a proferir sentença, devido à recusa do juiz instrutor, sob o argumento de que a instrução não havia sido concluída, incidindo na espécie o parágrafo único do referido art. 132, e mesmo porque o *caput* deixaria antever

¹ PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 133.

² GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 1, p. 237.

³ SANTOS, José Aparecido dos. A reforma do processo do trabalho. *Revista ANAMATRA*, Brasília, nº 38, p. 90, abr./2000.

que a conclusão da audiência se daria somente após a juntada aos autos da deprecata ou dos memoriais escritos, sendo impossível, sem eles, a prolação da sentença.

Existe, ainda, a prática de o juiz titular só instruir e o juiz auxiliar ou substituto só julgar, ou vice-versa, criando-se a figura do juiz julgador e a do juiz instrutor. Daí a afirmação de Jorge Luiz Souto Maior, professor livre-docente, juiz do Trabalho e um dos mais lúcidos pensadores juslaboralistas da atualidade, no sentido de que não existe hoje um procedimento trabalhista, mas um procedimento do juiz, causando aflição aos advogados, por exigir um esforço a mais, preocupando-se em conhecer o procedimento de cada um que está atuando em determinado momento. Lamenta-se o renomado mestre pelo abandono da técnica processual e, apoiando-se em Barbosa Moreira, transcreve trecho da matéria intitulada “Efetividade do processo e técnica processual”, publicada na *Revista de Processo* (nº 77, p. 175):

“[...] quando porventura nos pareça que a solução técnica de um problema elimina ou reduza efetividade do processo, desconfiemos, primeiramente, de nós mesmos. É bem possível que estejamos confundindo com os limites da técnica os da nossa própria incapacidade de dominá-la e de explorar-lhe a fundo as virtualidades”⁴.

Exemplo de procedimento, que deveria ser seguido pelos demais tribunais regionais, é aquele adotado pelo Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, pelo Provimento CR nº 213/2001, capítulo III, que dispõe:

*“Art. 6º. Cabe ao juiz que encerrar a instrução prolatar a sentença, mesmo quando adiada a audiência para a apresentação de razões finais e/ou formalização da segunda proposta de conciliação.
§ 1º Reaberta a instrução para diligências relevantes ou indispensáveis à formação do convencimento, fica vinculado o magistrado que a reabriu.
§ 2º Devolvidos os autos ao primeiro grau para novo julgamento do processo ou ampliação do julgado, por força de anulação ou reforma da sentença em grau superior, fica vinculado ao feito o magistrado que a tiver proferido, ressalvados os casos de promoção e remoção”.*

Assim, urge que sejam buscados critérios para que haja observância ao princípio em comento, de forma uniforme pelos juízes trabalhistas, já que afastado o óbice que levaram o Pretório Excelso e o E. Tribunal Superior do Trabalho a editarem, respectivamente, a Súmula nº 222 e o Prejulgado nº 7, atual Enunciado 136, que dizem respeito à impossibilidade lógica de aplicação do princípio da identidade física do juiz, nas épocas de suas publicações, por ser colegiado o órgão judicante trabalhista de primeira instância.

Por derradeiro, em sendo adotado o princípio da identidade física do juiz, evitar-se-á

⁴ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr., 2000. p. 11.

a possibilidade da denominada “pauta de julgamento armada”, que, apesar de raramente existir, trata-se de um procedimento às vezes utilizado por alguns juízes titulares, causando grande aflição aos juízes substitutos, notadamente aqueles em início de carreira.

3. Virtude e eficiência do princípio da identidade física do juiz

A passagem bíblica, que conta um dos julgados do sábio e criterioso Rei Salomão, no Livro dos Reis, capítulo 3, versículos 16 e seguintes, confere-nos a idéia da eficiência do princípio da identidade física. No fato narrado, o julgador, diante de duas mulheres que se diziam mães da mesma criança, certo de que uma das partes estava mentindo, conduziu o ato com firmeza, e graças à informalidade do processo oral e imediato, da época, sentenciou de forma justa, firmando seu convencimento após a renúncia de uma das mulheres diante da ameaça de ver o menino vivo ser dividido ao meio por uma espada. O julgador certamente anteviu que a verdadeira mãe jamais concordaria com a morte de seu filho, e baseado na reação das duas mulheres pôde julgar com justiça e entregar a criança à sua mãe.

Também é ilustrativo o pensamento de Platão:

“A escrita é morta e não transmite pensamento senão na significação descolorida e imperfeita dos sinais, ao passo que na viva voz falam a fisionomia, os olhos, a cor, o movimento, o tom, o modo de dizer e tantas outras diversas circunstâncias, que modificam e desenvolvem o sentido das palavras, facilitando-lhes a inteira e exata compreensão.”⁵

Francisco Antônio de Oliveira, bem antes da Emenda Constitucional nº 24/99, seguramente embasado em Chiovenda, já demonstrava antipatia pela jurisprudência hegemônica, ainda que esta se referisse à Junta de Conciliação e Julgamento, órgão colegiado, e que em razão dessa peculiaridade, servia de fundamento para defesa do acerto das referidas súmulas, a exemplo do que ocorre nos Tribunais:

“Tem-se uma certa distonia no processo do trabalho ao repulsar o princípio da identidade física do juiz, posto que adota com maior rigor e intensidade o princípio da oralidade, aí contido o princípio da imediação entre o juiz e as pessoas cujas declarações ele deva apreciar. Por razões óbvias, com maior razão deveria não prescindir do princípio da identidade física do juiz.”⁶

Segundo o renomado mestre, ainda que o órgão não fosse singular, toda a atividade probatória deveria ser desenvolvida perante o colégio. Caso impossível a conclusão da audi-

⁵ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Op. cit., p. 14.

⁶ OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 136.

ência, na audiência em continuação, deveria o órgão ser composto pelas mesmas pessoas presentes à anterior. Isso porque o processo oral mantém intimamente associados princípios outros, que são:

“a) a prevalência da palavra falada sobre a escrita; b) imediação entre o juiz e as pessoas cujas declarações deva apreciar; c) identidade da pessoa física do juiz, isto é, o juiz que colher a prova é que deve julgar a causa; d) concentração dos trabalhos de colheita da prova, discussão da causa e seu julgamento em uma só audiência, ou em poucas audiências próximas no tempo, para que as impressões do julgador se mantenham frescas; e) inapelabilidade das interlocutórias para não suspender o curso da causa”⁷.

Realmente, adotado o processo oral, concentrado, para atingir-se a rapidez e economia na pacificação do conflito, seria temerário que um juiz instruisse e outro julgasse, pois isso tornaria impossível a averiguação das impressões mencionadas por Platão pelo juiz julgador, uma vez que tais impressões só são possíveis de serem averiguadas pela viva voz, e não pelos símbolos escritos.

Com efeito, louvável, nesse aspecto, o princípio da oralidade, tendo como corolário lógico o princípio da identidade física do juiz, que informa não apenas o processo civil brasileiro, mas, notadamente, o processo do trabalho, como também o processo civil de inúmeras legislações alienígenas. Exemplifique-se. Fossem filmadas ou, pelo menos, gravadas as audiências, seriam palpáveis as reações das partes e testemunhas ouvidas, onde o juiz, acima dos interesses em litígio, observa, com isenção de ânimo, os comportamentos que o tornarão sensível a inclinar-se por uma ou outra versão dos fatos, mormente dos depoimentos das testemunhas. Daí a importância dos princípios da imediatidade e da concentração da causa.

Devemos acrescentar, ainda, o que afirmam Ligia Maria Teixeira Gouvêa e Ana Paula Volpato Wronski, com muita propriedade, que do *“contato pessoal com as partes e testemunhas, o juiz pode conhecer as características que compõem a verdade, que muitas vezes se manifestaram na fisionomia, no tom da voz, na firmeza, na prontidão, nas emoções, na simplicidade da inocência e no embaraço da má-fé”⁸.*

Estamos, com isso, a afirmar, segundo o magistério de Athos Gusmão Carneiro, que o juiz que presidiu a audiência e recebeu a prova oral deve ser o mesmo que irá proferir a sentença⁹, já que, como ressaltamos, essa regra é corolário lógico do princípio da imediação. Chiovenda afirma, com argumentos irrefutáveis, em defesa do processo oral, que ignorar tal vinculação seria menosprezar os princípios da oralidade e da imediatidade, em detrimento do processo investigatório da verdade, *ad litteram*:

⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições*. v. 3, nº 309, p. 74 e ss, apud BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 11º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1, p. 404-405.

⁸ GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira; WRONSKI, Ana Paula Volpato. O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho – revivendo um velho mote. *LTr*, São Paulo, nº 65-07, p. 779, jul. 2001.

⁹ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução de julgamento*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. p. 27.

“[...] é claro, com efeito, que tanto a oralidade quanto a imediação são impraticáveis se os diversos atos processuais se desenvolvem perante pessoas físicas a cada trecho variadas; pois que a impressão recebida pelo juiz que assiste a um ou mais atos não se pode transfundir no outro que tenha de julgar, mas somente se lhe poderia transmitir por meio de escritura, e, em tal hipótese, o processo, que seria oral em relação ao juiz instrutor, tornar-se-ia escrito em relação ao julgador”¹⁰.

Prossegue o mestre:

“Tudo isso, ao invés, é indiferente ao processo escrito, no qual, julgando-se sobre o que está escrito, pouco importa que uma atividade seja exercida perante um juiz, outra perante outro, e um terceiro juiz decida. É como se o processo fosse um quadro, uma estátua, um edifício, que um artista pode esboçar e outro concluir, e não uma cadeia de raciocínios, que exige, quanto seja possível a unidade da pessoa que o realiza”¹¹.

Sendo incontestável ter o nosso processo, em sua dinâmica, o princípio da oralidade como pilastra, por certo que os demais princípios enumerados, corolários daquele, devem ser observados, sob pena de transfiguração do método adotado pelo Estado e da finalidade precípua de bem pacificar os conflitos.

4. Da propalada mitigação do princípio da identidade física do juiz

O Código do Processo de 1939, que trazia o princípio mote da presente reflexão em seu art. 120, *caput*, era vazado nos seguintes termos:

“O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo se o fundamento da aposentadoria houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. O juiz substituto, que houver funcionado na instrução do processo em audiência, será o competente para julgá-lo ainda que tenha reassumido o exercício.”

Francisco Campos, na Exposição dos Motivos, de forma incisiva, justificando o princípio da identidade física do juiz, após criticar o processo escrito, assentou sua relevância com a seguinte indagação:

“[...] qual o grau de valor que conferirá ao depoimento das testemunhas e das partes, se não ouviu, se não seguiu os movimentos da

¹⁰ CHIOVENDA. *Instituições de direito processual civil*. Saraiva, 1945. v. 3, n° 309, apud CARNEIRO, Athos Gusmão. Op. cit., p. 27.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller Ed., 2001. v. 3, p. 65.

fisionomia que acompanham e sublinham as palavras, se no escrito não se encontra a atmosfera que envolvia no momento o autor do depoimento, as suas palavras o seu discurso?”¹².

O Código de Processo Civil de 1973 apontou o princípio, no art. 132, com a seguinte redação:

O juiz, titular ou substituto, que iniciar a audiência, concluirá a instrução, julgando a lide, salvo se for transferido, promovido ou aposentado; caso em que passará os autos ao seu sucessor. Ao recebê-los, o sucessor prosseguirá na audiência, mandando repetir, se entender necessário, as provas já produzidas.

A Lei nº 8.637/93, dando nova redação ao artigo, fez algumas mudanças, atendendo a doutrina e a jurisprudência que vinham se formando, e determinou que o juiz que julgará a lide, substituto ou titular, será o que concluiu a instrução em audiência, especificando a seguir, taxativamente, as exceções a saber: juiz convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado.

Vê-se que a hipótese de transferência do juiz não foi contemplada pela nova redação do art. 132, cabendo, então, ao intérprete, para a solução da questão estudada, perquirir sobre a natureza jurídica do ato do tribunal que determina o fim da substituição e desloca o substituto, ou juiz auxiliar, para outra comarca, ou para outra vara pertencente à mesma comarca. Se chegarmos à conclusão de que tal ato administrativo consiste em transferência (*rectius*, remoção), indubitavelmente, por não constante essa hipótese como de desvinculação, no direito processual atual, poderemos afirmar, de forma irresponsável, que o juiz substituto ou auxiliar que colher a prova oral em audiência, ainda que o julgamento dependa de encarte de precatória aos autos, ou de juntada de prova técnica, por *experts*, é o competente funcionalmente para julgar o feito.

E nesse ponto, não socorre a mitigação ao princípio da identidade física do juiz, para a defesa de tese contrária, porquanto intencionalmente o legislador exclui a transferência como hipótese de desvinculação, consubstanciando-se ao contrário, no particular, em uma rigidez maior do princípio, do que constava da redação anterior. Leciona, a propósito, Vicente Greco Filho, que

“[...] se o juiz já concluiu a instrução, cabendo-lhe apenas proferir sentença, não se aplica a liberação decorrente de promoção, transferência ou aposentadoria, porque basta-lhe lançar a sentença nos autos, devolvendo-a ao juízo de origem. O que, no sistema do Código anterior, entravava o processo era a dificuldade de um juiz transferido marcar audiência de instrução em sua comarca anterior. Ora, se o juiz já encerrou a instrução só lhe cabe proferir sentença, não havendo razão, pois, para se desvincular do feito”¹³.

¹² *Código de Processo Civil* de 1939. 2ª ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1972. p. 14.

¹³ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 236.

A remoção também não foi contemplada pela norma processual civil em comento, de sorte que, removido de uma vara para outra, “o juiz não perde a competência para julgar as ações nas quais concluiu a audiência”¹⁴.

A promoção como causa de desvinculação, em face do critério funcional (linha horizontal), é aquela em que o juiz de primeira instância é promovido para a segunda instância, e não a de juiz substituto que é promovido a juiz titular de vara.

Assim, somente haveria desvinculação do juiz ao processo nos seguintes casos: promoção à segunda instância; aposentadoria (perda da jurisdição); afastamento por qualquer motivo (exercício da presidência de associação de classe; convocação para atuar na Corregedoria ou na Presidência do Tribunal, etc.).

5. Juízes substitutos – deslocamento e competência funcional por vinculação

O art. 132 do CPC, ao mitigar o princípio da identidade física do juiz, só o fez por exceção, nos casos de convocação de titular para o tribunal; licença médica; afastamentos longos; promoção na carreira e aposentadoria.

Não se pode discutir que é inerente à atividade do juiz substituto ser designado para qualquer comarca, por sua competência difusa, devendo seguir as regras do processo e seus princípios, onde atue.

Diante da extirpação da transferência, constante da redação anterior ao art. 132 do CPC, desnecessário até seria a busca da verdadeira natureza jurídica das designações dos juízes substitutos, como fato capaz de desvinculação do juiz que colheu a prova oral em audiência, não fosse a interpretação ampliativa que alguns juristas querem dar ao referido artigo.

Tratam-se esses deslocamentos (que alguns entendem como transferência), sem dúvida, da figura da substituição, art. 38 da Lei nº 8.112/90, por meio da remoção (art. 37 da referida lei), para substituir o titular, inclusive nas suas funções administrativas, e não só judiciais. É determinação de ofício, para prestação de serviços a juiz que pertence a quadro com mudança de sede. Não se trata de transferência, esta, ao contrário, é mudança de um cargo efetivo para outro de igual denominação, sem que se leve em conta, para a apreensão do conceito, o simples deslocamento do servidor, como se infere da lição de Rigolin¹⁵.

Antes mesmo, da modificação legislativa, que limitou os casos de não-vinculação do juiz à causa, a jurisprudência era unívoca em preservar o princípio da identidade física, como se vê do seguinte aresto:

“O atual CPC abrandou o rigorismo anterior, com relação ao princípio da identidade física do juiz. Não obstante, no âmbito administrativo não se pode confundir transferência de autoridade judiciária, de um para outro juízo, com a designação feita pelo presidente do Tribunal de

¹⁴ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 560.

¹⁵ RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 89.

Justiça, na forma do Código de Organização, que atende principalmente às necessidades do serviço judiciário, através das designações de juízes substitutos, para auxílio e substituições de juízes de direito. Consideradas as funções que lhe são atribuídas e, sobretudo, as diretrizes que orientam as referidas designações, não se pode considerar como transferência o ato de designação para outro juízo e, assim conserva o juiz designado para outro juízo sua competência para decidir as questões, cuja audiência de conciliação, instrução e julgamento tenha realizado.” (Ac. unânime, 5ª T., TA-RJ, de 18/8/1975 – Rel. Juiz Osvaldo Portella de Oliveira, in Arquivos do TA, v. 13, p. 43.)

Assim, afigura-se bem claro que a designação de juízes substitutos tem caráter de remoção temporária, não havendo o legislador feito menção a essa figura, como motivo capaz de enfraquecimento do princípio da identidade física do juiz, e tendo por força do próprio cargo competência difusa para atuar em qualquer vara da circunscrição regional, vincula-se o juiz aos processos de que participou inteiramente da audiência, funcionalmente, ensejando nulidade a inobservância, por tratar-se de competência absoluta. Essa afirmação não passou despercebida também pelo Judiciário, como se vê do aresto abaixo:

“O juiz que preside a audiência deve proferir a sentença; se outro o faz, provoca a nulidade. Trata-se de nulidade absoluta, que não preclui, devendo o juiz proclamá-la de ofício. A matéria de competência é indisponível e a lei processual, em palavras frias e decisivas, adverte através do artigo 93, que ‘regem a competência dos tribunais as normas da Constituição da República e da organização judiciária. A competência funcional dos juízes de primeiro grau é disciplinada neste Código’. O artigo 132 vincula, pelo princípio da oralidade, o juiz da audiência, à sentença. E para proclamar a nulidade decorrente da prolação da sentença, cuja prova não presidiu, não há indagar se houve, ou não, prejuízo para a parte. A nulidade ocorre pelo desrespeito à lei, pela não-aplicação do preceito.” (Ac. 7ª Câmara. TJRJ – Ap. 4.508, Rel. Des. Salvador Pinto Filho).

Preleciona Vicente Greco, a propósito, com um rigorismo ainda mais acentuado, que não ocorre a

“liberação do magistrado se se tratar de juiz substituto em determinada vara que seja designado para responder por outra, uma vez que não acontece, nesta hipótese, nenhuma das situações de liberação previstas no Código de Processo. O juiz substituto deve concluir todos os processos cuja audiência iniciou. Além da regra de ordem técnica, isto é, que o juiz substituto não é transferido ou promovido quando

designado para outra vara, há nessa interpretação uma razão de ordem prática, fundada na idéia de que o substituto deve, quando designado para determinada vara, liquidar todos os processos cuja audiência iniciou, inclusive para desencorajá-lo de adiar audiência para fugir à vinculação”¹⁶.

6. Conclusões

Sustentamos, pois, que o princípio da identidade física do juiz, ainda mitigado em relação ao CPC de 1939, mas de maior rigidez em relação à redação original do CPC de 1973, por força da Lei nº 8.637/93, deve ser observado pelos juízes do Trabalho, sob pena de nulidade absoluta, declarável inclusive de ofício, após a Emenda nº 24/99.

De outra parte, a redação do atual art. 132 do CPC não deixa margem a qualquer dúvida que o pressuposto a ser levado em conta, para a vinculação do juiz ao processo, é a sua imediação na colheita da prova oral, pouco importando que para o julgamento dependa o feito de juntada de termos ou documentos, que por impossibilidade prática não puderam ser juntados aos autos na audiência.

Mesmo a dependência de feitura de laudo pericial, e juntada posterior, não influi na averiguação do valor dos demais atos processuais orais praticados, para a formação do convencimento, porquanto o juiz não está adstrito a julgar de acordo com o que apurou a prova técnica.

O deferimento de juntada desses documentos escritos aos autos, com a conseqüente determinação de vista às partes, que é obrigatório, são atos meramente ordinatórios (§ 4º do art. 162 do CPC) e, portanto, embora não diga o juiz, que colheu a prova oral em audiência, que a instrução estará encerrada, após a juntada e vista às partes, pelo servidor, na verdade ela estará.

O juiz que apenas declara encerrada a instrução processual, sem ter participado da instrução, não está vinculado ao processo, mas sim o juiz instrutor do feito, por força do pressuposto lógico do princípio da identidade física, que é a imediação.

A argumentação vetusta, no sentido de que a não-vinculação servia ao princípio da celeridade, poderia encontrar eco, se o órgão judicante ainda fosse colegiado.

A Súmula nº 217 do extinto TFR, justamente por se referir a órgão judicial singular, cristalizou o seguinte entendimento, *in verbis*: “No âmbito da Justiça Federal, aplica-se aos feitos trabalhistas o princípio da identidade física do juiz”.

Tal súmula foi revigorada, passando a ser aplicável à Justiça do Trabalho, pela atual singularidade do órgão de primeira instância, após a EC nº 24/99. Entender o contrário seria depreciar a figura do juiz do Trabalho, no sentido de o juiz federal ser mais magistrado do que o do Trabalho, o que seria uma inverdade, uma vez que ambos são juízes com iguais prerrogativas e deveres, segundo a CF/88 e a Loman, embora com competências diversas.

A desobediência do princípio da identidade física tem gerado e continuará gerando uma série infundável de anulação de sentenças pelos Regionais, até mesmo de ofício, além de uma enxurrada de ações rescisórias embasadas no inciso II do art. 485 do CPC.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. Op. cit., p. 236.

A perpetuação da prática de organização por parte de alguns tribunais trabalhistas acaba por criar as figuras do juiz julgador, instrutor, despachador de encerramentos de instruções, etc., desvirtuando o princípio da identidade física.

Queremos crer que, em breve, a jurisprudência vai tornar inócua essa reflexão, diante da conscientização da real e emergente necessidade de se adotar um procedimento único trabalhista, harmonizado com o princípio da identidade física e mais próximo do modelo de processo idealizado pelo legislador, que tem por finalidade precípua atingir uma justa, rápida e imparcial sentença, para bem atender aos fins políticos do Estado.

Se o ferimento a um princípio fundamental pode ser desvirtuado, sem gerar qualquer nulidade, continuaremos receosos. O tempo, senhor da verdade, dirá!

Bibliografia

- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. *Audiência de instrução e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller Ed., 2001. v. 3.
- COSTA, Coqueijo. *Direito processual do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- CRETELLA NETO, José. *Fundamentos principiológicos do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GOUVÊA, Ligia Maria Teixeira; WRONSKI, Ana Paula Volpato. O princípio da identidade física do juiz no processo do trabalho – revivendo um velho mote. *Revista LTr.*, São Paulo, nº 65-07, jul. 2001.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Temas de processo do trabalho*. São Paulo: LTr., 2000.
- MALTA, Christovão Piragibe Tostes. *Prática do processo trabalhista*. São Paulo: LTr., 2002.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1996.
- OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Comentários aos Enunciados do TST*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da sentença*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- RIGOLIN, Ivan Barbosa. *Comentários ao regime único dos servidores públicos civis*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- SANTOS, José Aparecido dos. A reforma do processo do trabalho. *Revista ANAMATRA*, nº 38, abr. 2000. (Tese apresentada no 10º Conamat.)

SONEGAÇÃO E IMPUNIDADE

MISÉRIA DE DIREITO E DE JUSTIÇA: UM CHOQUE DE REALIDADE

*Marco Aurélio Dutra Aydos**

Sumário. 1. Prova empírica do controle administrativo sobre a persecução penal tributária. 2. Prova lógica do controle administrativo sobre a persecução penal tributária

O ano de 2003 começa promissor. Depois de 14 anos do que poderá com inteira justiça ser considerado um período de restauração antidemocrática e paulatina destruição do espírito da Constituição de 1988, surge a esperança de um governo constitucional e democrático. Segundo o dito de campanha presidencial, “a esperança venceu o medo”. O dito é verdadeiro e traz a esperança de que voltemos a ter “história” em lugar de assistir perplexos à perpetuação da força no Estado criminal. A esperança é o motor da História, dizia Ernst Bloch. O que não pode faltar à esperança, corrente quente da história por fazer, é o “choque de realidade”, que percebe as dificuldades objetivas a vencer, que compreende até a raiz onde e por que o Estado que passou tornou-se o avesso da promessa democrática da Constituição de 1988. Aqui sim pode-se dizer que o “radicalismo” é benfazejo. Quem não compreender como e por que meios jurídicos institucionalizou-se a sonegação e, no rastro dela, a corrupção, de 1990 até 2002, terá dificuldade em empreender o necessário “começo de conserto” do Estado.

O “choque de realidade” da miséria absoluta deverá fazer-se acompanhar pelo choque de realidades menos visíveis. Ver a realidade institucional corrompida é mais difícil do que pôr-se frente a frente com a miséria, mas não menos necessário. Há muita miséria para mostrar, como herança do período que se encerra. Miséria de direito, miséria de justiça, miséria de decência, miséria de dignidade, miséria de “qualidade” nos órgãos superiores das instituições que deveriam ter sido, nesses 14 anos, guardiãs da ordem constitucional, miséria decorrente de más escolhas presidenciais, por miséria de espírito democrático, miséria de fidelidade ao espírito e à letra da Constituição, miséria de amor à justiça e ao bem público. Temos muitas misérias a mostrar para que o “choque” seja completo. Não que sejam novidade, mas não é menos lamentável assistir à reedição de vícios antigos da política brasileira, práticas conhecidas de nossa tradição coronelista que Victor Nunes

* Marco Aurélio Dutra Aydos é procurador da República, mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e mestre em Filosofia pela New School for Social Research, Nova York, EUA.

Leal tão bem expressou e, no campo das instituições jurídicas, o jurista Pontes de Miranda, já em 1916, sinalizava, dizendo que

*“uma das causas da intranqüilidade nacional é provinda da desconfiança em que incidiram todos os órgãos públicos do Brasil, no exercício dos poderes discricionários, que lhes competem, desconfiança esteadada em más escolhas, maus atos de administração no período republicano e imperial (Poder Executivo), injustiças em reconhecimento de poderes (Poder Legislativo) e erros judiciários e invasões de outros poderes [...]”*¹.

A democracia que promete resgatar a dívida social não pode perder de vista a democracia institucional. A democracia é um pacote completo, e não pode pretender apenas “dinheiro para o social” à custa da depauperação das classes médias, mediante o modo mais fácil de tributar (que foi o escolhido preferencialmente nesses 14 anos) que é o imposto direto sobre os assalariados. Enquanto se imaginar que o “social” pode ser pago com a moeda da negociação em torno da qualidade democrática das instituições políticas (como parece ter ocorrido na negociação em torno do orçamento de 2003, sobre a base da moeda do foro privilegiado), a promessa de democracia permanecerá fronteiriça ao desvio desse governo chamado “demagogia”. Para que a promessa se mantenha democrática, precisaremos estar vigilantes.

Grande parte da sonegação fiscal, da prevaricação institucionalizada, da falta de “esperança” do funcionário de que exista “seriedade” na persecução penal dos crimes fiscais, e da porta aberta à corrupção pela institucionalização da “pessoalidade” na tutela da informação criminal é formada pelos frutos podres da árvore contida no art. 83 da Lei nº 9.430/96. O choque de realidade, porém, não será bem eficiente se limitado a dizer isso. Porque é preciso mostrar a realidade que conhecemos e que outros desconhecem. Quem, principalmente, a desconhece é o próprio Poder que tinha o dever constitucional de evitar as distorções, pelas leis, do princípio democrático da Constituição de 1988. Por desconhecer a realidade, o Poder Judiciário talvez não consiga perceber a complexidade do “golpe” infligido à Constituição pelo art. 83, cuja inconstitucionalidade – vamos apelar à “intuição” democrática – parece a todos nós, envolvidos na persecução penal, de uma auto-evidência.

Para a crítica será preciso (1) identificar a impunidade no campo tributário-penal como fruto direto do art. 83 da Lei nº 9.430/96; para em seguida (2) afirmar que não existe necessidade lógica de que o art. 83 exista, porque a interpretação de que os crimes fiscais são crimes “materiais” é uma interpretação possível, mas não a melhor, acerca da natureza desses crimes, e mesmo que fosse a correta, ela não implica necessariamente a existência do indigitado preceito.

Nossa reflexão é uma construção acerca de idéias. Em realidade, podemos “provar” teses meramente pelo raciocínio. Mas já que existem números, nada de mal fará reportar-se a eles. Sem a apresentação de números, tabelas e estatísticas produzidas de modo científico, haverá quem tome nossa realidade como “ideologia” que não podemos provar.

¹ PONTES DE MIRANDA. *História e prática do ‘habeas corpus’* (direito constitucional e processual comparado). 3ª ed. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1955. p. 314.

1. Prova empírica do controle administrativo sobre a persecução penal tributária

Oportuna a publicação de trabalho científico do auditor fiscal Alexandre Kern, será a remissão rápida a ele que iniciará nosso “choque de realidade”². Ao examinar a realidade da “seletividade” dos fatos criminosos pela Administração tributária, apresenta o autor números confiáveis e impressionantes, bem como faz uma correta correlação entre tais números e suas “causas”, que apresenta como “freios” inibitórios à persecução penal, sendo o mais “eficiente” o art. 83 da Lei nº 9.430/96.

A partir dos dados empíricos será possível concluir que a criminalidade fiscal “oficialmente” vem desaparecendo, desde 1996. Segundo Alexandre Kern,

“A investigação empírica logrou revelar a falta de comunicação ao MP de fatos que em tese configurariam crime tipificado na Lei 8.137/90. [...] O primeiro ‘freio’ ao encaminhamento das representações fiscais para fins penais ao MP foi instituído pela própria lei. Como já mencionamos linhas atrás, o artigo 83 da Lei 9.430/96 estatuiu que a representação só seria encaminhada ao MP após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. O desestímulo provocado por essa restrição pode ser observado empiricamente: os dados da tabela nº 7 apontam uma redução no número de procedimentos fiscais da ordem de 45%, entre 1996 e 1997, ano imediatamente posterior ao da edição da Lei. No mesmo período, o número total de representações fiscais para fins penais formalizadas reduziu-se em 59% (tabela 8) e o de representações por crimes contra a ordem tributária – artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, em 74% (tabela 9).”³

Nem se precisa mencionar que o legislador infralegal foi ainda mais além e permitiu-se criar um óbice especial à comunicação dos crimes, ao editar o Decreto nº 2.730/98, supostamente interpretativo da lei, mas em realidade ilegal.

Reflexo da cultura legal é a cultura institucional, bem mostrada pelo trabalho de Kern, quando afirma que os agentes fiscais da SRF não se representam a possibilidade de estarem cometendo qualquer infração ao deixar de formalizar a representação para fins penais.

“Percebe-se existir, na SRF, a noção de que a formalização de processos de RFPFP é apenas um entrave burocrático, mais um obstáculo a ser transposto para poder desincumbir-se de suas atribuições regimentais e para o atingimento das metas estratégicas, já que essas co-

² KERN, Alexandre. *O controle penal administrativo nos crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002. 136 p.

³ KERN. Op. cit., p. 112-113.

municacões ao MP não são percebidas como fator de incremento da arrecadação tributária. Essa cultura acabou por estabelecer a ‘tradição fiscal’ de só representar ao MP quando for muito arriscado deixar de fazê-lo, isto é, nos casos em que o AFRF detecta, na infração tributária cometida pelo contribuinte fiscalizado, evidente intuito de fraude, quando a multa aplicada de ofício é agravada. Diz então a tradição que ‘só-se-representa-quando-a-multa-for-agravada’.”⁴

O resultado dessa cantilena, segundo o autor, é que se deixa de comunicar tudo que não for “evidente”, mas ainda assim possivelmente fraudulento.

Mas há, no universo de efeitos perversos diretamente decorrentes da legislação penal-tributária criada no período pós-constitucional (de 1990 a 2002), outros piores. O mais perverso é o fato de que a criminalidade não deixou de existir, apenas deixa de ser procurada, seja na origem (em Kern há provas empíricas da diminuição de agentes em serviços específicos de fiscalização⁵), seja na importante zona de ligação entre o ilícito fiscal e o penal, que é a “notícia de crime”.

Estados democráticos administram a “informação” de modo democrático. A “informação criminal” (isto é, a notícia de que determinados fatos, que poderiam ser classificados como crimes, foram praticados) tem por destinatário constitucional o Ministério Público. Um Estado em que a informação criminal que é do conhecimento do Poder Executivo não chega ao Ministério Público tem algum problema de democracia para resolver. Quando se eleva a capacidade de monopolizar a notícia de crime a um grau tal que se termina por contar apenas o que interessa ao princípio de vontade (e não precisamos necessariamente considerar como criminal essa vontade, pois que qualquer vontade do administrador é estranha à persecução penal, ainda que noutros âmbitos pareça legítima, como a estratégia de arrecadação imediata) tem-se aberta a porta para a corrupção e a pessoalidade da Administração na tutela da “informação criminal”, que se torna potencial instrumento de barganha. Daí torna-se fácil permitir que a vontade administrativa enverede pelo caminho da criminalidade. Técnicas “gerenciais” como o “torniquete” (ilegal e injustificável ainda quando praticado para fins nobres como a correta exação, que seria a aplicação criminal da ameaça de punição, com a conseqüente insinuação da possibilidade de “perdão” ou esquecimento) (como anotada por Kern⁶) podem conviver com a extorsão de Estado, em que a ameaça de punição criminal e a outorga de perdão ficam ao inteiro alvedrio das camadas superiores da administração tributária, abrindo um campo à corrupção e à negociação desse “bem jurídico” de valor enorme em troca de moedas, como o financiamento de campanhas eleitorais e outros de mesmo gênero.

Ainda que pareça inocente, o art. 83 da Lei nº 9.430/96, que consideramos de auto-evidente inconstitucionalidade, é a linha de demarcação entre o Estado democrático e o Estado oligárquico-criminal. Nesse último, o Poder Judiciário “observa” a

⁴ KERN. Op. cit., p. 115.

⁵ KERN, Op. cit., p. 116.

⁶ Op. cit., p. 118.

criminalidade econômico-fiscal, julgando exemplarmente aqueles casos que lhe são remetidos pela “seletividade” do Poder Executivo, para aparentar que o sistema criminal funciona. Nesse regime, a Constituição existe e aparentemente o Judiciário julga, aparentemente o Ministério Público tem a “iniciativa privativa” da ação penal pública, mas nada disso funciona. Esse estado de coisas é “criado” por armaduras legislativas sofisticadas, mas em última instância torna-se possível pela colaboração dos poderes instituídos, de juízes e acusadores públicos, a maioria de boa-fé, atropelados que somos pela premeditada confusão de “valores” praticada pela corrupção legislativa. É sobre essa confusão que iremos nos deter adiante ao formular a prova lógica do controle administrativo sobre a persecução penal-tributária.

2. Prova lógica do controle administrativo sobre a persecução penal tributária

Apresentada a prova empírica, adentraremos na prova lógica. No presente estudo pretendemos provar a tese de que a persecução penal em delitos contra a ordem tributária tornou-se “atribuição privativa do Poder Executivo”, em detrimento do comando constitucional, mediante a análise de institutos jurídicos que possibilitaram esse desvio.

Afirma-se, hoje, que o Brasil se vem tornando um pólo de atração para organizações criminosas internacionais, mas raramente se apresenta, como causa dessa atração, a corrupção institucionalizada pelo próprio ordenamento jurídico. A demonstração, que faremos, pretende suprir essa falta e mostrar, também, como causa de atração, a corrupção legislativa. O presente estudo complementa a análise da modificação de espírito da Administração Tributária Federal, que fizemos publicar no *Boletim dos Procuradores da República* de número 36, de abril de 2001, cujas conclusões serão, aqui, pressupostas integralmente. Pois que, na verdade, a forma pela qual a Alta Administração Federal avocou atribuição criminal é a mesma com que já fizera avocar a autoridade de todos os auditores fiscais em mãos de meros delegados do poder político e/ou econômico, que se utilizam do poder mediante o princípio de vontade pessoal e não da abstração chamada lei⁷.

Dizer o que é e não é crime, dentro da normalidade constitucional, é tarefa que a sociedade desejou que fosse privativa de um órgão, de foro constitucional e com prerrogativas e garantias que assegurem que seus membros agirão com isenção, imparcialidade, livres de hierarquias ou do jugo da influência dos poderes políticos e econômicos. Garantias constitucionais, tais como a vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos, tradicionalmente conferidas ao acusador público, não são privilégios de burocratas de governo, mas, ao contrário, conquistas da sociedade civil, escritas numa Carta de Direitos, que é o que significa, em essência, uma Constituição.

Contrariamente ao espírito constitucional, numa engenharia jurídica sofisticada, implementou-se entre nós, desde 1990, a “privativa” dicção sobre a criminalidade fiscal pelo Poder Executivo.

⁷ AYDOS, Marco Aurélio Dutra. A privatização do espírito público – Administração Pública: autoridade, poder e assuntos afins. *Boletim dos Procuradores da República*, Ano III, nº 36, p. 26-31, abr. 2001.

O julgamento de crimes por autoridades administrativas, em sede de criminalidade tributária, com amparo “legal”, ocorre, na realidade, como um desenvolvimento que tem início em 1990, quando editada a Lei nº 8.137/90, que em aparência teria “transformado” a natureza dos crimes de sonegação fiscal de crimes de mera conduta, que são, em crimes de resultado, e finaliza com a explícita outorga, pelo ordenamento jurídico, do poder de arquivar determinados fatos em instância criminal, a conselhos administrativos vinculados integralmente ao Poder Executivo, de que é exemplo a ilegal disposição contida no Decreto nº 2.730, de 10 de agosto de 1998, que permite ao administrador “arquivar” as representações criminais se o conselho de contribuintes ou a autoridade julgadora decidirem que não houve “fraude”⁸ (com a não-imposição de multa agravada).

Vejam, em linhas gerais, como se deu esse “desenvolvimento”, que sub-repticiamente foi dando pequenos passos no rumo da hipertrofia do Executivo, em detrimento do Judiciário e do Ministério Público.

A primeira novidade é a transformação (aparente) do delito de sonegação, com a Lei nº 8.137/90, de delito de conduta em delito de resultado.

Se formos fiéis ao espírito da ilustração, teremos de convir que a verdade de uma proposição somente transparece de seus “próprios fundamentos”. Não obstante, a verdade jurídica costuma ser apresentada como aquela que se identifica com a “quantidade” de opiniões, extraída do cômputo geral das opiniões publicadas. É verdade que não existe outro caminho a não ser consultar os doutos, num assunto em que não temos “opinião”, e, quando todos os doutos concordam, parece que somos guiados instintivamente a concordar com a “repetição”. Só que existem assuntos em que as conclusões se apressam sem dar conta de premissas problemáticas, e a dicção da “mudança” da natureza dos crimes fiscais é um desses. A opinião majoritária ou mesmo unânime – quando não questiona e não responde a indagações que são desdobramentos necessários de suas premissas – não é por si um forte argumento racional. Permanece o que ela é: quantidade, a indicar apenas que será menos fácil do que imaginamos contrariá-la. A conclusão a que chega a maioria dos doutos não problematiza nenhuma das premissas sobre as quais se fundamenta. Primeiro, porque não explica a função de um crime de desobediência no corpo do art. 1º, mas não só por isso. Não explica por que o fato de serem materiais ou de resultado autoriza o Poder Executivo a retardar a notícia de crime, não explica por que o Poder Judiciário criminal seja podado em sua capacidade de examinar o “fato gerador” do tributo e a existência ou inexistência de sonegação com “independência” relativamente à palavra do administrador, que sempre pôde errar (tanto que jamais se disse que não poderia o contribuinte discutir a ausência de tributo em ação anulatória). Não explica por que deveriam crimes de falso ficar “pendentes” de processo administrativo-fiscal, como se fosse óbvio (a partir da premissa) que são todos os falsos sempre absorvidos pelo crime fiscal (o que não é óbvio nem correto). Não explica praticamente nada. Na realidade, a opinião jurídica que discutimos assemelha-se a uma opi-

⁸Decreto nº 2.730, de 10/8/1998, art. 2º: “Encerrado o processo administrativo-fiscal, os autos da representação fiscal para fins penais serão remetidos ao Ministério Público Federal, se: I – mantida a imputação da multa agravada, o crédito de tributos e contribuições, inclusive acessórios, não for extinto pelo pagamento.”

não decretada e não refletida. Assemelha-se ao “voluntarismo” judicial. Por fim, na tentativa de salvar a constitucionalidade do art. 83, afirmou-se já que o Ministério Público não estaria impedido de “investigar” a existência do delito fiscal antes de concluído o processo administrativo, mas não se disse por que deveria fazê-lo, uma vez que sempre foi auto-evidente a obrigatoriedade de comunicação, assim que verificada a sua ocorrência pelo funcionário público, de qualquer ilícito penal à autoridade competente, que com certeza não é o superior hierárquico nem muito menos o conselho de contribuintes. Faltaria dizer o absurdo: que na vigência de um Estado constitucional o destinatário natural da notícia de crime devesse “infiltrar” um agente na Fazenda Pública para impedi-la de acobertar crimes fiscais.

De qualquer modo, é interessante desvincular a existência (in)constitucional do art. 83 da conclusão sobre serem materiais ou formais os delitos fiscais. Porque uma conclusão num sentido ou noutro não induz à necessária existência daquele dispositivo. Antes de discutir propriamente se os crimes de sonegação em sua feição atual são mesmo materiais, tenhamos por assumida a tese que parece majoritária de que efetivamente sejam materiais. Isso porque a conclusão teórica nesse terreno é mais ou menos irrelevante. Sejam o que forem, não pode a Administração decidir pelo Judiciário o que são, para que se autorize a ela proceder a arquivamentos criminais em sede executiva. O pacto constitucional há de preservar o Judiciário para dizê-lo, nem que tenha de receber todas as notícias e arquivá-las em juízo, (1) porque o Poder Judiciário é feito de pessoas e pessoas mudam de opinião jurídica (especialmente quando nossas opiniões são – sem muita vontade nossa – embrulhadas na confusão geral e corrupção de valores que se insinua na “bastardia de origem” legislativa); (2) porque é perfeitamente viável concluir que a “mudança” de bem jurídico entre as Leis nº 4.729/65 e 8.137/90 é mais aparente do que real. Pode-se afirmar, com fundamento jurídico razoável, que os delitos de sonegação fiscal, todos eles, *ainda* são delitos de mera conduta e que o enunciado “suprimir ou reduzir tributo”, etc. confere, ao tipo penal em apreço, a mera enunciação de finalidade ou seu elemento subjetivo. Há valiosa sugestão nesse sentido em parecer do procurador regional da República Elton Ghersel, que parece ter recolocado a questão no seu próprio chão, para fundamentar, e bem, que:

“O núcleo do tipo é a prática de uma conduta destinada a encobrir a ocorrência do fato gerador, ou dar-lhe aparência diversa da que efetivamente possui, ou ainda resultar na incorreta determinação da base de cálculo ou do sujeito passivo, tudo de forma a que o quantum tributário declarado pelo contribuinte ou apurado pela fiscalização resulte inexistente ou inferior ao efetivamente devido, ou ainda devido por outrem.”

Isso porque a expressão suprimir ou reduzir tributo

“refere-se à supressão ou redução da habilidade do sujeito passivo em detectar a ocorrência e proceder à correta identificação dos elementos integrantes da obrigação tributária, ou seja, da relação jurídica que se estabeleceu entre os sujeitos ativo e passivo. As condutas não alteram a obrigação ou o crédito que a ela é inerente: apenas

*impedem ou dificultam a apuração do valor devido”*⁹.

Todavia, não é lugar aqui para discutir teoria do delito ou do delito de sonegação fiscal, sobre ser formal ou material. Tomamos como digna de nota a aparente transformação do bem jurídico para que o delito – que era inequivocamente de conduta – agora parecesse de resultado, e como a legislação originária da Receita Federal evoluiu para que a partir dessa aparente mudança se tornasse – de fato – a instância executiva na única instância de decisão do fato sonegação. Nesse sentido há uma linha evolutiva que começou com a própria Lei nº 8.137/90, consolidou-se por meio do art. 83 da Lei nº 9.430/96, e teria conclusão na aprovação da Proposta de Emenda à Constituição de nº 175/95. Para compreender essa evolução (que não é progresso democrático, mas aberta reação à Constituição democrática de 1988), vejamos um pouco mais sobre o “fato” sonegação fiscal e o que vamos chamar de “processualística” da informação criminal referente aos delitos de sonegação fiscal.

2.1 Evolução legislativa que permite o controle administrativo sobre a persecução penal tributária

Sonegar, no mundo-da-vida, seja qual for a dicção da norma jurídica, sempre foi conduzir-se de um certo modo... O Direito Penal fala linguagem popular. Eventualmente, vale-se de conceitos jurídicos, especialmente em crimes mais relacionados aos direitos comercial, empresarial e outros do gênero. A idéia de que o tipo – para ser uma garantia – deva imaginar exhaustivamente o “modo de operar” do infrator para prever o crime é uma idéia falsa sobre a garantia da tipicidade. Praticamente toda pessoa, até mesmo de pouca instrução, sabe o que é fraude (sabe, por intuição moral ou sabedoria cotidiana, o que é simulação, conchavo, maquinação, trama, conluio, etc.). A idéia de que tipos penais compostos de palavras genéricas (mas não abertas, o que é o caso da palavra fraude) seriam inconstitucionais por afronta à tipicidade não parece muito razoável. Porque é exatamente por serem mais ou menos genéricos que os tipos sobrevivem, quando construídos de modo tecnicamente preciso, aos tempos e à imaginação criadora dos criminosos. Em tese, um tipo que diga “gerir fraudulentamente instituição financeira” não precisa dizer mais nada, pois todo mundo sabe o que é fraude (e o juiz dirá que *meios* são fraudulentos, dentro do universo de modos fraudulentos existentes ou inauditos), o conceito de gerência é o tradicional do direito privado, e instituição financeira é conceito legal da lei penal incriminadora.

Questão diversa surge quando o tipo penal é escrito com técnica deficiente. A legislação penal brasileira extravagante, com raras exceções, tem técnica bastante inferior à da legislação codificada. Ora pretendem os tipos ser exhaustivos e regular minuciosamente a conduta criminosa e tudo prever, tornando-se taxativos, ao preço de excluírem delitos análogos, por esquecimento ou malícia do legislador, etc. Ora não dizem com clareza se o que se busca punir é a conduta ou o resultado, misturando, ainda, a delitos de particulares contra a coletividade, delitos contra a “administração” (como no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.137/90, que disciplinou um delito contra a

⁹ GHERSEL, Elton. Parecer pelo Ministério Público Federal em HC 2001.04.01.6031-9. TRF/4ª Região. Paciente Pedro Grendene Bartelle. pp. 11 e 10, respectivamente. Parecer datado de 4/5/2001. Veiculado via internet aos membros do Ministério Público Federal.

ordem tributária, por equiparação, típico da conduta “desobediência”. Como alguém “suprime ou reduz” tributo devido meramente desobedecendo, já seria uma questão em aberto, insolúvel, salvo se admitindo que a lei é defeituosa e tem de ser corrigida por boa interpretação).

O ordenamento penal-tributário era explícito ao tipificar crimes de mera conduta. Leia-se a disposição da Lei nº 4.729/65:

“Art. 1º Constitui crime de sonegação fiscal:

I – prestar declaração falsa ou omitir, total ou parcialmente, informação que deva ser produzida a agentes das pessoas jurídicas de direito público interno, com a intenção de eximir-se, total ou parcialmente, do pagamento de tributos [...]”.

A lei nova (e se fosse apenas para agravar a pena não precisava re-escrever a antiga) redigiu de modo diverso, mas talvez ainda apenas em aparência seja crime material. Leia-se, da Lei nº 8.137/90:

“Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias [...]”.

Tenhamos por pressuposto que a dicção da lei nova é de crime de resultado, ou crime material. A pergunta que fazemos é se pode o legislador alterar o que é conduta, no mundo da vida, para considerar relevante como crime apenas o resultado? Ou deverá o intérprete salvar a “péssima técnica” legislativa e ater-se ao que é crime no sentido “comum” da vida?

O aplicador da lei, no Brasil, e já não é de hoje, se verá diante da “calamidade legislativa”. O fato já fora denunciado por Rui. Dizia o grande jurista, em sua célebre “Oração aos Moços”:

“pesai bem que vos ides consagrar à ‘lei’, num país onde a lei absolutamente não exprime o consentimento da ‘maioria’, onde são as minorias, as oligarquias mais acanhadas, mais impopulares e menos respeitáveis, as que põem, e dispõem, as que mandam, e desmandam em tudo; a saber: num país, onde, verdadeiramente, ‘não há lei’, não há, moral, política ou juridicamente falando

[...]

É verdade que a execução corrige, ou atenua, muitas vezes, a legislação de má nota. Mas, no Brasil, a ‘lei’ se deslegitima, anula e torna ‘inexistente’, não só pela bastardia da origem, senão ainda pelos horrores da aplicação”¹⁰.

¹⁰ BARBOSA, Rui. “Oração aos moços”. (Discurso de paraninfo, lido pelo professor Reinaldo Porchat, na Faculdade de Direito de São Paulo, por ocasião da colação de grau dos bacharéis em 29 de março de 1921.) In: *Ensaaios literários*. Seleção de Américo Lacombe. Rio de Janeiro/São Paulo: Gráfica Editora Brasileira, 1949. p. 222.

Que a legislação tributário-penal posterior a 1990, especialmente nos desenvolvimentos da processualística da notícia criminal (compreendendo o art. 83 da Lei nº 9.430/96 e seus frutos podres), seja maculada pela “bastardia de origem” é fato que impõe a nós, aplicadores, um esforço dobrado para que não somemos à origem, o mal, denunciado por Rui Barbosa, dos “horrores da aplicação”.

Sonegar, no vernáculo, é palavra indicativa de conduta. Sonegar é “*ocultar com fraude, astúcia ou habilidade; dissimular, ocultar, esconder, eximir-se ao cumprimento de uma ordem, tirar às ocultas, esconder, encapotar, etc.*” (Dicionário Aurélio).

Sonegam-se, em geral, informações de quem delas deveria ter notícia. Um dos antigos conceitos *jurídicos* de sonegação fiscal, entre nós, foi dado, por exemplo, no Regulamento da Lei do Imposto de Consumo, Decreto nº 56.791/65, e dizia praticamente o mesmo que o dicionário:

“Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento, por parte da autoridade fazendária:

I) da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II) das condições pessoais do contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente (art. 115)”¹¹.

Se todos devemos pagar impostos, todos devemos agir de determinadas maneiras para que o Estado conheça a base de cálculo e os fatos que geram impostos. Qualquer ocultação aqui é conduta que viola dever jurídico. A violação do dever jurídico de lealdade deve gerar fato ilícito criminal, além de ser fraude fiscal, sobre a qual deve “naturalmente” recair a imposição da chamada multa agravada, de modo que se o infrator quiser ter a “liberdade” de ocultar tais fatos novamente, saiba que pagará não apenas o tributo iludido, mas um “extra” de 150%, para que o Estado não incentive tal conduta, e premie a conduta contrária, leal e honesta. Retribuindo a sonegação no campo fiscal (150% de multa) e penal (pena criminal que deve incluir também a privação de liberdade), a ordem jurídica conseguiria impor o princípio da igualdade constitucional de todos perante a lei. A regra penal deve (deveria) ser muito simples e apenas qualquer forma fraudulenta ou ardilosa de subtrair ao conhecimento da autoridade a ocorrência de fato que fosse causa jurídica da imposição do dever de contribuir.

Resumindo: *sonegar* é, na vida comum, que é a vida que interessa ao Direito Penal, atividade, mera *conduta*. Um ordenamento muito simples diria, como na tradição codificada, que o “resultado” da conduta (menor, maior, de pequeno valor, ou magnitude, etc.) seria uma, dentre outras (p. ex., a intensidade do dolo de enganar, a associação criminosa com agentes públicos ou profissionais, etc.), circunstância a ser sopesada na dosimetria da pena. Fora isso, o resultado em crime formal é mero exaurimento do crime. Como exaurimento que é, a corre-

¹¹ Citado em ROSSI, Ângelo Rafael. *Crime de sonegação fiscal*. Lei 4.729 de 14-7-65. Rio de Janeiro/São Paulo: Editora Jurídica e Universitária, 1967. p. 26.

ção do resultado, depois de consumado o delito, somente poderia, pela regra e tradição penal, atenuar a pena, jamais excluir a punibilidade.

Sonegar, então, é (deve ser) crime, e do tipo de crime que agride a sociedade inteira, só podendo ser crime de ação penal pública e incondicionada. A vítima do crime é a coletividade e não a Receita Federal, órgão de execução da fiscalização tributária federal.

Geralmente, apenas crimes que interessam ao âmbito privado da vítima são noticiados ao arbítrio da vítima. Crimes públicos podem ser noticiados por qualquer pessoa. Agora, se tais crimes são “descobertos” normalmente por funcionários públicos, a regra, que deveria existir em um sistema legislativo normal, é a da imposição de “dever” funcional de noticiar, à autoridade pública competente para processar crimes, qualquer fato que configure possibilidade de crime, sem mais investigações ou delongas, sem a necessidade de conceituá-lo, dizer quem o praticou, etc. Conseqüência necessária desse agir é que a sua violação, por atentar contra a coletividade, em geral, deve também constituir uma negação de dever funcional, e também um delito, que entre nós é conhecido como “prevaricação”. O funcionário público, seja a autoridade lançadora, ou revisora, ou delegacia de julgamento fiscal, ou conselho de contribuintes, não pode “perdoar” diretamente o infrator em nome da coletividade, não podendo, por conseqüência lógica, perdoá-lo indiretamente mediante a “demora” na efetivação da notícia, que pode comprometer a punibilidade pelo efeito da prescrição, o esquecimento jurídico do fato pelo mero transcurso de tempo.

Mas nem sempre, entre nós, a sonegação foi crime, e é possível que o exame da origem legal do crime nos ajude a corrigir os defeitos de interpretação tão comuns atualmente.

2.2 Origem do crime de sonegação. Lei nº 4.729/65. Direito material e processualística da informação criminal

A origem da discussão penal sobre sonegação fiscal, entre nós, antecede à Lei nº 4.729/65. Segundo Ângelo Rossi, ao tempo em que não havia legislação especial, houve o esforço por parte dos acusadores de integrar delitos fiscais no direito codificado, especialmente na falsidade ideológica. É possível que venha desse esforço a pacífica jurisprudência que se criou em torno da auto-evidente absorção do falso no crime fiscal. A falsidade dessa tese, pelo menos em toda a sua extensão, já autoriza a que se considere ilegítima a “seleção” de fatos pela autoridade fiscal para entrega ao Judiciário, ou para arquivamento em sede executiva. Não pode o administrador decidir, pelo juiz, qual falso é absorvível e qual não é, para fazer com que a materialidade do delito dormite, dependurada ao processo fiscal, na dependência do julgamento executivo. E não pode fazer isso ainda que a “unanimidade” da jurisprudência diga que certo tipo de falso é efetivamente absorvido, porque o Judiciário tem direito de mudar de opinião.

Passada a tentativa de abarcar no Código os delitos de sonegação, sobrevieram projetos e leis. Em harmonia com o conceito de sonegação do mundo real, o mundo formal tornou ilícita a conduta, desde o primeiro projeto, que, segundo Ângelo Rossi, comentarista da Lei nº 4.729/65, foi encaminhado ao Congresso em 27 de abril de 1963, pelo então presidente João Goulart, para punição criminal da “fraude” contra o Fisco. A Lei que veio a ser aprovada, de nº 4.729/65, da mesma forma disse o que a vida cotidiana diz ser correto sobre a sonegação: que

ela é conduta a ser punida independentemente do resultado, até porque se imagina que a punição da conduta é mais importante, para que o resultado não ocorra. O bem jurídico é a conduta, não o produto da tributação, que já podia (e de fato é) ser assegurado mediante a ação fiscal. A Lei nº 4.729/65, em seu aspecto geral, é mais precisa, tecnicamente, do que a ordem inaugurada com a Lei nº 8.137/90. Talvez por ser uma legislação de transição entre o que não era crime e passou a ser considerado tal, previu essa lei “benefícios”, entre eles a questionável extinção da punibilidade pela denúncia espontânea (mas veja-se que na Lei nº 4.729/65 o benefício é bastante diverso do atual, é limitado ao pagamento do crédito por denúncia espontânea, antes da “ação fiscal”, o que é bem diverso de pagar o débito antes de “recebida a denúncia”, benefício criado posteriormente no art. 14 da Lei nº 8.137/90¹²).

Apesar de contar com “benefícios” para “criminosos primários”, caso em que a “pena será reduzida à multa de 10 (dez) vezes o valor do tributo” (a primariedade nesse caso era específica nos crimes de sonegação fiscal ¹³), os benefícios legais já eram criticáveis, como anotava Rossi:

“A lei é defeituosa e malfeita. Contém dispositivos que enfraquecem a ameaça penal. A punição do criminoso primário, prevista no § 1º do artigo 1º, é especialmente mitigada, pela extinção da punibilidade mediante o recolhimento do tributo antes do início da ação fiscal, prevista no art. 2º. Ora, o arrependimento se dá após a consumação do crime, e, mesmo assim, tem o efeito de extinguir a punibilidade, o que parece um tanto imoral”¹⁴.

Defeituosa e malfeita: se a fôssemos comparar com a nova ordem penal-tributária que se encaminha para a ficção de que a sonegação fiscal é crime apurado e punido pelo Estado, diríamos que era 100% menos defeituosa do que a legislação atual. E era mais técnica, diga-se de passagem, num aspecto sensível para a efetiva punição da sonegação fiscal, que é a processualística da informação criminal. A Lei nº 4.729/65 não criou nenhum mecanismo novo no conhecimento e notícia de crimes praticados diante dos olhos do servidor público. Apenas afirmou a obrigação (que é dever do funcionário em geral e já estava no antigo Estatuto do Servidor) de noticiá-los, *imediatamente*, à autoridade que tem atribuição para deles conhecer, em formulação semelhante ao dever administrativo dos juízes (na forma do art. 40 do

¹² Benefício que, revogado, ressuscitou no art. 34 da Lei nº 9.249/95, de origem “bastarda” porque disciplinado, de soslaio, entre outras disposições fiscais de “fim de ano”. De resto, o pagamento como causa de extinção de punibilidade, que não contém nenhum valor além da reparação do dano (diversamente de outras hipóteses legais, tais como a garantia da verdade, na extinção de punibilidade prevista no § 3º do art. 342, do falso testemunho), permanece no sistema tributário-penal como anomalia, daí por que não serve de parâmetro para “harmonizar” o sistema, como pretendem alguns ao argumentarem, falsamente, que o pagamento, como causa de extinção da punibilidade, quebra a isonomia e obriga o réu a “confessar” a infração fiscal. A argumentação é, como a do prévio exaurimento, à primeira vista, lógica, mas a partir do momento em que se estabelece a extinção como anomalia no sistema, cede qualquer possível harmonização desse tipo, porque não se pode interpretar o todo pela parte e, muito menos, pela parte-desviante ou anômala.

¹³ ROSSI. Op. cit., p. 67.

¹⁴ ROSSI. Op. cit., p. 33.

Código de Processo Penal) que souberem de possibilidades delituosas em autos ou papéis de que conhecem. Nada novo disse aquela lei sobre o dever de noticiar, tomando-o como algo evidente e, ainda, com igual evidência dispondo que “retardar” injustificadamente a notícia seria crime funcional.

Não disse, nem poderia dizer aquele legislador, se o funcionário devia entender de complicadas técnicas de direito e processo, se devia saber que existem crimes materiais ou formais, se devia saber se a tentativa é punível ou impunível, se o falso é autônomo ou absorvido, se existe possibilidade de o agente ter-se havido com mera culpa e se esta possibilidade autoriza que ele deixe de noticiar, etc. (ao contrário do que se estabelece atualmente, em portarias da Receita Federal, como um verdadeiro código de processo da notícia de crime, que dá “amparo legal” à usurpação de poderes constitucionais do Ministério Público e do Judiciário). E isso não fez por razões evidentes porque, se exigisse isso do funcionário, poderia ao mesmo tempo pôr sobre os ombros dele, funcionário, um ônus que ele não deve ter, o ônus de errar em prejuízo da sociedade, ou de ser – ilicitamente – comandado a fazer ou deixar de fazer algo, sem contar com prerrogativas constitucionais que o habilitem a resistir, o ônus, enfim, de dizer o que não é crime e determinar arquivamentos sumários, não sujeitos a controle judicial.

No § 4º do art. 1º, previa a Lei nº 4.729/65, o “crime funcional” do agente que concorre para a prática do crime de sonegação fiscal, tendo atribuição de verificação, lançamento ou fiscalização de tributos (espécie de facilitação à sonegação). Deixar de dar a notícia, oportunamente, poderia com certeza ser tipificado nesse tipo de “facilitação à sonegação”. O que era crime funcional é o que devia mesmo ser crime: ocultar da autoridade a existência de crimes e não, como agora, contar aquilo que a autoridade poderá perdoar...

Ângelo Rafael Rossi, ao comentar a antiga Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, dizia que: “*Quem comete crime no exercício do cargo revela sua indignidade e periculosidade. Mostra-se indigno da investidura.*”¹⁵ Nessa ordem de coisas, deixar de noticiar os crimes à autoridade competente para processá-los era considerado indignidade no exercício do cargo. E corretamente, quem age assim era considerado “perigoso” para a sociedade.

A disposição processualística da informação criminal era elementar:

“Art. 7º As autoridades administrativas que tiverem conhecimento de crime previsto nesta lei, inclusive em autos e papéis que conhecerem, sob pena de responsabilidade, remeterão ao Ministério Público os elementos comprobatórios da infração, para instrução do procedimento criminal cabível.”

Comentando o dispositivo, escreveu Rossi: “*A autoridade não deverá especificar o delito. A capitulação é privativa do Ministério Público*”. O seu comentário é lapidar. A autoridade jamais deveria descer a minúcias quanto à classificação criminal, não indo além do essencial. A notícia-crime diria que aconteceu fato *x*, aparentemente classificável como crime contra a ordem tributária. Anexaria à notícia os papéis em que surgiu o conhecimento do fato,

¹⁵ ROSSI. Op. cit., p. 68.

documentos e provas materiais (originais) apreendidas, do possível delito. Mais do que isso é desnecessário. Agora, se faz mais do que isso para “deixar de noticiar” (omitir a comunicação), não somente desnecessária, como ilegal e inconstitucional, será a conduta funcional, porque é usurpação de poder de outrem.

Ao falarmos em conduta constitucional, é preciso realçar um elemento da vida democrática que é o agir democraticamente. Nem sempre esse agir é um fazer algo positivo. Por vezes será renunciar a fazer, deixando que outros, com atribuição privativa para isso, o façam. Por isso que a democracia é difícil, por ser, no dizer de Montesquieu, assemelhada a um “*esquecer-se de si mesmo*”. Remeter a notícia de crime, imediatamente, ao Ministério Público é um agir positivo que nada pode omitir por medo de “representar demais”. Ao remeter a notícia de crime, nos moldes muito genéricos que apresentamos como corretos, não estaria a autoridade descumprindo dever ou cumprindo-o de modo desidioso. Nem sequer estará passando atestado de desconhecimento de Direito Penal (até porque conhecimentos aprofundados de Direito Penal não lhe são exigíveis para bem cumprir a função de fiscalização tributária) mas antes, afirmando, democraticamente, a prerrogativa constitucional de outrem.

Digno de registro era o preâmbulo do Decreto que disciplinava a processualística da informação criminal ao fixar, desde logo e de modo explícito, “*a autonomia recíproca do processo administrativo fiscal e do processo criminal*” (*consideranda*, Decreto nº 57.609, de 7/1/1966), princípio que vinha disciplinado em seu art. 5º: “*O processo fiscal instaurado na esfera administrativa independe da apuração do ilícito penal*”.

Esclarecendo dúvidas sobre a participação de terceiros ou sobre o problema da criminalidade subjacente à sonegação fiscal, o Decreto antigo era também “evidente” ao dizer: se o terceiro for funcionário, imediatamente se procederá ao inquérito administrativo, sem prejuízo do inquérito policial e, em se tratando de particular, sua participação será apurada pela polícia, que também fará qualquer apuração no que respeita à criminalidade subjacente. Disciplinou o Decreto nº 57.609/66:

“Art. 8º. Compete ao Departamento Federal de Segurança Pública instaurar inquéritos e sindicâncias sobre os fatos delituosos subjacentes à sonegação de tributos ou com ela relacionados, inclusive crimes funcionais.”

É evidente que a “criminalidade” subjacente à sonegação fiscal, de que hoje é indiciária a movimentação financeira da CPMF, conhecida pela Receita Federal, é atribuição típica de “investigação criminal”. Até porque será preciso, nesses casos, períodos mais ou menos longos de maturação da investigação, para surpreender o infrator, e não perder a prova, etc. Serão necessárias cautelares tipicamente investigativas, tais como quebras de sigilo telefônico e outras, em juízo criminal, que são incompatíveis com o procedimento “contraditório” adotado no processo fiscal.

Visto, em linhas gerais, o princípio do ordenamento anterior, vejamos a nova ordem penal-tributária que vigora a partir de 1990, também no aspecto sensível da processualística da informação criminal, que é o mais importante.

2.3 Sonegação fiscal sob a ordem penal-tributária posterior a 1990

Voltemos à dicção na nova lei de sonegação fiscal, tomando-a como ela aparentemente é, uma mudança de “valor” ou troca de bem jurídico da conduta para o resultado (sem prejuízo de que isso seja mera aparência, a ser desvendada em interpretações mais aprofundadas e harmônicas do ordenamento tributário-penal).

Pergunta-se: (1) pode o autor da lei mudar a natureza do crime na lei penal?

É difícil admitir que o legislador (penal ou tributário) tenha tanta liberdade como se poderia imaginar pela mera leitura da legislação. Em Direito Tributário, que é de mesma natureza impositiva que o Direito Penal, a teoria dos “fatos-signos” presuntivos de riqueza, de Becker, já dava uma resposta negativa a essa ampla liberdade. As limitações constitucionais são outra fronteira a impedir tamanha liberdade. Exemplo clássico seria a tributação, vamos dizer, de maiores gravames a populações de raça *x* ou *y*, o que seria flagrantemente inconstitucional, por quebra de isonomia, além do fato de a pertinência a determinada raça não ser fato-signo presuntivo de maior capacidade contributiva.

Em Direito Penal, poder-se-ia, sem mais, alterar o bem jurídico protegido, de conduta para resultado? Sem pretender uma resposta ao questionamento, que seria meramente acadêmico, podemos perguntar algo prático: quais as conseqüências disso?

O que se pode dizer é que – de fato – a realidade que se vive hoje, com suporte na interpretação predominante do delito fiscal de resultado, é equivalente a um retrocesso a tempo anterior à vigência da Lei nº 4.729/65. Isto é, apesar de que exista em “ficção” o crime de sonegação fiscal, quem o julga é a Administração fazendária, que pode arquivar notícias de crime se se convencer num sentido ou em outro. *Então o fato sonegação continua sendo um fato meramente fiscal.* Adotar – agora tanto faz se diretamente ou por via transversa – o prévio exaurimento da instância fiscal é equivalente a descriminalizar a conduta do sonegador, com o prejuízo de que o crime remanesce e pode ser punível – e exemplarmente – quando a Administração enviar a notícia de crime (quando quiser). Institucionalizam-se as regras do silêncio, como nos pactos de organização criminosa, e do bode expiatório, que lavaria a absolvição dos outros, perdoados.

Se a lei, bastarda na origem, foi quem proporcionou essa evolução, já é mais do que tempo de se corrigir a má origem com boa interpretação.

O resultado mais evidente da alteração, associada a uma nova processualística da informação criminal, é a concentração do poder de dizer o crime em mãos da Administração. A quem teme que agentes do Poder Executivo possam incriminar alguém, porque isso rompe o pacto democrático, não será difícil convencer que o poder de “perdoar” alguém é tão ou mais grave e inconstitucional. E que um e outro são idênticos.

A conclusão de artigo de Luciano Feldens e Douglas Fischer resume com propriedade a questão, ao dizer que, quando muito, a decisão fiscal será um, dentre outros, elementos de convicção para o juiz criminal, não podendo ter força “absolutória” na instância penal: “Até porque nunca se pretendeu – e nem se pretenderá – o contrário: que o contribuinte, perdedor

no Conselho de Contribuintes, saia de lá condenado criminalmente.”¹⁶

A tese da dependência da instância criminal à fiscal (que é, traduzindo diretamente, o que se afirma ao pretender salvar algo que *não existe*, como a “unidade do injusto”) parece lógica, e essa aparência deve ser desfeita.

Se é sobre o terreno da lógica que argumentam os juristas que defendem o “prévio exaurimento” da via administrativa para o recebimento da denúncia, então é chegado o tempo de – verificado o absurdo inconstitucional de fazer depender a condenação criminal da palavra da Administração – corrigir o defeito *lógico* do raciocínio. O que será também muito lógico e simples. Duas premissas podem ser verdadeiras, mas produzirem um silogismo falso por não pertencerem ao mesmo gênero. O transporte ou migração de uma premissa de um gênero para outro é causa de inconsistência lógica, já advertia Aristóteles. E essa migração torna o raciocínio inteiro falso, embora seja aparentemente lógico.

Vejamos o raciocínio:

(a) Premissa maior: o delito é material ou de resultado (reduzir, suprimir tributo devido); (b) Premissa menor: é privativo da autoridade fiscal o lançamento; (g) logo, sem lançamento válido, não há delito.

O raciocínio é falso porque a premissa maior pertence ao Direito Penal e a premissa menor ao Direito Tributário, e o administrador “fiscal”, num regime democrático, não pode decidir pelo juiz, assim como o juiz não pode constituir crédito tributário. Agora, isso não quer dizer que o juiz (cível ou criminal) não possa (alguns pensam que não “saberia” fazê-lo) dar a um fato a sua coloração jurídica para dizer se sobre ele deve ou não deve incidir norma tributária.

A supressão ou redução de tributo devido é um fato, como qualquer outro elevado à condição de crime, cujo conhecimento é privativo do juiz criminal (e, como questão prejudicial do dispositivo da sentença, só produz efeitos no âmbito criminal). Se o juiz não souber desvendar a complexidade tributária a contento, pode valer-se de peritos, contabilistas, mas ele vai decidir a *questão jurídica*: se devia ou não devia incidir tributo no fato cujo conhecimento foi ocultado mediante fraude (sonogado). Se a Administração erra em favor do contribuinte, não há fundamento jurídico para impor esse erro ao juiz, como se sua decisão viesse a “reboque” da decisão administrativa.

Logo, é absolutamente compatível a condenação criminal com a “absolvição” fiscal (palavra que usamos apenas por retórica, porque é inadequada no processo fiscal). E, ademais, o erro da autoridade tributária para imposição de crédito sempre pôde ser discutido em juízo e jamais fez coisa julgada para o Judiciário.

Então nada importa que os conselhos, ou delegacias de julgamento, digam que não há tributo devido, embora sempre seja lamentável que o digam em desacordo com o Direito (como vem tornando-se freqüente). Não há conflito (nem pode haver) a não ser que se pretenda que o juiz seja mero aplicador da sanção passada pelo Fisco.

E, contudo, o raciocínio falso vai dando margem, desde 1990, a diversos fundamentos legais que usurpam atribuição do Ministério Público, e pode ainda desembocar na “constitu-

¹⁶ FELDENS, Luciano; FISCHER, Douglas. A decisão desconstitutiva do crédito tributário e a ação penal. Veiculado eletronicamente aos membros do Ministério Público Federal.

cionalização” dessa usurpação, tentada hoje pela via de Projeto de Emenda Constitucional nº 175/95, que pretende acrescentar um § 3º ao art. 145 da Constituição, para dizer (fora de lugar) que: “Ninguém será processado penalmente antes de encerrado o processo administrativo tributário que aprecie a matéria da denúncia.”¹⁷

Em sendo aprovada a referida Emenda, não se poderá apelar à “guarda da Constituição” para resistir a essa evolução legislativa, mas também não se poderá dizer da Constituição de 1988 que ela ainda é uma constituição democrática que se mantém na tradição moderna de separação dos poderes jurisdicionais e executivos.

A opção, mais aparente do que real, pelo delito de resultado (ou material) é apenas o início das patologias do sistema penal-tributário por nós adotado a partir de 1990. Por sistema penal tributário não compreendemos apenas as normas que criam tipos penais, mas também aquelas que permitem que o titular da ação penal processe os culpáveis. E aí veremos que a patologia se insere num quadro de “organização estatal” para a promoção da sonegação fiscal, mediante condutas, legais e infralegais, inconstitucionais, que, além de inaptas para combater a criminalidade fiscal, ainda são aptas a criar solo apropriado para a corrupção.

2.4 A processualística da informação criminal na nova ordem penal tributária

Reafirmando o que foi dito antes, o Ministério Público é e sempre será o destinatário natural das notícias de crimes de que têm conhecimento os particulares ou funcionários públicos, com a diferença de ser, para os últimos, dever funcional noticiá-los e não retardar essa notícia.

Como (e por que) pode uma ordem jurídica considerar “legal” protelar a notícia até a ocorrência de um evento incerto e não sabido (em seu termo final), e que ainda por cima é *privativo* da Administração?

Perplexidades: (1) E se o delito estiver a ponto de prescrever e puder a Administração adiar o evento após o qual deva fazer a notícia, não é tal ordem um convite à prevaricação, à corrupção, etc., com a desvantagem de que jamais se provará que houve dolo ou “sentimento pessoal” na demora? (2) Se, mesmo sendo de natureza material, os delitos fiscais não operam necessariamente a extensão de seus efeitos (ex., extinção da punibilidade pelo pagamento) aos crimes conexos (há jurisprudência nesse sentido¹⁸). Por que esperar para processar o que não é afetado pelo pagamento? (3) Se, sendo materiais, tais delitos admitem tentativa, por que sonegar ao Judiciário as provas da tentativa sob o argumento de que o resultado não ocorreu? Registre-se que nas instâncias estaduais verificam-se condenações por crimes tentados dessa natureza¹⁹. (4) Por que deixar dependurados num processo fiscal, aguardando conhecimento pelo julgador administrativo, documentos falsos que prejudicam terceiros (contratos sociais, notas fiscais frias, etc.), os quais não são absorvidos pelo crime fiscal?²⁰ O rol é exemplificativo,

¹⁷ Referido em PAULINO, José Alves. *Crimes contra a ordem tributária: comentários à Lei 8.137/90*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 123, pelo sentido integral do texto, aprovativamente.

¹⁸ *Revista dos Tribunais*, v. 564, p. 411.

¹⁹ TJSC – AC 33.869 – 1ª Câmara – 28/11/1995.

²⁰ Sobre isso há precedente: *JSTJ*, v. 29, p.298-299, segundo o qual a existência da segunda vítima possibilita a caracterização do delito de falsificação documental.

e não se destina, com certeza, a “ensinar” a Receita Federal a ampliar suas portarias para incluir este ou aquele tipo de crime na nominata de crimes sujeitos à representação, porque nominatas desse tipo são ilegítimas.

Dentro da normalidade, a pergunta sobre “quando deve ser feita a notícia-crime” seria obviamente respondida com um “imediatamente”. E seria também óbvio que bastaria ao dever de noticiar o conhecimento de um indício do crime, conceito legal que está no Código de Processo Penal de modo claro e inequívoco: toda “circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias” (art. 239 do CPP). Mais do que ter noção elementar de que fraude é crime e do que seja indício de crime, o particular, ou funcionário não precisariam saber para cumprirem com tranquilidade a “rotina” de remeter notícias de crime ao Ministério Público. Em dúvida sobre ser ou não ser crime a conduta que conhece, deve-se encaminhar a notícia. O princípio de toda investigação criminal é da dúvida em favor da sociedade. Se o Ministério Público vai pedir o arquivamento por entender que não houve crime, nem por isso a notícia de crime (a representação fiscal para fins penais, como se a rotula) foi abusiva, errada ou caluniosa (e é preciso dizer o óbvio, porque já aparece como duvidoso, de que é exemplo a obra citada, de José Alves Paulino, p. 96 e ss.).

Onde prescreve mais do que devia, a legislação torna-se corrompida em seu princípio. A idéia corrente sobre corrupção é o recebimento de propina, mas existe também uma corrupção de princípios, de instituições, há a corrupção pior que é a do “espírito público” que deve estar no Direito Público.

A corrupção brasileira, que atinge hoje cifras assustadoras, deve muito de sua existência à corrupção legislativa que se instaura a partir de 1990. No aspecto especificamente fiscal, temos sucessivamente, para resumir o que estamos demonstrando, uma linha evolutiva de “corrupção legislativa”: (a) transformação (ainda que aparente) dos delitos fiscais em delitos de resultado, por criação legislativa, ao contrário da realidade; (b) a opção pelo “pagamento” como causa de extinção da punibilidade; (c) a usurpação de poderes, pelo Executivo, privativos do Ministério Público e do Judiciário; (d) para chegar ao objetivo final que é a regra da PEC nº 175/95 (prévio exaurimento da instância administrativa como condição da ação penal).

Nesse caldo de corrupção legislativa, o pior será a mentira ideológica que fará com que o Ministério Público e o Poder Judiciário ainda devam dar assentimento à usurpação, sob pena de aparecerem, diante do público, como desinteressados na luta contra a corrupção. Aqui surgem os argumentos ideológicos que misturam verdades e mentiras, sendo o mais corrente o de que a criminalidade está organizada e que contra ela somente forças-tarefa (Receita + Judiciário + Ministério Público + Polícia) podem lutar. A parte ideológica oculta que nessa “força-tarefa” a decisão parte da Administração Pública, que entrega aos demais aqueles infratores que não perdoa. Essa ideologia é também base de sustentação da criminalidade de Estado.

Assim como se institucionaliza como conduta “lícita” a escolha, pelo Executivo, do crime que quer “contar” dentre os inúmeros de que tenha conhecimento, institucionaliza-se, também, como crime a “delação” (que qualquer autoridade pública conte aquilo que não “deve”) dos crimes que deveriam permanecer em segredo. É a institucionalização do silêncio para os que conhecem as provas dos crimes, até que a “alta autoridade” bem decida pelo País aquilo que é crime.

Em síntese: altas autoridades fiscais conhecem todos os crimes; se quiserem contar alguns, não praticam crime algum; se não quiserem contar outros, também não praticam crime. Só pratica crime aquele que contar o que não deve. Só não pretenda o membro do Ministério Público perguntar (requisitar legalmente informação) demais sobre aquilo que a Alta Administração não queira que ele saiba. Uma regra como essa tem tudo para tornar o País o paraíso de organizações criminosas, com tentáculos sobre a Administração Pública, porque esta última vai assumindo a feição daquelas.

Crimes fiscais não serão contados ao Ministério Público por particulares, que normalmente não os conhecem, e aqueles envolvidos neles com certeza não têm interesse em contar, salvo na hipótese rara de delação por desentendimentos na sociedade criminosa. Os agentes públicos que os conhecem, em lugar de terem por força de lei obrigação jurídica de efetuar a notícia-crime sem demora, encontram “óbice legal” na remessa dos elementos de fato ao Ministério Público. O dispositivo legal erige como regra o silêncio em torno do que pode ser criminoso, enquanto não for bem “examinado” por todas as hierarquias da Administração fiscal, e torna-o semelhante ao “pacto de silêncio” de organizações criminosas. Como disse o procurador italiano Piercamillo Davigo, que atuou na *Operação Mãos Limpas*: “*Na Itália temos o pacto de silêncio. É o que define, exatamente, a Máfia.*” Ao romper-se o silêncio, foram acusados os procuradores italianos de criar um Estado policial, mas, na realidade, o Estado policial vigora é quando não se pode contar o crime à autoridade, sob pena de incorrer em crime, e é mais ou menos isso que estamos criando no Brasil com relação aos crimes fiscais. Na Itália, também o Executivo tinha controle sobre o que informava e o que não informava e com certeza é esse controle sobre a informação criminal a grande origem da corrupção generalizada que a operação Mãos Limpas buscou desmontar. No dizer de Davigo:

“O Executivo estava interessado em controlar a polícia, porque, controlando a polícia, controlaria, também, aquilo que era levado à mesa do Ministério Público. Se a Polícia não notificasse os crimes cometidos, o Ministério Público não teria condições de dar encaminhamento a essas investigações.”

[Hoje em dia, na Itália, ao contrário] “*O crime organizado, o crime econômico [têm] uma grande bagagem de informações que não estão em mãos da polícia e sim do Ministério Público*”²¹.

O Ministério Público não quer poder além do que sua autoridade exige. Só quer saber o que é público, o que os auditores da Receita Federal conhecem, mas não podem contar, porque se tornou proibido contar o que seja crime.

Algo pode deixar de ser crime na prática, pela impossibilidade legal de ser conhecido pelo promotor da ação penal.

Agora, dirão que tudo isso pode ser negociado quando se fizer a força-tarefa, pois

²¹ SIMON, Pedro (Org.). *Operação Mãos Limpas*: audiência pública com magistrados italianos. Brasília: Senado Federal, 1998. p. 36.

bastará ao Ministério Público que se valha de uma requisição legal, com amparo em sua Lei Complementar, que as informações criminais lhe serão fornecidas pela autoridade fiscal. Parece a via tortuosa de fazer o que é certo, mas, por tortuosa que é, ela já apresenta uma deficiência ético-jurídica que é a possibilidade de existência institucionalizada da “iniciativa privativa da Administração para a persecução penal”. Segundo essa prática, que é perigosa para o regime constitucional, a Fazenda Pública poderá “contar” extra-oficialmente a existência de determinado caso, do qual fornecerá os elementos se estes forem “requisitados”. Depois de pleitear pela aberta desobediência às requisições do Ministério Público, com amparo em Parecer (PGFN/CAT nº 2.317, de 2000) da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, a Receita Federal teria chegado a uma solução de compromisso. Fornecerá, em desobediência ao art. 83 da Lei nº 9.430/96, tudo aquilo que for requisitado. O atendimento à Lei Complementar nº 75/93 abre espaço então para a negativa, casuística, de vigência do art. 83 da Lei nº 9.430/96. Aqui tudo fica aparentemente resolvido. O Ministério Público aparentemente continuará conhecendo notícias criminais, mas tem um porém: aquela notícia que a Fazenda Pública não queira contar “extra-oficialmente” para depois ser feita a requisição, dando chance à negativa de vigência casuística da Lei nº 9.430/96, continua sem ser descoberta e com isso passa a haver amparo legal para duas condutas antagônicas: contar e não contar, cumprir o art. 83 e desobedecer o mesmo art. 83. O que “institucionaliza” e privatiza a seleção do que é crime em mãos do Poder Executivo, sob forma quase clandestina, porque não oferecida à possibilidade de contrariedade por outro órgão, diversamente do que ocorre com a promoção de arquivamento pelo Ministério Público.

O que se conclui é que qualquer prática que envolva o indigitado art. 83 da Lei nº 9.430/96 é perniciososa, e não se sabe se é mais democrático ignorar que existam crimes fiscais (na base do dito, locupletem-se todos até que se restaure a moralidade pública) ou “participar” dessa força-tarefa que possibilita ao Ministério Público conhecer extra-oficialmente daquilo que, de outro jeito, seria “segredo”, e poder quebrar esse segredo, mas apenas nos casos previamente “escolhidos” pelo Poder Executivo (prestigiando também uma “informalidade” e discricionariedade de natureza perniciososa em assuntos criminais).

Como demonstramos, a legislação que desenvolve a processualística da informação criminal, a partir da indigitada disposição do art. 83 da Lei nº 9.430/96, confere à Administração Tributária Federal verdadeiro poder jurisdicional, gerando o solo apropriado para a corrupção e para a injustiça absoluta, que ocorre sempre que a justiça esteja em mãos de quem detenha o mero poder político, um sistema em que o crime depende tão-somente do capricho do tirano e não das leis. Um sistema assim não pode durar. Num sistema assim, nós, acusadores públicos, juízes criminais, somos supérfluos e não podemos cumprir a lei penal, porque a lei dá espaço à usurpação de nossas funções privativas.

De tudo isso que foi tramado pela sofisticada legislativa nesses 14 anos resta, todavia, algo com que se regozijar: ainda não aprovaram a Proposta de Emenda Constitucional nº 175/95, e a Constituição ainda possui suficientemente estabelecidos em seus princípios tudo que é preciso para que os dispositivos legais que fundamentam essa “usurpação” sejam considerados em sua verdadeira natureza. Mas como a ofensa é sofisticada, precisa-se de algum esforço intelectual, além na necessária e normal intuição democrática (que andou deslembada) para percebê-la. Será importante lembrar que a Constituição, como dizia Pontes de Miranda,

“não é rol de recados, montão de minudências, acervo de pormenores: é sistema. Os seus princípios valem tanto quanto suas palavras. Tudo nela se entrosa. Nenhum poder soberano se eclipsa. Todos gravitam, incólumes, no seio de sua órbita. ¿Deixou de prever um fato, uma condição excepcional, um choque de interesses, um incidente de usurpação, de vilania, de prepotência? Os seus princípios respondem. São eles os esteios de sua construção, as paredes máximas do edifício. Não a fragmentem os juristas, nem a dilacerem em máximas inexpressivas, sem vida, sem alento, sem a vibração do conjunto, essencial a seu sentido, os que tripudiam sobre as suas obscuridades e insuficiências. Porque a Constituição é todo, como disse H. von Holst (The Constitutional Law of the United States of América, 55) [...]”²².

Esperemos que as promessas benfazejas de retorno ao regime democrático-constitucional, projetado pelo Congresso Constituinte de 1988, consigam contaminar os Poderes Legislativo e Judiciário e se tornem prática real, diminuindo a corrupção legislativa que grassou no período de 1990 a 2002, e projetando leis (que são bem mais simples do que a sofisticada engenharia que existe, porque legislar para a democracia é mais simples do que para o seu contrário) que eliminem todos os freios à perseguição penal. Esperemos que a tentação de “poder mais” e respeitar menos a autoridade da instituição vocacionada pela Constituição para a promoção privativa da ação penal pública não se apresente aos novos governantes como o canto de sereia ditatorial sob a desculpa de “arrecadar” mais e imediatamente, mantendo a notícia criminal como informação privilegiada e sigilosa em mãos de governantes, para ser usada como moeda em troca do que é “indisponível” (a arrecadação) ou do que é em si criminoso, como na hipótese de extorsão de Estado.

O começo de conserto do Estado oligárquico-criminal deverá contentar-se em apresentar menos resultados e mais fidelidade à promessa democrática. Se fizer isso, ainda que se pague pouco da dívida social, muito será feito, porque a fidelidade à promessa de democracia é, com efeito, para as instituições políticas, muito mais digna do que o resgate da dívida social sobre bases ditatoriais.

²² PONTES DE MIRANDA. Op. cit., p. 348.

O ASSÉDIO MORAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

*Sebastião Vieira Caixeta**

Sumário: 1. Introdução. 2. A proteção à dignidade do trabalhador. 3. O assédio moral nas relações de trabalho. 4. O assédio moral na legislação nacional. 5. O assédio moral no direito comparado. 6. Conclusões

1. Introdução

É sabido que trabalhar vem do latim vulgar *tripaliare*, que significa torturar, e é derivado do latim clássico *tripalium*, antigo instrumento de tortura¹. Através dos tempos, o vocábulo trabalho veio sempre significando fadiga, esforço, sofrimento, cuidado, encargo, em suma, valores negativos, dos quais se afastavam os mais afortunados². Esta significação atávica contribuiu e, ainda hoje, contribui para a negação de direitos e para o tratamento indigno dos trabalhadores em certas ocasiões, como ocorre no assédio moral.

Também denominado psicoterror e coação moral, o assédio moral é tão antigo quanto o trabalho. Desde que o ser humano sentiu necessidade de vender sua mão-de-obra, passou a conviver com ironias, ofensas, mau humor dos chefes³.

A novidade reside na intensificação, gravidade, amplitude e banalização do fenômeno e na abordagem que tenta estabelecer o nexos causal com o trabalho e tratá-lo como não inerente ao trabalho. A reflexão e o debate sobre o tema é recente no Brasil⁴.

A repercussão do tema nas relações de trabalho e as deletérias conseqüências para o trabalhador exposto a tal prática demandam o estudo acurado do fenômeno, sobretudo rela-

* Sebastião Vieira Caixeta é procurador do Trabalho da PRT/10ª Região, pós-graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor de Direito Processual do Trabalho na Universidade Paulista (Unip) e no Centro de Ensino Unificado de Brasília (Cesubra).

¹ “Assédio moral: contra a humilhação no local de trabalho”. Disponível em:
<http://www.partes.com.br/assedio_moral.htm>. Acesso em: 23 ago. 2002.

² MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000. p. 23.

³ Associação dos Docentes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Trabalho: “Parlamentares elaboram leis contra assédio moral”. Disponível em:
<http://www.adufrgs.org.br/ad/103/ad_103_m6.asp?secao=6>. Acesso em: 27 ago. 2002.

⁴ “Assédio moral no trabalho: chega de humilhação”. Disponível em:
<<http://www.assediomoral.org/indexes/zseminario.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2002.

tivamente às salvaguardas legais. Sem pretender esgotar a matéria, que ainda tem muito de ineditismo, apresentamos pesquisa sobre a legislação nacional e comparada, com a finalidade de contribuir para o esclarecimento das causas e conseqüências deste mal.

2. A proteção à dignidade do trabalhador

A República Federativa do Brasil tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho⁵; é seu objetivo fundamental a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação⁶, e rege-se nas relações internacionais pelo princípio da prevalência dos direitos humanos⁷.

A Constituição Federal determina que ninguém será submetido a tortura nem tratamento desumano ou degradante⁸. Enumera os direitos sociais dos trabalhadores, além de outros que visem à melhoria de sua condição social⁹. Funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e estabelece como finalidade daquela assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁰.

Esses dispositivos permitem inferir que a dignidade da pessoa humana é objeto de especial atenção do legislador constituinte. O cidadão trabalhador é freqüentemente cogitado nas normas mencionadas, que se completam com os preceitos protetivos da Consolidação das Leis do Trabalho e demais diplomas legais que tutelam a atividade laboral.

O contrato do trabalho – isto muitas vezes é esquecido – comporta, com absoluta primazia, a obrigação de respeito à dignidade da pessoa humana, uma vez que o trabalhador antes é humano e cidadão. Acima de tudo, tem o empregador a obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana¹¹. Por mais que o mercado queira inverter esta lógica, a consciência humanística não o permite.

Jorge Pinheiro Castelo¹² ensina:

“O mais importante direito e a precípua obrigação contratual do empregador inerente ao contrato de trabalho não tem natureza patrimonial. E é justamente o dever de respeito à dignidade moral da pessoa do trabalhador, aos direitos relativos à personalidade do empregado, cuja violação significa diretamente violação de direito e obrigação trabalhista e do contrato de trabalho.”

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, art. 1º, incisos III e IV. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf>>. Acesso em: 26 ago. 2002.

⁶ Idem, art. 3º, inciso IV.

⁷ Idem, art. 4º, inciso II.

⁸ Idem, art. 5º, inciso II.

⁹ Idem, arts. 6º e 7º.

¹⁰ Idem, art. 170.

¹¹ SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 18ª ed. atual. São Paulo: LTr, 1999. p. 264.

¹² CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 2, p. 215.

O contrato de trabalho traz, necessariamente, o direito e a obrigação de respeito aos direitos personalíssimos (direitos morais). A ofensa a tais direitos autoriza a rescisão contratual pelo empregado e pelo empregador, além da postulação da indenização patrimonial e moral conseqüente¹³.

Dessa forma, as regras de proteção à dignidade moral do empregado, aos seus direitos personalíssimos, incidem no conteúdo do contrato de trabalho e dele fazem parte, determinando uma série de direitos e obrigações cuja violação é objeto de tutela específica e de sanções¹⁴.

A tutela da dignidade moral do trabalhador manifesta-se em face dos atos relativos aos poderes de organização e de controle da empresa, de modo que instrumentalize a subordinação nos limites do cumprimento da prestação, impedindo que os atos empresariais possam entrar em conflito com os direitos personalíssimos e com a esfera moral do trabalhador¹⁵.

Afirma-se o princípio da específica proteção da personalidade moral e social do empregado, inclusive no que diz respeito aos condicionamentos determinados pela empresa, evitando o uso indevido do poder diretivo do empregador com alcance sobre o obreiro no local de trabalho ou fora dele. Com tal princípio, proíbem-se ingerências na liberdade de consciência e de vontade, na intimidade, nos direitos fundamentais do empregado no trabalho¹⁶.

O respeito à personalidade moral do trabalhador manifesta-se também como limite ao exercício do *jus variandi*, sendo abusiva e nula qualquer alteração que lhe diminua a condição e o prestígio moral¹⁷.

A tutela do trabalhador se entrelaça com sua essência e dignidade humana. A sociedade tutela o trabalhador porque é um ser digno e não porque seja, como alguns dizem, simples e modesto. De nenhuma maneira a subordinação jurídica do trabalhador em relação ao empregador pode ser interpretada como menosprezo a sua natureza¹⁸.

3. O assédio moral nas relações de trabalho

O assédio moral pode verificar-se nas famílias, na escola, no trabalho. Mas é no ambiente laboral que é mais comum e os danos causados são mais perversos.

Pesquisa realizada pela médica do trabalho Margarida Barreto, da PUC de São Paulo, aponta que 36% dos trabalhadores brasileiros sofreram violência moral. Nos países europeus, segundo a Organização Internacional do Trabalho, esse índice cai para 10% e nos Estados Unidos, para 7%¹⁹.

Nas relações de trabalho, o assédio moral caracteriza-se pela exposição dos traba-

¹³ Idem, ibidem.

¹⁴ Idem, ibidem, p. 216.

¹⁵ Idem, ibidem.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 216-217.

¹⁷ SÜSSEKIND, p. 541.

¹⁸ PAIVA, Mario Antonio Lobato de. "A dignidade e consciência do empregado frente aos interesses patrimoniais e comerciais da empresa". Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dtrab0044.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2002.

¹⁹ SALVADOR, Luiz. "Assédio moral". Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/81/55/815/>>. Acesso em: 26 ago. 2002.

lhadores a situações humilhantes, constrangedoras, repetitivas e prolongadas durante a jornada de trabalho. É mais comum nas relações hierárquicas autoritárias, em que predominam condutas negativas, relações desumanas e aélicas de longa duração, de um ou mais chefes dirigida ao subordinado, de modo que desestabilize a relação da vítima com o ambiente de trabalho e a organização²⁰. Trata-se de “comportamento opressivo, malicioso, intimidatório ou insultuoso, desenvolvido de forma persistente no local de trabalho que provoca no seu interior medos ou humilhações minando a autoconfiança da pessoa e marginalizando-a na comunidade laboral”²¹.

Marie-France Hirigoyen²² ensina:

“Por assédio em um local de trabalho temos que entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamento, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.”

As constantes humilhações, a exposição do trabalhador ao ridículo, a supervisão excessiva, as críticas cegas, o empobrecimento das tarefas, a sonegação de informações e as repetidas perseguições são notas características do assédio moral, cuja prática está relacionada geralmente a uma relação de poder, como ocorre também com o assédio sexual. O fenômeno deteriora, sensivelmente, o meio ambiente do trabalho, com repercussão na produtividade e na ocorrência de acidentes.

O assédio nasce como algo inofensivo e propaga-se insidiosamente. Em um primeiro momento, as pessoas envolvidas não querem mostrar-se ofendidas e levam na brincadeira desavenças e maus-tratos. Em seguida esses ataques se vão multiplicando e a vítima é seguidamente acuada, posta em situação de inferioridade, submetida a manobras hostis e degradantes durante um período maior²³.

Essa guerra psicológica no local de trabalho agrega dois fenômenos: o abuso de poder, que é rapidamente desmascarado e não é necessariamente aceito pelos empregados; e a manipulação perversa de fatos e informações, que se instala de forma mais insidiosa e causa devastações muito maiores²⁴.

O assédio torna-se possível porque vem precedido de uma desvalorização da vítima pelo agressor, que é aceita e até afiançada pelo grupo. Essa depreciação leva o ofendido a pensar que realmente merece o que está acontecendo²⁵.

Em um grupo, é normal que os conflitos se manifestem. Um comentário ferino em

²⁰ “Assédio moral no trabalho”, loc. cit.

²¹ FIOLHAIS, Rui, apud PIRES, Carlos. “Assédio moral: um fenômeno com várias implicações no mundo empresarial”. Disponível em: <<http://www.tiadro.com/news/artigos/assedio.html>>. Acesso em: 2 dez. 2001.

²² HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução Maria Helena Kühner. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 65.

²³ Idem, ibidem, p. 66.

²⁴ Idem, ibidem.

²⁵ Idem, ibidem, p. 68.

um momento de irritação ou de mau humor não é significativo, sobretudo se vier acompanhado de um pedido de desculpas. É a repetição dos vexames, das humilhações, sem qualquer esforço no sentido de abrandá-las, que torna o fenômeno destruidor²⁶.

O terror psicológico provoca na vítima danos emocionais e doenças psicossomáticas, como alterações do sono, distúrbios alimentares, diminuição da libido, aumento da pressão arterial, desânimo, insegurança, entre outros, podendo acarretar quadros de pânico e de depressão. Em casos extremos, tais quadros mórbidos podem levar à morte ou ao suicídio.

O médico do trabalho Mauro Moura²⁷ diagnostica os sintomas mais comuns nos casos de assédio moral:

“Os primeiros sintomas são os problemas clínicos devido ao estresse. O funcionário começa a dormir mal, a ter tremores, palpitações, pressão alta, problemas de pele, aumenta ou diminui de peso abruptamente. Uma pessoa que não tem diabete pode desenvolver a doença, e quem possui pode descompensar o sintoma. Em alguns casos, distúrbios hormonais também são verificados. Nas mulheres, alterações na menstruação. Nos homens, impotência. Depois, começa a ser afetada a parte psicológica. A primeira reação é achar que o assediador tem razão [...]. A auto-estima da pessoa começa a entrar em declínio – e não raras vezes o sujeito pensa no suicídio como única maneira de se salvar.”

Não se morre diretamente das agressões, mas se perde parte de si a cada momento. Volta-se para casa, a cada noite, exausto, humilhado, deprimido. E é difícil recuperar-se²⁸.

4. O assédio moral na legislação nacional

Esse quadro tem demandado a iniciativa legislativa para coibir o chamado psicoterror. No Brasil, além de algumas leis municipais (São Paulo-SP, Guarulhos-SP, Iracemápolis-SP, Cascavel-PR, Natal-RN, Sidrolândia-MS) e projetos de lei municipais e estaduais (Municípios: Guararema-SP, Curitiba-PR, Porto Alegre-RS; Estados: São Paulo e Rio Grande do Sul)²⁹, existem, pelo menos, dois projetos de lei sobre o tema, tramitando na Câmara dos Deputados: Projeto de Lei nº 4.591/2001³⁰, de iniciativa da deputada Rita Camata (PSDB-ES), e Projeto

²⁶ Idem, ibidem, p. 66.

²⁷ MOURA, Mauro. “Chega de humilhação” [entrevista em junho de 2002]. Disponível em: <http://amanha.terra.com.br/edicoes/178/entrevista_print.asp>. Acesso em: 23 ago. 2002.

²⁸ Idem, ibidem.

²⁹ “Assédio moral no trabalho”, loc. cit.

³⁰ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.591/2001. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de “assédio moral” por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais a seus subordinados, alterando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Tramitação: sujeita à apreciação conclusiva das comissões – pronto para pauta da CTASP – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28115>. Acesso em: 27 ago. 2002.

de Lei nº 4.742/2001³¹, apresentado pelo deputado Marcos de Jesus (PL-PE).

O primeiro modifica a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, proibindo a prática do assédio moral no âmbito do serviço público federal e cominando pena que vai da singela advertência até a demissão, esta em caso de reincidência³².

O segundo introduz o art. 146-A no Código Penal, tipificando o assédio moral com a seguinte redação:

“Art. 146-A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.

Pena – detenção de um a dois anos³³.”

5. O assédio moral no direito comparado

O Parlamento Europeu aprovou resolução reconhecendo os malefícios decorrentes do assédio moral, exortando os Estados-Membros a editarem legislação para coibi-lo e preven-do a apresentação, até outubro de 2002, de programa de ação contra o assédio moral no trabalho, o qual deverá incluir um calendário de realizações³⁴.

A Noruega proíbe, de forma genérica, qualquer forma de assédio no Código de Trabalho de 1977³⁵.

França, Suíça, Bélgica e Portugal estão discutindo projetos de lei sobre a matéria³⁶. Vê-se, pois, que o assunto já ocupa a agenda dos países europeus.

6. Conclusões

A dignidade da pessoa humana é objeto de especial atenção do ordenamento jurídico.

³¹ Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.742/2001. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Tramitação: Plenário – pronto para pauta. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28692>. Acesso em: 27 ago. 2002.

³² O PL 4.591/2001 apresenta a seguinte definição para o assédio moral: “*Para fins do disposto neste artigo considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução profissional ou à estabilidade física, emocional e funcional do servidor incluindo, dentre outras: marcar tarefas com prazos impossíveis; passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um servidor só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações necessárias à elaboração de trabalhos de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; segregar fisicamente o servidor; confinando-o em local inadequado, isolado ou insalubre; subestimar esforços”.*

³³ Versão aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara, que acolheu o substitutivo apresentado pelo Relator Deputado Aldir Cabral (PFL-RJ).

³⁴ “Assédio moral no trabalho”, loc. cit.

³⁵ Idem.

³⁶ Idem.

Acima de tudo, tem o empregador obrigação de respeitar a personalidade moral do empregado na sua dignidade absoluta de pessoa humana.

O assédio moral, tão antigo quanto o trabalho, caracteriza-se por humilhações constantes, exposição do trabalhador ao ridículo, supervisão excessiva, críticas cegas, empobrecimento das tarefas, sonegação de informações, repetidas perseguições. A prática, diretamente ligada a uma relação de poder, deteriora, sensivelmente, o meio ambiente do trabalho, com repercussão na produtividade e na ocorrência de acidentes. É fruto do abuso de poder e da manipulação perversa de fatos e informações.

O psicoterror causa danos emocionais e doenças psicossomáticas, como alterações do sono, distúrbios alimentares, diminuição da libido, aumento da pressão arterial, desânimo, insegurança, entre outros, podendo acarretar quadros de pânico e de depressão. Em casos extremos, pode levar à morte ou ao suicídio.

Há necessidade premente de a sociedade tomar conhecimento dessa chaga, em toda sua dimensão, e exigir de seus representantes no Parlamento a edição de lei que coíba, efetivamente, o assédio moral. Mais do que isso, é mister que a sociedade discuta o problema e repudie, veementemente, essa prática, que tanto mal faz ao trabalhador.

Bibliografia

“Assédio moral: contra a humilhação no local de trabalho”. Disponível em: <http://www.partes.com.br/assedio_moral.htm>. Acesso em: 23 ago. 2002.

“Assédio moral no trabalho: chega de humilhação”. Disponível em: <<http://www.assediomoral.org/indexes/zseminario.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2002.

Associação dos Docentes da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Trabalho: “Parlamentares elaboram leis contra assédio moral”. Disponível em: <http://www.adufrgs.org.br/ad/103/ad_103_m6.asp?secao=6>. Acesso em: 27 ago. 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/bdtextual/const88/Con1988br.pdf>> Acesso em: 26 ago. 2002.

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.591/2001. Dispõe sobre a aplicação de penalidades à prática de “assédio moral” por parte de servidores públicos da União, das autarquias e das fundações públicas federais a seus subordinados, alterando a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Tramitação: sujeita à apreciação conclusiva das comissões – pronto para pauta da CTASP – Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28115>. Acesso em: 27 ago. 2002.

_____. Projeto de Lei nº 4.742/2001. Introduce art. 146-A no Código Penal Brasileiro – Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 –, dispendo sobre o crime de assédio moral no trabalho. Tramitação: Plenário – pronto para pauta. Disponível em:

<http://www.camara.gov.br/Internet/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=28692>. Acesso em: 27 ago. 2002.

CASTELO, Jorge Pinheiro. *Tutela antecipada no processo do trabalho*. São Paulo: LTr, 1999. v. 2.

- FIOLHAIS, Rui, apud PIRES, Carlos. “Assédio moral: um fenômeno com várias implicações no mundo empresarial”. Disponível em: <<http://www.tiadro.com/news/artigos/assedio.html>>. Acesso em: 2 dez. 2001.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução Maria Helena Kühner. 3ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.
- MORAES FILHO, Evaristo; MORAES, Antonio Carlos Flores de. *Introdução ao direito do trabalho*. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: LTr, 2000.
- MOURA, Mauro. “Chega de humilhação” [entrevista em junho de 2002]. Disponível em: <http://amanha.terra.com.br/edicoes/178/entrevista_print.asp>. Acesso em: 23 ago. 2002.
- PAIVA, Mario Antonio Lobato de. “A dignidade e consciência do empregado frente aos interesses patrimoniais e comerciais da empresa”. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dtrab0044.htm>>. Acesso em: 26 ago. 2002.
- SALVADOR, Luiz. “Assédio moral”. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/doutrina/artigos/x/81/55/815/>>. Acesso em: 26 ago. 2002.
- SÜSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de direito do trabalho*. 18ª ed. atual. São Paulo: LTr, 1999.

TERRORISM AND THE APPLICABILITY OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW: THE MUJAHIR CASE

*Sven Peterke**

Sumário: 1. Introduction. 2. Facts to the Case. 3. IHL Appreciation. 4. Conclusions

1. Introduction

The U.S. government calls the fight against international terrorism a “war”. It is well known that this opinion is more than mere rhetoric. Since October 8, 2001 the U.S. government together with its alliance partners, is using military means to fight terrorism in Afghanistan. While the legitimacy of this enterprise seems to be widely accepted, the legality of some of these military actions is sometimes called into question especially with regards to the International Humanitarian Law (IHL).¹ A prominent example is the detention of captured Taliban and Al Qaeda fighters in “Camp X-Ray” in Guantanamo.² The U.S. government classifies detainees as “unlawful combatants”³, as individuals who took part in the hostilities without being entitled to do so by international law.⁴ In its view, they were not “lawful combatants”, they had no right

* Sven Peterke é pesquisador associado do Institute for International Law of Peace and Armed Conflict (Universidade de Bochum, Alemanha).

¹ See e.g. St. Kirchner, Der aktuelle Fall: Der Einsatz von Bomben des Typs BLU-82 „Daisy Cutter“ durch die USA in Afghanistan, in: Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften 2002, p. 26ss.; s. also the overview regarding criticized means of warfare at: R. Falk, Appraising the War Against Afghanistan, www.ssrc.org/sept1/essays (July 3, 2002), under II.

² See e.g. J. Wiczorek, Der aktuelle Fall: Der völkerrechtliche Status der Gefangenen von Guantanamo nach dem III. Genfer Abkommen über die Behandlung von Kriegsgefangenen vom 12. August 1949, in: Humanitäres Völkerrecht-Informationsschriften 2002, p. 88ss.

³ U.S.-Secretary of Defense D. Rumsfeld, Secretary Rumsfeld Media Availability after Visiting Camp X-Ray, in: News Transcript, January 27, 2002, United States Department of Defense, www.defenselink.mil/news/Jan_2002 (July 15, 2002); “The characteristics of the individuals that have been captured are that they are unlawful combatants, not lawful combatants.” S. also: M.C. Dorf, What is an “unlawful combatant”, and why it matters: The status of detained Al Qaeda and Taliban Fighters, in: Findlaw’s Writ, January 23, 2002, <http://writ.news.findlaw.com> (July 20, 2002); J. Bowman, POWs and unlawful combatants, in: CBC News Online, January 2002, www.cbc.ca/news/features/pows.html (July 15, 2002).

⁴ See the definition of “unlawful combatant” in: Ch. Greenwood, International law and the “war against terrorism”, in: *International Affairs* 78, 2 (2002), p. 301 (315); K. Ipsen, Combatants and Non-Combatants, in: D. Fleck et al. (ed.), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford et al. 1995, p. 68 cm. 302.

to be treated as Prisoners of War (POWs) according to the III Geneva Convention (GC III) of August 12, 1949.⁵

However, the law does not follow the opinion of any government, but of objective criteria. This is also valid in regard to the fight against international terrorism. Most IHL scholars therefore consider that the denial of POW status to the Taliban fighters is a violation of IHL.⁶

Recently, a case dealing with a “combatant” allegedly linked to the international Al Qaeda network has attracted much attention both on the national and international levels. The U.S. government transferred the alleged terrorist and U.S. national Abdullah Al Mujahir as “enemy combatant” to a U.S. military prison.⁷ Again, the question to be asked is whether this specific course of events is in accordance with IHL obligations. The following examination tries to shed some light on this case.

2. Facts to the Case

On June 10, 2002, the U.S. government announced that the day before a 31-year-old U.S. national named Abdullah Al Mujahir had been transferred on instructions of U.S. President George W. Bush to the Department of Defense. It was stated that he is an alleged member of the Al Qaeda terrorist network and that he had planned a murderous attempt⁸ in the USA with a so-called “dirty (nuclear) bomb”.⁹ Hence, he should be classified as “enemy combatant”.¹⁰

At the moment¹¹ Mujahir, who was called José Padilla up to his conversion to Islam in 1990, is detained in the high security military prison Charleston Naval Weapons Station of the U.S. Army in South Carolina.¹² He had been previously convicted in the

⁵ See D. RUMSFELD, *op. cit.* (fn. 3).

⁶ See e.g. the expert discussion at the Crimes of War Project with statements of C. Doebbler, H.W. Elliott, R.G. Goldman, M. Noone et al., www.crimesofwar.org (July 4, 2002). For an opposite view, see K. ANDERSON, *The Military Tribunal Order: What to do with Bin Laden and Al Qaeda Terrorists?: A Qualified Defense of Military Commissions and United States on Detainees at Guantanamo Bay Naval Base*, in: 24 *Harv. J.L. & Publ. Policy*, p. 591 (613ss.).

⁷ See the „Text of Attorney General John Ashcroft’s announcement“, www.nando.net/special_reports/terrorism (July 19, 2002): „The safety of all Americans and the national security interests of the United States require that Abdullah Al Mujahir be detained by the Defense Department as an enemy combatant.”

See also L. THOMPSON, U.S.-Vice-Attorney General, at a press conference with the Deputy Secretary of Defense P. Wolfowitz, in: *News Transcript*, June 10, 2002 (Deputy Secretary Wolfowitz at Justice Department Press Conference), www.defenselink.mil/news/Jun2002 (July 15, 2002): “His status, as the attorney general said, is an enemy combatant. He is being detained under the laws of war as an enemy combatant.”

At the moment, three cases relating to the detention of U.S. nationals by the U.S. government as enemy combatants are known. Beside Mujahir there are also the “U.S. Taliban” John Walker Lindh and Yaser Esam Hamdi, see T. JACKMAN/D. EGGEN, “Combatants” Lack Rights, U.S. Argues, in *Washington Post*, June 20, 2002, p. A01.

⁸ P. WOLFOWITZ, *op. cit.* (n° 7).

⁹ A “dirty bomb” is a combination of conventional explosive with radioactive material. When exploding there is no nuclear reaction. However, radioactive particles are set free and can contaminate the surrounding environment.

¹⁰ P. WOLFOWITZ, *op. cit.* (n° 7): “Under the laws of war, Padilla’s activities and his association with al Qaeda make him an enemy combatant.” Compare also: *The New York Times* on the Web, June 12, 2002, U.S. Wants to Question Bomb Suspect, on: www.nytimes.com (June 12, 2002).

¹¹ October 1, 2002.

¹² P. WOLFOWITZ, *op. cit.* (n° 7).

U.S. for street robbery, attacks and other criminal acts. Mujahir was arrested on May 8, 2002 when entering the USA at the Chicago airport. After his arrest he was brought into a high security unit of a New York prison in which he was held as “material witness”, i.e. according to U.S. law, a person deemed to hold information critical to a criminal proceeding.¹³ Apparently, statements of the Al Qaeda member Abu Zubaydah who was arrested in Pakistan on March 28, 2002 gave grounds to the U.S. authorities for arresting Mujahir.¹⁴ However, the U.S. had already placed him under suspicion before. After immigrating to Egypt in 1998, Mujahir applied for a new passport at the U.S. consulate in Karachi (Pakistan) that was issued in March 2002.¹⁵ For unknown reasons, his documents alerted the employee responsible who later informed the FBI.¹⁶ In the beginning of May 2002 when Mujahir tried to enter the USA via Zurich, FBI agents were awaiting incognito at the Swiss airport and searched his luggage.¹⁷ After his arrival at Chicago airport they arrested him.

Which criminal acts Mujahir may be precisely accused of is only vaguely known. He is supposed to have met Al Qaeda fighters, as well as Pakistani nuclear scientists in Pakistan.¹⁸ In addition, it is assumed that Mujahir was trained in the use of explosives and weapons in Afghanistan in 2001 and that he had planned a murderous attempt in Washington D.C. with a “dirty bomb”.¹⁹ It is alleged that he learned how to make such bombs in Pakistan.²⁰

So far the U.S. government has admitted that Mujahir was not a member of Al Qaeda and that there was no plan for an attack.²¹ The U.S. Deputy Secretary of Defense Paul Wolfowitz declared: “There was not an actual plan. We stopped this man in the initial planning stages [...]”.²² Until today²³ Mujahir’s attorney Donna R. Newmann has not been informed whether she can visit her client in the military prison.²⁴ In the Hamdi Case, a U.S. national also detained as “enemy combatant”, the U.S. government asserted before the 4th U.S. Circuit Court of Appeals in Richmond: “There is no right under the laws and customs of war to meet with counsel concerning detention, much less to meet with counsel in private, without military

¹³ S. FAINARU, Lawyer Challenges Al Mujahir’s Detention, in *Washington Post*, June 12, 2002, p. A13.

¹⁴ S. SCHMIDT/W. PINCUS, Al Mujahir Alleged to Be Scouting Terror Sites, in *Washington Post*, June 12, 2002, p. A01. Chr. Newton, Memo links dirty bomb suspect to Al Qaeda, Associated Press, August 28, 2002, on: www.nandotimes.com/special_reports/terrorism (August 29, 2002).

¹⁵ S. SCHMIDT/W. PINCUS, *op. cit.* (n° 14).

¹⁶ Ibid. NZZ Online, June 12, 2002: Verhafteter Terrorist soll weitere Attentate geplant haben, www.nzz.ch (June 12, 2002).

¹⁷ M. GEBAUER, Dirty Bomb oder PR-Bombe?, in: Spiegel Online, June 11, 2002, www.spiegel.de (June 12, 2002).

¹⁸ P. WOLFOWITZ, *op. cit.* (n° 7). NZZ Online, June 12, 2002, Wirbel um „schmutzige Bombe“ in den USA, *op. cit.* (n° 16), (June 12, 2002).

¹⁹ P. WOLFOWITZ, *op. cit.* (n° 7). M. GEBAUER, *op. cit.* (n° 17); Justizministerium: Al-Qaeda-Terrorist plante Anschlag mit „schmutziger Atombombe“, in *Sueddeutsche Zeitung*, June 11, 2002, www.sueddeutsche.de (June 27, 2002).

²⁰ P. Wolfowitz, *op. cit.* (n° 7).

²¹ Chr. Newton, *op. cit.* (n° 14). See also Chr. Newton, “Dirty bomb” suspect less significant than once thought, officials say, Associated Press, August 13, 2002, *op. cit.* (n° 14).

²² L. D. KOZARYN, Alleged Al Qaeda ‘Dirty Bomb’ Operative in U.S. Military Custody, in: American Forces Press Review, January 10, 2002, www.defenselink.mil/news/Jun2002 (July 15, 2002). There was no decision in this case until, October 1, 2002.

²³ October 1, 2002.

²⁴ St. Fainaru, *op. cit.* (n° 14).

authorities present”.²⁵

Mujahir has been jailed without formal criminal charges. The U.S. government has excluded the possibility to try him before a military tribunal.²⁶ It was claimed “the United States can hold Padilla until Bush decides the war against terrorism is over”.²⁷ His detention has preventive reasons.²⁸ Whether a court takes up the case of Mujahir is still an open question.²⁹

3. IHL Appreciation

It is right to assert that, under IHL, there is no right to meet with counsel. However, the question to be raised first is whether IHL is applicable at all. On account of the information available, it can be supposed that Mujahir is at least a sympathizer of the Al Qaeda terrorist organization. Furthermore, it seems adequate to assume that he planned a murderous attempt and therefore had to be considered as an individual dangerous to society. On the other hand, it may appear doubtful to even those who are not familiar with IHL whether Mujahir can be qualified as a (“lawful” or “unlawful”) combatant. In the ordinary meaning of the word, “combatant” means a person who fights. Contrary to Al Qaeda members who fought or are still fighting in Afghanistan, Mujahir obviously never actively used weapons against any person and therefore, as it seems, cannot be qualified as a fighter. Can he still be qualified as a combatant under IHL?

3.1 Mujahir’s Qualification as a Combatant

a) Combatant status under IHL

Generally, under IHL only individuals who participate directly in armed conflicts qualify as combatants.³⁰ Combatant status is subject to certain criteria stipulated in GC III and the

²⁵ T. JACKMAN/D. EGGEN, *op. cit.* (n° 9). See also the statement of M. Posner, Executive Director of Lawyers Committee for Human Rights, U.S. Government Asserts That „Enemy Combatants“ – Including U.S. Citizens – Have No Due Process Rights, www.lchr.org (July 14, 2002): “The U.S. government yesterday asserted that the President of the United States and the Executive branch of the government have limitless powers to detain and imprison U.S. citizens.

In a brief filed in a Virginia appeals court, the U.S. Department of Justice has said, in effect, that the world – from Chicago to Kabul – is their battlefield and anyone that it deems an enemy on these global frontlines can be apprehended and thrown in jail – without being charged, without access to a lawyer, and without any legal oversight.”

²⁶ Chr. Newton, *op. cit.* (n° 21); Chr. Newton, Padilla won’t get before military tribunal, fed says, *op. cit.* (n° 21).

²⁷ Quoted after Chr. Newton, *op. cit.* (n° 21).

²⁸ Ibid. As legal justifications for the classification and treatment of Mujahir as an “enemy combatant” the U.S. government refers to the Nazi-saboteur-case of the U.S. Supreme Court *Ex Parte Quirin*, 317 U.S. 1 87 L.Ed.(1942), see L. THOMPSON, *op. cit.* (n° 7). The applicability of this case to Mujahir seems to be doubtful, see e.g. G. Solis, Even A ‘Bad Man’ Has Rights, in *Washington Post*, June 25, 2002, p. A19.

²⁹ Mujahir’s attorney had asked the U.S. District Court for the Southern District of New York to order the government to give Padilla a trial. Until October 1, 2002, no decision had been taken, Chr. Newton, Memo links dirty bomb suspect to al-Qaeda, *op. cit.* (n. 21).

³⁰ K. IPSEN, *Kombattanten und Nichtkombattanten*, in: D. Fleck et al. (ed.); *Handbuch des humanitären Völkerrechts in bewaffneten Konflikten*, München 1994, para. 301. Compare Article 43, paragraph 2, of AP I:

“Members of the armed forces of a Party to a conflict (other than medical personnel and chaplains covered by Art. 33 of the Third Convention) are combatants, that is to say, they have the right to participate directly in hostilities.”

Additional Protocol I (AP I) of 1977.³¹ The basic provisions are Article 4 A of GC III and Article 43 of AP I. If the respective conditions are fulfilled, then individuals can legally fight under international law. As long as a combatant fights within the limits of IHL,³² he cannot be held accountable for any of his lethal and/or injuring actions.

b) Delimitation

aa) Fighters (without combatant status)

IHL makes a fundamental distinction between combatants and civilians.³³ The latter group is defined by Article 50 paragraph 1 of AP I which reads:

“A civilian is any person who does not belong to one of the categories of persons referred to in Article 4 A (1), (2), (3) and (6) of the Third Convention and in Article 43 of this Protocol. In case of doubt whether a person is a civilian, that person shall be considered a civilian.”

In the framework of IHL, civilians enjoy special protection.³⁴ As a precondition of this protection, however, they are obliged to abstain from taking part in the hostilities.³⁵ A civilian, who is nonetheless participating therein, loses its protected status though he is not becoming a combatant.³⁶ Moreover mercenaries “shall not have the right to be combatant”.³⁷ In contrast to a spy who, according to Article 46 of AP I, is a member of the armed forces but is not directly participating in the fighting, these groups of persons are fighters without combatant status.³⁸ They are not entitled to take directly part in the hostilities and hence are accountable for their actions.

bb) “Unlawful Combatant”

Against this background the term “unlawful combatant” appears to be misleading.

³¹ Compare with the criteria and categories of persons entitled to POW status: I. Detter, *The Law of War*, 2nd ed., Cambridge 2000, p. 136; Y. Dinstein, *Prisoners of War*, in *Encyclopedia of Public International Law*, Vol. 3, Amsterdam et al. 1997, p. 1109 (1109ss.).

³² Art. 44 para. 2 AP I: “*While all combatants are obliged to comply with the rules of international law applicable in armed conflict, violations of these rules shall not deprive his right to be a combatant or [...] a prisoner of war, except as provided in paragraphs 3 and 4.*”

³³ K. IPSEN, *Kombattanten und Kriegsgefangene*, *op. cit.* (n° 32), p. 136 (136).

³⁴ Compare Part IV AP I and II as well as GC IV “Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War”.

³⁵ M. BOTHE/K.J. PARTSCH/W.A. SOLF, *Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague et al. 1982, Art. 50, 2.2.1. (d).

³⁶ H. P. GASSER, *Einführung in das humanitäre Völkerrecht*, Bern et al. 1995, p. 48.

³⁷ Article 47, paragraph 1, of AP I.

³⁸ They must not be called non-combatants. This term refers to members of armed forces who do not have combatant status, since they will never be instructed to fight, but nonetheless enjoy POW status - e.g. medical personnel and chaplains, K. IPSEN, *Kombattanten und Kriegsgefangene*, in H. Schöttler/B. Hoffmann (Hrsg.), *op. cit.* (n° 32), p. 136 (136).

Obviously, the GCs call every person who fulfils the criteria spelled out in Article 50 paragraph 1 a combatant. This person may be called a “lawful” combatant in order to distinguish him from an “unlawful” combatant, a person who is not fulfilling these criteria. However, codified IHL does not refer to a specific category called “unlawful combatant”. Some international law scholars, e.g. Dinstein, nonetheless state: „The laws of war make a cardinal distinction between lawful (or privileged) and unlawful combatants”.³⁹ Dinstein may consider “combatant” to be the upper term for “lawful” and “unlawful” combatants. From a terminological point of view this seems to be inadequate because it suggests that the GCs and their APs consider “unlawful combatants” as a distinctive category. This is hardly consistent with the wording of Article 50, paragraph 1, of AP I. Furthermore, during the negotiations of AP I, negotiators rejected draft proposals that attempted to exclude from the definition of civilians those persons who are not entitled to take directly part in the hostilities because the government experts “feared that it would create a new category of persons, who were neither combatants nor civilians”.⁴⁰

cc) Scope of Application of the Term Combatant

As a matter of fact, only the law of international armed conflict contains provisions on combatant status, however not the law of non-international armed conflicts. Therefore, it seems appropriate to apply the term only to fighters who, on one hand, fulfill the combatant criteria, and, on the other hand, participate in inter-state armed conflicts according to common Article 2 of the GCs, or in international conflicts which are defined by API. Yet, international law scholars frequently apply the term combatant also to those fighters covered by common Article 3 of the GCs or AP II.⁴¹ As a matter of terminological clarity, however, it seems to be more appropriate to omit the applicability of the term combatant. Instead, it seems preferable to call them “fighters”.

b) Subsuming

Although the U.S. has not ratified AP I, most of its provisions are applicable as customary international law.⁴² Hence it is, in principle, possible to apply the above legal explanations to the case of Mujahir who is classified by the U.S. government as a (enemy and unlawful) combatant.

It is obvious that Mujahir was not someone who took directly part in the fighting. According to the information available he has never used any kind of weapon in any conflict,

³⁹ Y. DINSTEIN, *op. cit.* (n° 31), p. 1109 (1109). Regarding the terminology “privileged/unprivileged” combatants compare: W.T. MALLISON/S.V. MALLISON, *The Juridical Status of Privileged Combatants Under the Geneva Protocols of 1977 Concerning International Conflicts*, in: 42 *Law & Contemporary Problems* (1978), p. 4 ss., particularly p. 6: “[I]t is accurate to characterize both unprivileged and privileged as having lawful status in spite of the drastically different treatment to which each group may be lawfully subjected upon capture.[...]”

⁴⁰ M. BOTHE/K.J. PARTSCH/W.A. SOLF, *op. cit.* (n° 36), Art. 50, 2.2.2.

⁴¹ Compare e.g. M.C. Bassiouni, *Legal Control of International Terrorism: A Policy-Oriented Assessment*, in 43 *Harv. Int'l L.J.* (2002), p. 83 (99).

⁴² Compare Ch. Greenwood, *International law and the “war against terrorism”*, *op. cit.* (n° 4), p. 301 (315).

neither carried a weapon nor been engaged in any kind of function in the fighting in Afghanistan. In any case, during the military battle in Afghanistan between the anti-terror alliance and the Taliban and Al Qaeda fighters, IHL pertaining to international armed conflicts was applicable.⁴³ However, Mujahir did obviously not belong to the fighting groups in Afghanistan who actively resisted the military operations.

To what extent his presumed training in the use of weapons and explosives in Afghanistan may alter this determination cannot be answered on the basis of the information available. It is not known at what precise date the training took place, but it seems to be more likely that it occurred before October 8, 2001. Hence, in principle, IHL is not applicable to the Mujahir case.⁴⁴ Furthermore, there are no grounds to suppose that a more extensive interpretation of the facts related to the case is adequate. The same is true with regard to a more extensive geographical application of IHL. Considering that IHL was not designed to apply to fighting members of terrorist networks, there is no reason to deviate from the existing legal situation.

Since IHL lacks applicability, Mujahir cannot be qualified as a combatant, neither as a “lawful” or an “unlawful” nor as an “enemy” combatant under IHL.⁴⁵

c) Hypothetical applicability of IHL

Hence, in the case at hand, the question to be examined is whether Mujahir’s treatment by the U.S. government can be brought into compliance with human rights standards. Particular attention has to be paid to the “right of detainees to legal assistance”, a right that is withheld from him.⁴⁶

If, in dubio pro U.S., IHL pertaining to international armed conflicts were to be applicable because a connection to the armed conflict in Afghanistan could be proven, Art. 50, paragraph 1, of AP I would be applicable to Mujahir and he would qualify as a doubtful case and, therefore, as a civilian, unless the opposite could be demonstrated. In this case, GC IV

⁴³ Ibid.; R.K. GOLDMAN, *Is this a New Kind of War?*, September 11 and its Aftermath, www.crimesofwar.org (July 3, 2002).

⁴⁴ Compare also the Human Rights News, June 12, 2002 (Human Rights Watch), U.S. Circumvents Courts With Enemy Combatant Tag, under: www.hrw.org/press/2002/06/us0612.htm (July 15, 2002):

“International humanitarian law applies to the international armed forces in Afghanistan, but it does not apply to any and all members of Al Qaeda terrorists regardless of their individual involvement with that conflict. To maintain its designation of al-Mujahir as an enemy combatant, the U.S. government would need to demonstrate to a civilian court a clear nexus between his activities and the armed conflict with the United States in Afghanistan.”

⁴⁵ This opinion is shared by G. Solis, *op. cit.* (n° 28); Human Rights Watch, *op. cit.* (n° 45) and the American Civil Liberties Union (ACLU), in: ACLU Questions Military Detention of U.S. Citizen, Saying President Reneged on Promise, Press Release, June 10, 2002, www.aclu.org/news/2002/n061002a.html (July 14, 2002).

⁴⁶ Compare Principle 17, Body of Principles for the Protection of All Persons under any Form of Detention or Imprisonment, UN doc. GA Res. 43/173, 9 Dec. 1988, as well as N.S. Rodley, *The Treatment of Prisoners Under International Law*, 2. ed., Oxford/New York 1999, p. 325ss. S. also Art. XI (Detention) of the Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Human Rights and the Fight Against Terrorism of July 15, 2002: “*The imperatives of the fight against terrorism may nevertheless require that a person deprived of his/her liberty for terrorist activities be submitted to more severe restrictions than those applied to other prisoners, in particular with regard to: (i) the regulations concerning communications and surveillance of correspondence, including that between counsel and his/her client.*”

would not grant special protection. According to its Article 4 “persons protected by the Convention are those who [...] find themselves [...] in the hand of a Party to the conflict [...] of which they are not nationals”.

This supposition being carried on, in dubio pro U.S. again, if an active participation of Mujahir in the line of Al Qaeda resistance fighters in the aftermath of October 8, 2001 could be proven, he would qualify as a fighter without combatant status.

On the basis of this double hypothesis, his treatment by the U.S. government needs to be examined under the light of the applicability of the IHL related to international armed conflicts and Mujahir’s qualification as a fighter without combatant status.

3.2 Mujahir’s treatment as an “enemy combatant”

Whereas under criminal law combatant status excludes accountability for the participation in hostilities, the determination whether somebody qualifies as a POW decides upon the standard of treatment a former fighter is entitled to in captivity.

a) Persons enjoying POW status

Persons who enjoy POW status are entitled to the detailed legal guaranties of GC III.⁴⁷ In principle these provisions give privileges to POWs as compared to other captured fighters. A person enjoying combatant status always enjoys POW status, as soon as he finds himself in the hands of the enemy. However, Article 4 A of GC III does not mention the term combatant. It just determines that “prisoners of war [...] are persons belonging to one of the following categories [...]”.

b) Persons with doubtful POW status

As it is presently the case with most of the Taliban fighters, it is possible to argue that it is difficult to assert their status as combatants or POWs. In this case, Article 5, paragraph 2, of GC III provides that:

*“should any doubt arise as to whether persons, having committed a belligerent act and having fallen into the hands of the enemy, belong to any of the categories of Art. 4, such persons shall enjoy the protection of the present Convention until such time as their status has been determined by a competent tribunal.”*⁴⁸

Details about the tribunal are not provided by GC III and consequently, the intention

⁴⁷ See the overview of H.-P. GASSER, in H. Haug, *Humanity for all*, Bern et al. 1993, p. 525ss.

⁴⁸ A similar wording is contained in Article 45, paragraph 1, of AP I.

of the U.S. to establish a military tribunal for Taliban and Al Qaeda fighters seems to be covered by this provision.

c) Persons who do not enjoy POW status

AP I explicitly refers to persons who do not enjoy POW status. On one hand, according to Article 46 and 47, these persons are spies and mercenaries. On the other hand, Article 45, paragraph 3, of AP I provides that:

“Any person who has taken part in hostilities, who is not entitled to prisoner-of-war status and who does not benefit from a more in accordance with the Fourth Convention shall have the right at all times to the protection of Article 75 of this Protocol.”

In other words: Art. 45, paragraph 3, of AP I addresses persons who, in principle, qualify as civilians, but have lost their status as protected person due to their irregular participation in the hostilities. Article 75 of AP I ensures that they are not completely at the mercy of the power in whose hands they have fallen. Instead, they are to be treated according to its “Fundamental Guarantees”. It is the opinion of most IHL scholars, among whom Greenwood is a prominent example, that the basic principles of Article 75 have to be considered as declaratory customary international law.⁴⁹ Therefore, there is a strong presumption that Article 75 is applicable to the U.S. even though they have not ratified it.

d) The issue of Mujahir’s unlimited detention without trial

If Article 45 of API were to be applicable to Mujahir, he would then be entitled to the protection of Article 75. The main function of the Article 75 is to close legal gaps with regard to persons not already protected by codified IHL.⁵⁰ This protection covers, albeit according to a not uncontested opinion, even nationals of a Party to a Conflict.⁵¹

U.S. Secretary of Defense Donald Rumsfeld has stated in connection with Mujahir’s detention that “we’re not interested in trying him at the moment. We’re interested in finding out what in the world he knows”.⁵² Until today⁵³ no legal procedure has been opened against Mujahir. This raises the question whether his treatment is consistent with IHL and in particular Article 75 of AP I.

⁴⁹ Ch. GREENWOOD, *op. cit.* (n° 4), p. 301 (315).

⁵⁰ M. BOTHE/J. PARTSCH/W.A. SOLF, Art. 75, *op. cit.* (n° 36), 2.3.

⁵¹ *Ibid.* They also draw attention to the fact that: “With respect to a Party’s own nationals who in its powers it is an open question whether one can speak of a loophole in the Geneva law, because in principle they are not protected by the Conventions and the Protocol.”

⁵² *The New York Times on the Web*, *op. cit.* (n° 8).

⁵³ Article completed on October 1, 2002.

Article 75, paragraph 3, of AP reads:

“Any person arrested, detained or interned for actions related to the armed conflict shall be informed promptly, in a language he understands, of the reasons why these measures have been taken. Except in cases of arrest or detention for penal offences, such persons shall be released with the minimum delay possible and in any event as soon as the circumstances justifying the arrest, detention or internment have ceased to exist.”

Mujahir was first detained in a regular prison as “material witness”. He was then transferred as an “enemy combatant” to a military prison. Despite the fact that it is unclear which kind of criminal act he could possibly be accused of, it seems to be logic to presume that he has been transferred to the military prison because he has committed terrorist acts which fall within the scope of domestic criminal law. Hence the “as-soon-as-possible”-rule spelled out in Article 75 of API is not applicable to Mujahir, so that the length of his detention can presently be judged as being in conformity with IHL. Otherwise it might be assumed that the U.S. is violating IHL.

It has additionally to be appreciated under IHL that Mujahir is obviously kept detained without any real prospect of being tried. Against the background of the object and purpose of Article 75, paragraph 4, of AP I, this circumstance seems to be alarming. Paragraph 4 states:

“No sentence may be passed and no penalty may be executed on a person found guilty of a penal offence related to the armed conflict except pursuant to a conviction pronounced by an impartial and regularly constituted court respecting the generally recognized principles of regular judicial procedure, which include the following: [...]”

It follows from Article 75, paragraph 4, of AP I that a detained person is entitled to court proceedings. It is yet not said how long a person may be detained without instituting court proceedings, although a teleological interpretation of the provision leads to the conclusion that it is not allowed to detain a person for a longer period of time without indicating any intention to institute court proceedings. Otherwise the legal guarantees of Article 75, paragraph 4, would have to be considered as void. For this reason the U.S. is obliged by IHL to institute court proceedings against Mujahir in conformity with the standards of Article 75, paragraph 4.

4. Conclusions

Considering the background information at hand, the following conclusions concerning the Mujahir case can be drawn.

First, the claim of the U.S. government that IHL is applicable in the instant case seems doubtful. Rather, from the point of view of international law, the laws of peace seem to be applicable, and that is mainly the human rights standards. He therefore seems to be a case for the national U.S. justice.⁵⁴

Furthermore, it is worth criticizing that Mujahir has been labeled “enemy combatant” by the U.S. government. This not only suggests the existence of a combatant status to which he is obviously not entitled to, not to mention that the term “unlawful combatant” is leading to many misunderstandings.

Finally, there are strong doubts as to whether Mujahir’s unlimited detention without any prospect of a court proceedings can be considered to be in conformity with Article 75 of AP I.

⁵⁴ S. the Statement of K. Roth, Executive Director of Human Rights Watch, op. cit. (n. 45):

“There should be a strong presumption that anyone arrested in the United States, far from any battlefield, be granted the full legal protections of the criminal justice system – including the right to counsel and not to be held without charges. Simply accusing someone of working with al-Qaeda does not justify throwing him into a navy brig.”

S. also the ACLU Statement, op. cit. (n. 46): „The ACLU said that if the government has sufficient evidence of criminal conduct of a United States citizen then it should charge him in U.S. courts [...]”

AUTORIA NOS CRIMES SOCIETÁRIOS E O NOVO CÓDIGO CIVIL

*Celso Antônio Três**

“Dependendo da verdade psíquica, o simples gesto de alcançar uma esmola a um mendigo pode ser um ato de filantropia, de ostentação ou de corrupção.”

Enrico Ferri

No mundo jurídico, tão-somente o Direito Criminal empresta esta transcendental importância à intangível, inaudível, invisível, em suma, intestável verdade psíquica (vínculo psicológico). De per si, razão suficiente a fazer do Direito Processual Penal o de mais complexo exame probatório.

Ainda mais, na delinquência do “colarinho branco”, criminalidade econômica, sonegação fiscal, previdenciária, delitos contra a economia popular, consumidor, sistema financeiro, ordem econômica e, especialmente no Brasil, causa maior da exclusão social pela apropriação dos recursos do erário ao atendimento dos direitos fundamentais, a desbragada corrupção – *lato sensu*, entendida como toda forma de uso da *res publica* ao locupletamento da *res privatae* –, perpetrada mediante a despersonalização do sujeito passivo da ação penal (pessoa física) por meio de inúmeras pessoas jurídicas, sociedades, a individualização da responsabilidade criminal (autoria) padece de especial dificuldade.

Sobre corrupção, o sempre atual, especialmente ante o presente desavergonhado surto de foro privilegiado, impunidade travestida de imunidade (Lei nº 10.628/02), Nelson Hungria, maior sapiência criminal pátria e invulgar talento literário, *verbis*:

“[...] De quando em vez, rebenta um escândalo, em que se ceva o sensacionalismo jornalístico. A opinião pública vozeia indignada e Têmis

* Celso Antônio Três é procurador da República em Santa Catarina.

ensaia o seu gládio; *mas os processos penais, iniciados com estrépito, resultam, as mais das vezes, num completo fracasso, quando não na iniquidade da condenação de uma meia dúzia de intermediários deixados à sua própria sorte. São raras as moscas que caem na teia de Aracne. O ‘estado-maior’ da corrupção quase sempre fica resguardado, menos pela dificuldade de provas do que pela razão de Estado, pois a revelação de certas cumplicidades poderia afetar as próprias instituições [...]*” (Comentários ao Código Penal. Forense, 1959. v. 9, p. 384).

Afora a tergiversação mediante pessoas jurídicas, amiúde tituladas por “testas-de-ferro”, a delinquência do “colarinho branco” fragmenta ao extremo o *iter criminis* – cogitação, preparação, execução, consumação e exaurimento – segmentando a empreitada criminosa entre inúmeros atores. Tal qual linha de produção industrial, operários (“intermediários”, no dizer de Nelson Hungria), circunscritos a urdir as suas peças, ignoram o produto final (alienados, diria Marx), decidido pelos gerentes/administradores (v. g., lobistas, assessorias advocatícias, contábeis, econômico-financeiras, informática, etc.), em benefício do titular da *societas sceleris*, que capitaliza o polpudo *producta sceleris*, desconhecendo, contudo, o *modus operandi* (“circunstâncias” – art. 41 do CPP) do crime que indocumentadamente encomendara.

Os julgados que exacerbam o ônus do *parquet* em descrever, detalhada e precisamente, o *iter criminis* incorrem em petição de princípio. Impõem ao *Ministerium Publicum* explicitar ao denunciado minúcias de um *modus operandi* que ele próprio ignora. As “circunstâncias” (art. 41 do CPP) são as elementares do crime. Não as idiosincrasias do criminoso.

Além disso, o *locus delicti* é difuso, onipresente. Os diversos atos contributivos à delinquência, simultaneamente, são perpetrados em diversos locais não apenas do território nacional como também em Estados estrangeiros. Pior! Pela dinâmica das comunicações, informática, instantaneamente, em tempo real. No cenário em são que perpetradas condutas testemunháveis, o empreendedor do colarinho branco jamais será visto. Pior! Com idêntica otimização em que é praticado, são eliminados os vestígios, provas, *corpus delicti*, sabotando a plenitude probatória necessária à condenação.

Nesse contexto, quem é autor, partícipe?! Sendo delitos dolosos, inexistindo possibilidade de incriminação por contribuição culposa, o indefinido divisor de águas entre culpa consciente (quer a ação, prevê o resultado, crendo, entretanto, que o evitará) e dolo eventual (quer a ação, prevê o resultado, aceitando-o), quem se legitima à imputação?!

Embora a vultosa sofisticação hoje alcançada, essa terceirização, difusão do crime por diversos atores, não escapou à dogmática da antigüidade, conforme noticia Nelson Hungria, relativamente à Idade Média, *verbis*:

“[...] Entre as modalidades de participação distinguem-se o auxilium (proximum ou remotum, cooperativum ou non cooperativum, ante delictum, in delicto e post delictum), o consilium (instigatio, persuasio, adhortatio), o mandatum (determinação para o crime), a ratihabitio (ratificação do crime por aquele em cujo favor foi praticado), a receptatio

(favorecimento post delictum), o não-impedimento do crime (quando houvesse um vinculum speciale para impedi-lo, ou quando se tratasse de delicta atrocía) e a conscientia (não-denúnciação do crime de que tivesse conhecimento, desde que importasse causa comum com o criminoso) [...]” (op. cit., p. 401).

Modernamente, a Teoria do Domínio Final do Fato, pela qual, autor é quem tem o poder de decisão – domínio final – sobre a execução do fato típico, não apenas aquele que executa a ação principal, v. g., o autor mediato, que se vale de outrem que age sem dolo ou culpa. O chefe da quadrilha (máfia, autor intelectual) que, sem exercer o verbo nuclear (subtrair, fraudar, matar...), planeja e decide – domina – toda a atividade dos demais. Decide, em linhas gerais, o “se” e o “como” de sua realização. Quem tenha a última palavra e decida se o delito deve ser ou não praticado. Tomar nas mãos o acontecimento típico, deixar decorrer segundo sua vontade a realização do tipo, distinguindo autor de partícipe (MUNÕZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Sergio Fabris Editor; MAURACH, apud WESSELS, Johannes. *Direito penal*. Tradução de Juarez Tavares. Sergio Fabris Editor, 1976).

Sobre o crucial tema do concurso de agentes, o mestre Raúl Zaffaroni nota que sua definição emana, não da lei, mas do ôntico, existência, *verbis*:

“[...] Autor e partícipe não são, como vimos, conceitos inventados pelo Direito Penal, mas recolhidos por este do ôntico, da realidade. Por tal razão, o código não tem motivos para defini-los, mas remetê-los aos dados ônticos, limitando-se a fixar a regra de que, em princípio, todos têm a mesma pena [...]” (*Direito Penal brasileiro*. Revista dos Tribunais, 1997. p. 667).

Razão pela qual, inexoravelmente, o regramento do concurso de pessoas é genérico (art. 29 do CP).

Todavia, se à lei, por imposição da própria natureza humana (mundo psíquico, vínculo psicológico), não é dado predefinir a co-autoria, é conferido a potestade de impor, não apenas a abstenção da ativa participação criminosa, como, sob pena de incorrer em idêntica imputação, o dever de agir (art. 13 do CP), impedindo a delinqüência.

Contribuição criminosa essa, freqüentemente sutil, imperceptível, *“[...] dadas as circunstâncias, um simples olhar ou aceno expressivo, ou mesmo silêncio a apontar aprovação [...]”* (HUNGRIA, Nelson. Op. cit., p. 413).

A afronta a ostensivos deveres de obstar a criminalidade – cujo *producta sceleris* o beneficia –, zelar pela lisura societária, não se limita à culpa consciente. Adentra ao dolo, consoante lapidar lição do professor Alberto Silva Franco, *verbis*:

“Tolerar o resultado, consentir em sua provocação, estar a ele conforme, assumir o risco de produzi-lo não passam de formas diversas de expressar um único momento, o de aprovar o resultado alcançado, enfim, o de

querê-lo. Precisa, portanto, a observação de Wessels (Direito Penal, Parte Geral, p. 53), no sentido de que ‘existe dolo eventual quando o autor não tenha deixado dissuadir da execução do fato pela possibilidade próxima da ocorrência do resultado, e sua conduta justifique a assertiva de que ele, por causa do fim pretendido, se tenha conformado com o risco da realização do tipo, antes até concordado com a ocorrência do evento do que renunciado à prática da ação’” (Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 6. ed. Revista dos Tribunais. v. 1, p. 284).

Nesse diapasão, o novo Código Civil, atento ao cotidiano uso de pessoas jurídicas, não apenas à criminalidade, como também aos ilícitos civis, v. g., lesão aos consumidores, credores, etc., na esteira da *res publica*, que agravou o compromisso dos gestores com a economicidade nos dispêndios do erário (LC nº 101/00 – conhecida por *Lei da Responsabilidade Fiscal*, também com decorrências criminais, arts. 359-A/359-H do CP), dispõe-se chamar à devida prestação de contas os integrantes do quadro societário.

Em suma, estamos diante da *lei da responsabilidade societária*. Tanto no âmbito cível como no criminal.

Nesse contexto, tal qual vários administradores públicos bradaram contra a LC nº 101/00, hoje os segmentos vinculados às pessoas jurídicas, especialmente empresárias (art. 982 do CC), arguem vícios do novo ordenamento, tendo patrocinado intenso *lobby* no governo Lula, objetivando diferir a sua vigência. Fracassaram.

O Estatuto das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), subsidiariamente sempre aplicável às demais, especialmente às de responsabilidade limitada (art. 18 do Decreto nº 3.708/19), tipo jurídico mais freqüente, já por meio das alterações aduzidas pela Lei nº 10.303/01, firmou a tendência ora consagrada.

Em síntese, vincula-se, pessoalmente, o sócio à transparência (fidelidade da escrita comercial/fiscal e registros públicos) e à correção dos atos perpetrados sob a pessoa jurídica. A violação da lisura, independentemente de quem seja o autor imediato, acarreta-lhe o ônus de provar sua irresponsabilidade.

Valem ser transcritos os principais ditames do CC, *verbis*:

“Art. 1.069. Além de outras atribuições determinadas na lei ou no contrato social, aos membros do conselho fiscal incumbem, individual ou conjuntamente, os deveres seguintes:

[...]

IV – denunciar os erros, fraudes ou crimes que descobrirem, sugerindo providências úteis à sociedade [...]” (canon semelhante ao art. 163, IV, da Lei n. 6.404/76).

“Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (canon idêntico ao art. 153 da Lei nº 6.404/76).

“§1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação” (canon semelhante ao art. 147, §1º, da Lei nº 6.404/76).

“Do contabilista e outros auxiliares

Art. 1.177. Os assentos lançados nos livros ou fichas do preponente, por qualquer dos prepostos encarregados de sua escrituração, produzem, salvo se houver procedido de má-fé, os mesmos efeitos como se o fossem por aquele.

Parágrafo único. No exercício de suas funções, os prepostos são pessoalmente responsáveis, perante os preponentes, pelos atos culposos; e, perante terceiros, solidariamente com o preponente, pelos atos dolosos.

Art. 1.178. Os preponentes são responsáveis pelos atos de quaisquer prepostos, praticados nos seus estabelecimentos e relativos à atividade da empresa, ainda que não autorizados por escrito”.

Estatuto das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76), *verbis*:

“Art. 158. [...]

§1º O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral” (grifei).

“Art. 176. Ao fim de cada exercício social, a diretoria fará elaborar, com base na escrituração mercantil da companhia, as seguintes demonstrações financeiras, que deverão exprimir com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício:

[...]

IV – demonstração das origens e aplicação dos recursos [detecção de eventual Lavagem de Dinheiro, art. 1º da Lei nº 9.613/98 – nota do autor].

[...]

§ 2º Nas demonstrações, as contas semelhantes poderão ser agrupadas [...] mas é vedada a utilização de designações genéricas, como ‘diversas

contas' ou 'contas correntes'".

“Art. 187. A demonstração do resultado do exercício discriminará:

I – a receita bruta das vendas e serviços, as deduções das vendas, os abatimentos e os *impostos* [...]” (grifei).

Além disso, reforçam dispositivos explicitando a imputação criminal dos gestores (v. g., art. 6º da Lei nº 4.729/65; art. 37 da Lei nº 5.250/67; art. 51 da Lei nº 6.766/79; art. 25 da Lei nº 7.492/86; art. 11 da Lei nº 8.137/90).

Nesses termos, conclui-se que, implicada pessoa jurídica na delinqüência, os sócios, de per si, mercê da *lei da responsabilidade societária*, legitimam-se à imputação, cumprindo a eles o ônus de provar sua irresponsabilidade. Note-se! Não se trata de responsabilidade objetiva. Simplesmente, o natural ônus probatório de quem, afrontando rigorosa legislação que lhe impõe agir, zelar, vigiar, pela legalidade, a desacatou, no mínimo, aceitando o resultado criminoso.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Duciran Van Marsen Farena**

Sumário: 1. A responsabilidade civil no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor. 2. A responsabilidade pelo fato e vício do produto no CDC. 3. O dever de segurança do fornecedor. Riscos normais e previsíveis. 4. Fato do produto: acidentes de consumo. 5. Prova e inversão do ônus da prova nos acidentes de consumo. 6. Causas de exclusão da responsabilidade. Força maior e caso fortuito. 7. Riscos de desenvolvimento do produto. O recall. 8. Dos vícios dos produtos e serviços. 9. Conclusão

1. A responsabilidade civil no novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor

Tema assaz interessante, e nunca demasiadamente debatido, é o que diz respeito ao regime de responsabilidade civil previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e seu intercâmbio com o Código Civil. A vigência do novo Código Civil imprime um novo grau de interesse a esta inter-relação, suscitando problemas de compatibilidade e de complementação.

Em geral, a inspiração dos dois sistemas – admitamo-los como ponto de partida – é distinta. Enquanto a responsabilidade, no sistema do Código Civil, tem a culpa como regra e funda-se no dever moral de não causar prejuízo a outrem, o sistema do Código de Defesa do Consumidor ostenta um fundamento de natureza econômica e pragmática. Reconhecendo a vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor, instaura um mecanismo de reversão do custo, destinando ao fornecedor do produto a externalidade que antes seria suportada unicamente pelo consumidor sorteado pelo acaso. A recomposição do dano e o elemento dissuasório nela contida voltam-se primordialmente para a máxima de que, se o agente econômico auferir lucro com uma determinada atividade de fornecimento de produtos ou serviços, deve responder também – e independentemente da culpa vigente nas relações jurídicas interpessoais – pelos riscos e pelas lesões que tais atividades podem causar no mercado de consumo. Consoante pondera Edis Milaré, em lição de direito ambiental inteiramente válida para a disciplina da responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor,

“[...] aquele que lucra com uma atividade deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes. Assume o agente, destarte, todos os riscos de sua atividade, pondo-se fim, em tese, à prática inadmissível da socialização do prejuízo e privatização do lucro. A ausên-

* Duciran Van Marsen Farena é doutor em Direito Econômico e Procurador da República na Paraíba.

cia de culpa ou a licitude da atividade não mais inibe o dever de reparar eventuais danos causados”.¹

Assim como o direito ambiental, o direito do consumidor distingue-se pela regra da responsabilidade objetiva, a qual pressupõe, para sua qualificação, apenas: a) ação ou omissão; b) resultado danoso; c) relação de causalidade. Não se cogita aqui da licitude ou ilicitude do ato, ou da maior ou menor diligência empreendida pelo agente. A autorização do poder público para o desenvolvimento de uma atividade ou a fabricação de um produto, ou a adoção de todas as cautelas exigidas pela técnica são incapazes de obliterar a responsabilidade do fornecedor diante de um dano causado ao consumidor.

Já o sistema tradicional da responsabilidade civil fundada na culpa continua consagrado no novo Código Civil, em seu art. 186: “*Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*”. Tal como na legislação precedente, continua imprescindível o dolo ou culpa para que o ato possa qualificar-se como ilícito, e a causação do dano, para dar nascedouro à obrigação de indenizar; mas o ato ilícito agora é definido como o que viola direito e causa dano, o que também se estende para casos em que o exercício de atividades perigosas possa lesar direitos de outrem. A regra da culpa, no entanto, submete-se a temperamentos, ressaltando-se que a lei pode estabelecer casos de responsabilidade objetiva:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Outro vasto campo aberto à perquirição do aplicador do direito é o da consagração, por esse dispositivo do Código Civil, da teoria do “risco criado”, albergada pela Lei nº 8.078/90 desde seus primórdios, segundo a qual aquele que cria o risco, em razão de sua atividade econômica ou profissional, deve por ele responder. Tanto é o caso do guia que conduz montanhistas por acidentados relevos, quanto do fabricante de medicamentos que lança no mercado novo produto.

Contribui para o mesmo propósito, de inserir o fator desigualdade econômica onde antes vicejava o individualismo, o novo Código Civil quando estabelece uma nova modalidade de responsabilidade objetiva, que poderá perfeitamente aplicar-se nos casos em que o negócio não for considerado, pelo Código do Consumidor, relação de consumo, vale dizer, não estiver envolvido o “destinatário final” nos termos do art. 2º do estatuto consumerista:

Art. 931. Ressalvados outros casos previstos em lei especial, os empre-

¹ MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 338.

sários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos causados pelos produtos postos em circulação.

O Código de Defesa do Consumidor – como lei de ordem pública e interesse social, concebida em obediência aos ditames constitucionais dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, e 48 das Disposições Transitórias (art. 1º do CDC) –, aplicável aos consumidores como lei especial e às relações de consumo como norma geral (Cláudia Lima Marques), continuará a coexistir com o Código Civil, incidente sobre as relações da vida civil que não se caracterizam como relações de consumo, sem que qualquer dispositivo deste venha a revogar aquele. Naturalmente, a influência do novo Código Civil sobre a legislação do consumidor dar-se-á em termos de conceitos gerais e de aplicação subsidiária, ao passo que o CDC aponta a legislação civil, em vários casos, como o caminho a seguir na direção de uma maior efetividade na obrigação de indenizar.

Particularmente na seara da responsabilidade civil, o fundamento econômico – alicerçado na reversão do custo dos empreendimentos – adotado pelo CDC nos permite vislumbrar a raiz de seu sentido nas relações de consumo, desvendando particularidades como as atinentes à força maior e ao caso fortuito, a efetiva reparação do dano, a responsabilidade por riscos de desenvolvimento e outros. Tal tratamento, que examinaremos a seguir, sem dúvida nenhuma deverá funcionar como vetor de interpretação para novas disposições da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, como a do art. 931 supramencionado.

2. A responsabilidade pelo fato e vício do produto no CDC

A responsabilidade civil no CDC deriva, pois, da atividade econômica exercida pelo fornecedor, que responde pelo simples fato de introduzir seus produtos ou serviços no mercado de consumo. Veremos que essa responsabilidade, de natureza objetiva, admite isenções que não se confundirão, contudo, com as excludentes previstas no Código Civil.

O Código de Defesa do Consumidor contempla duas modalidades de responsabilidade do fornecedor: pelo fato do produto e do serviço (arts. 12 a 17) e pelo vício do produto e do serviço (arts. 18 a 25).

Como exemplo didático, tomemos a introdução, no mercado de consumo, de uma lâmpada com durabilidade inferior. Haverá, no caso, responsabilidade do fabricante pelo vício do produto; contudo, se a lâmpada apresentar defeito de fabricação que provoque um curto-circuito nas instalações elétricas ou exponha o consumidor ao risco de choques elétricos, haverá responsabilidade do fabricante pelo fato do produto.

Ambas as formas de responsabilidade podem coexistir: por exemplo, uma lâmpada que dure menos e ainda exponha o consumidor ao risco de choque elétrico. Ou uma gasolina vendida com solvente, que ainda danifica o motor.

O vício do produto corresponde a uma inadequação às necessidades do consumidor, razão pela qual este sofre um decréscimo de seu patrimônio, considerando-se a soma que despendeu pelo produto ou serviço. É a falha interna do produto ou serviço, que o compromete, em contraste com a utilidade que dele podia o consumidor legitimamente esperar. É o caso da lâmpada que dura apenas a metade da vida útil ou do aparelho de som que não funciona.

Já a ocorrência de fato do produto implica a ocorrência de danos externos, físicos ou patrimoniais, ao consumidor. Não se exaure a consequência danosa no próprio produto, mas extrapola-o, alcançando a integridade física do consumidor ou seu patrimônio. Segundo o art. 12 do CDC,

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I – sua apresentação;

II – o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi colocada em circulação.

3. O dever de segurança do fornecedor. Riscos normais e previsíveis

O regime de responsabilização pelo fato do produto na Lei nº 8.078/90 é apoiado pelo dever geral dos fornecedores de não colocar no mercado produtos e serviços que possam acarretar riscos à saúde e à segurança dos consumidores, salvo os normais e previsíveis (CDC, art. 8º). Igualmente não deverá ser oferecido aos consumidores “produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança” (CDC, art. 10).

Se o produto, a despeito de sua utilidade, ostentar algum potencial de risco ou periculosidade, o dever de segurança do fornecedor traduzir-se-á na obrigação do fornecedor de “informar de maneira extensiva e adequada, a respeito de sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo de outras medidas cabíveis em cada caso concreto” (CDC, art. 9º).

No setor de medicamentos encontramos um terreno fértil para a discussão da responsabilidade do fornecedor (fabricantes) pelos danos causados à segurança e à incolumidade do consumidor.

Nesse segmento, encontramos exemplos clássicos, como o da Talidomida, e recentes, como os casos da “pílula anticoncepcional de farinha”, a contaminação da hemodiálise ou o caso do redutor de colesterol Lipobay. Episódios como tais influenciaram enormemente na subtração ao direito civil do regime de responsabilização quando se trata do comércio de medicamentos e na concepção adotada pelo CDC quanto ao dever geral de segurança do fornecedor.

Em matéria de proteção da saúde e segurança do consumidor, a Lei nº 8.078/90 volta-se para proteger a expectativa legítima do consumidor – os produtos devem atender às expectativas de segurança que deles legitimamente se espera. Isso não significa dizer que os produtos devem ser totalmente isentos de qualquer periculosidade, mas sim que a periculosidade do produto deve ser objeto de intensa preocupação por parte do fornecedor, preocupação esta

que deve traduzir-se em cabal informação ao usuário acerca dos riscos a que estará sujeito. Trata-se aqui dos riscos normais e previsíveis, os quais devem estar devidamente informados na embalagem ou bula do medicamento, conforme o caso.

Com respeito aos riscos normais e previsíveis – a chamada periculosidade latente do produto –, a responsabilidade do fornecedor é afastada pela informação, transmitida de forma clara e acessível, ao consumidor, quanto aos riscos de utilização do produto. O fabricante de um medicamento, ou de um produto tóxico (veneno) ou mesmo o de facas não será responsabilizado quando o dano for causado pelo desvirtuamento do uso do produto, ou quando o consumidor foi suficientemente informado a respeito do emprego e dos riscos que o produto poderia acarretar. A informação ao consumidor e o bom-senso são as pautas que irão ditar a ocorrência ou não de responsabilidade do fornecedor. É razoável responsabilizar o fabricante do produto pelos ferimentos sofridos pelo consumidor na abertura do produto enlatado, na ausência da devida informação²; mas não será razoável admitir-se a indenização no caso bizarro da mulher que pôs o cão pequinês para secar no microondas e testemunhou, aterrada, sua explosão...

Podemos assim conceber um dever geral de segurança do fornecedor, infringido tanto quando o produto é oferecido com defeito (a ausência do princípio ativo no medicamento, por exemplo), como quando o produto apresenta periculosidade anormal e imprevisível, ou quando o produto, com periculosidade ou nocividade normal e previsível, carece da informação necessária ao consumidor acerca dos riscos de seu uso.

4. Fato do produto: acidentes de consumo

Violado o dever de segurança, abre-se ensejo para o que a doutrina convencionou cognominar de acidente de consumo. No discernimento de Rosana Grinberg, acidente de consumo

“é a manifestação externa e danosa de um defeito preexistente, causado por um produto ou serviço, que esteja em circulação no mercado de consumo, carente da segurança que legitimamente os consumidores deles esperam, ou decorrente da deficiência ou falta de informações sobre sua fruição ou riscos. É a materialização, portanto, de um defeito intrínseco de um produto ou serviço”³.

Valiosa lição a respeito encontra-se nos autos da Ação Civil Pública nº 98.35544-8, na qual a juíza da 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, dra. Vera Lucia Jucovsky, bem aplicou a noção do risco do empreendimento como fator determinante da responsabilidade do fornecedor prevista no Código de Defesa do Consumidor:

² Código de Defesa do Consumidor. Lata de tomate Arisco. Dano na abertura da lata. Responsabilidade civil da fabricante. O fabricante de massa de tomate que coloca no mercado produto acondicionado em latas cuja abertura requer certos cuidados, sob pena de risco à saúde do consumidor, e sem prestar a devida informação, deve indenizar os danos materiais e morais daí resultantes (RESP 237964-SP, 4ª Turma do STJ, Relator Ruy Rosado de Aguiar, DJ 8 mar. 2000, p. 127; RSTJ, v. 134, p. 411).

³ GRINBERG, Rosana. “Fato do produto ou do serviço: acidentes de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº. 35, jul./set. 2000, p. 147.

“A melhor doutrina perfilha a tese de que o direito do consumidor compreende duas questões fundamentais. A primeira, a garantia da incolumidade físico-psíquica do consumidor, de sorte a resguardar sua saúde e segurança, isto é, a sua saúde e integridade em face dos acidentes de consumo resultantes dos riscos de produtos e serviços. A segunda, a incolumidade econômica do consumidor contra os incidentes de consumo passíveis de alcançar o seu patrimônio. Assim, ‘enquanto a primeira afeta o corpo do consumidor, a outra atinge o seu bolso. Todavia, mesmo quando a atividade do fornecedor provoca danos à incolumidade físico-psíquica do consumidor, reflexamente está atingindo igualmente sua incolumidade econômica, ocasionando diminuição de seu patrimônio’. Cabe ao intérprete buscar o perfil preponderante entre ambos.

Nessa linha de pensamento, os acidentes de consumo consistem nos danos extrínsecos ao produto, mas que podem atingir o mesmo produto ou outro ou, ainda, a integridade físico-psíquica dos consumidores”.

As conseqüências destrutivas do acidente de consumo – entendido como o evento danoso resultante do fato do produto – podem vitimar tanto o adquirente do produto quanto terceiro, em razão do acaso. Pense-se no trágico caso da explosão do shopping em Osasco, que vitimou tanto compradores quanto transeuntes que se serviam do estabelecimento como via de passagem. Nesses casos, estende-se a proteção do Código de Defesa do Consumidor também ao *by stander*, respondendo o fornecedor pelo acidente de consumo decorrente de um defeito do produto, ainda que a vítima – quem sofreu o dano – não tenha sido aquele que o adquiriu. O art. 17 do CDC supera a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual, responsabilizando o fornecedor ainda que o produto colocado em circulação tenha sido transferido a terceiro.

Consoante se depreende do teor do art. 12, serão responsabilizados pelo fato do produto “o fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador”. Já o comerciante é igualmente responsabilizado, nos termos do art. 13, quando:

I – o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador não puderem ser identificados;

II – o produto for fornecido sem identificação clara do seu fabricante, produtor, construtor ou importador;

III – não conservar adequadamente os produtos perecíveis.

Entendem alguns doutrinadores, na análise desse dispositivo legal, preleciona Rosana Grinberg,

“que o comerciante estaria isento de responsabilidade civil, existindo, impossibilidade de identificação do fabricante, construtor, produtor ou importador, mesmo ocorrendo o dano, desde que pos-

sa fornecer a identificação e o domicílio do fornecedor original, posteriormente, na medida em que o inc. I não exige 'prévia' identificação. Outros afirmam que só seria civilmente responsabilizado se, instado a fornecer a identificação e domicílio do fornecedor originário, não pudesse fazê-lo, havendo alguns para quem a simples ausência de identificação do produto, como no caso dos produtos anônimos, já implica responsabilidade do comerciante pelos danos causados aos consumidores”⁴.

“Esse entendimento”, prossegue a autora, “não me parece consentâneo com a principiologia e filosofia do Código do Consumidor. Uma vez não identificado o produto ou deficientemente identificado, impõe-se, de imediato, seja o comerciante civilmente responsabilizado, solidariamente com os demais coobrigados. Isso porque o comerciante, igualmente a todos os demais fornecedores, está obrigado a expor os seus produtos, *em qualquer hipótese*, com todas as informações necessárias e adequadas (art. 8º), de maneira ostensiva, em relação aos produtos potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança (art. 9º), não podendo colocar no mercado de consumo aqueles que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança (art. 10), como no caso em que deixa de acondicionar ou conservar adequadamente os produtos perecíveis, devendo nas situações em que toma conhecimento dessa nocividade ou periculosidade, apenas posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, comunicar o fato *imediatamente* às autoridades competentes e aos consumidores mediante anúncios publicitários”⁵.

A identificação posterior do fabricante não aproveitaria ao comerciante, até por introduzir um componente de incerteza e instabilidade ao consumidor, obrigado, às vezes, a tomar providências urgentes contra o dano sofrido. Hoje é bastante freqüente que os comerciantes, em especial cadeias de supermercados, ofereçam produtos de fabricantes nacionais ou importados com sua marca própria (p. ex., o produto é fabricado por terceiro, identificado na embalagem, mas é ofertado ao consumidor como “marca própria” Carrefour, Extra etc.). Nesses casos, havendo o comerciante assumido a responsabilidade pela garantia e pela segurança do produto, poderá ser responsabilizado diretamente pelo consumidor, em caso de acidente de consumo (explosão de uma garrafa, p. ex.).

Com relação ao fato do serviço, todos os fornecedores, imediatos e mediatos, respondem solidariamente pelo dano causado aos consumidores, conforme o art. 14 do CDC:

O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

⁴ GRINBERG. Op. cit., p. 157.

⁵ Idem, ibidem, p. 157-158.

I – o modo de seu fornecimento;

II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III – a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;

II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Por derradeiro, o § 4º do art. 14 ressalva que a “*responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”. Haverá responsabilidade objetiva, no entanto, quanto ao fornecedor de serviço ao qual o profissional esteja vinculado. Assim, no caso de um erro médico, a responsabilidade do profissional dependerá de prova da culpa, mas não a do hospital no qual o paciente, conveniado em plano de saúde, foi atendido.

5. Prova e inversão do ônus da prova nos acidentes de consumo

No regime da responsabilidade objetiva, caberá ao lesado apenas a prova da lesão e do nexo de causalidade, prescindindo-se da demonstração de culpa. O operador do direito deverá estar atento para o fato de não ser possível introduzir elementos de culpa na perquirição da existência do nexo de causalidade. A relação de causa e efeito de que se cuida é direta; somente a circunstância capaz de, por si só, produzir o resultado danoso será capaz de afastar o nexo de causalidade e eximir a responsabilidade do fornecedor.

Portanto, no caso do desvio e comercialização de pílulas anticoncepcionais de farinha (placebo) são absolutamente irrelevantes fatos como o furto ou roubo das cartelas de teste do estabelecimento produtor, a aquisição, dolosa ou culposa, dessas embalagens desviadas pela farmácia, a venda ao consumidor sem receita médica ou o fato de não haver o consumidor conferido o número do lote ou o prazo de validade, eventualmente inexistentes nas cartelas do placebo.

Tais circunstâncias inferiorizam-se diante do fato supremo da produção, com as mesmas características da embalagem original, das pílulas de teste. Aparecendo essas cartelas no mercado, quando deveriam estar todas destruídas, haverá responsabilidade do fabricante. Admitir indagações sobre a eficácia da segurança interna da empresa (que não imuniza contra desvios praticados pelos próprios empregados desta) significa, por um lado, introduzir um indevido elemento de culpa na responsabilidade objetiva e, por outro, obrigar o consumidor lesado a uma prova diabólica – que ele não pode produzir –, a de que havia falha na segurança interna do estabelecimento.

Por sua vez, argumentos do estilo de que houve culpa do revendedor (farmácia) por haver adquirido as cartelas de teste de um distribuidor autorizado pelo fabricante ou mesmo culpa da própria consumidora, que não conferiu o número do lote e data de validade, não são aptos a eximir a responsabilidade integral do fabricante, porque, em qualquer dessas hipóteses, o nexo causal segue incólume. Cabe ao consumidor, no caso da farmácia, decidir se esta

integrará ou não o pólo passivo, com base na solidariedade existente entre os causadores do dano (CDC, art. 25, § 1º).

Ressaltando a ocorrência do risco do empreendimento, a fundamentar a responsabilidade, decidiu, no corpo de uma tutela antecipada, a 19ª Vara da Justiça Federal em São Paulo, pela voz eqüitativa de sua juíza, dra. Vera Lucia Jucovsky:

“A doutrina esclarece, de seu turno, que no direito do consumidor os bens devem ter duas espécies de garantia, ou seja, contra os vícios de qualidade e de quantidade.

Os primeiros dizem respeito à proteção da integridade físico-psíquica do consumidor ou vícios de qualidade por insegurança e ocorrem nos acidentes e consumo. E também se referem aos vícios de qualidade por inadequação, a saber, com o cumprimento da finalidade do produto conforme a expectativa legítima do consumidor.

O CDC prevê o responsável real, o fabricante, dentre outros, que vem de ser responsabilizado, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos resultantes de fabricação, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos (art. 12, lei cit.).

*Assim, a responsabilidade civil da ré é objetiva quanto aos danos causados às consumidoras do (***) placebo. Tal assim seria ainda que lograsse demonstrar que se conduziu com toda a diligência para evitar a colocação do medicamento no comércio.*

*E, aqui, em observância ao princípio da vulnerabilidade das consumidoras – que decorre do princípio isonômico – em geral, e das utentes do (***) em especial, há que se adotar, como realmente adoto, o critério da inversão do ônus da prova, vez que dos depoimentos das vítimas e demais indícios, acostados aos autos, extrai-se a verossimilhança das alegações, além de que as vítimas, até este momento identificadas, são hipossuficientes, conforme as regras da experiência (art. 6º, inciso VIII CDC).[...]*

Ora, como o defeito de fabricação de produtos em série faz parte do risco do empreendimento, isto dá ensejo à responsabilidade da ré pela assunção dos danos pela comercialização das cartelas do anticoncepcional sem o princípio ativo”.

A nosso ver, somente a demonstração de que tais cartelas não foram objeto de produção da empresa (tratando-se, p. ex., de falsificação de terceiros) seria capaz de isentar a empresa, por absoluta ausência do nexo de causalidade.

O mesmo se diga no caso da explosão do shopping center. Será incabível, em termos de responsabilidade objetiva, prova da adequação dos sistemas de gás canalizado (entretanto, produziu-se a explosão) ou da culpabilidade da empresa que realizou a instalação.

Em determinados casos, mesmo a prova do nexo causal será difícil para o consumidor. Figure-se a hipótese de um medicamento anticancerígeno que apresentou conteúdo redu-

zido de princípio ativo, em desconformidade com o anunciado na embalagem. Como seria possível, nesse caso, afirmar que a morte do paciente foi a consequência da ingestão do medicamento com redução do princípio ativo?

Em casos que tais, vale, em primeiro lugar, a judiciosa advertência de Sérgio Cavalieri Filho:

“...Mesmo em relação ao nexo causal não se exige da vítima uma prova robusta e definitiva, eis que essa prova é praticamente impossível nos casos de lesões causadas por medicamentos e produtos químicos. Bastará, por isso, a chamada prova de primeira aparência, prova de verossimilhança, decorrente das regras da experiência comum, que permita um mero juízo de probabilidade, como, por exemplo, a repetição de determinado evento em relação a um certo produto. Por isso, o Código do Consumidor presume o defeito do produto, só permitindo ao fornecedor afastar o seu dever de indenizar se provar, ônus seu, que o defeito não existe (art. 12, § 3º, II). Se cabe ao fornecedor provar que o defeito não existe, então ele é presumido até prova em contrário”⁶.

O que não é possível, considerando-se a natural mortalidade da enfermidade, é dizer-se que o paciente morreria mesmo sem embargo da redução do princípio ativo, porque o que se espera de um medicamento é que ele seja veraz, no que tange à sua fórmula, e que produza o efeito de garantir a vida, o bem-estar e a longevidade daquele que o adquire.

Nesses casos, plausível a inversão do ônus da prova, a fim de que o fabricante demonstre – se puder – aquilo que alega: a ausência do nexo causal entre a morte do paciente e a redução do princípio ativo da fórmula.

Em qualquer caso, a situação de incerteza criada pelo fornecedor – e que somente ele estaria em condições de dirimir – jamais poderá reverter em seu próprio benefício, privando o consumidor lesado da reparação, sob a justificativa da “ausência de prova”. Relembre-se o direito fundamental básico do consumidor à “efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, coletivos e difusos” (CDC, art. 6º, VI).

6. Causas de exclusão da responsabilidade. Força maior e caso fortuito

As considerações até aqui tecidas já nos permitem incursionar sobre o terreno dos excludentes de responsabilidade no Código de Defesa do Consumidor, assunto em que lavra alguma controvérsia doutrinária entre os estudiosos do direito consumerista. Diz o § 3º do art. 12 do CDC:

§ 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar:

⁶ CAVALIERI FILHO, Sérgio. “Responsabilidade civil por danos causados por remédios”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 1999, nº 29, p. 60.

I – que não colocou o produto no mercado;

II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste;

III – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Um exame atento da expressão “não colocou o produto no mercado” revela que não pode significar outra coisa senão “não fabricou”, para o fabricante. Isto é, quando o produto foi fabricado por outro ou alvo de contrafação. Extravio, furto ou roubo dos produtos não conta. Destarte, se um produto alimentício for subtraído da empresa ou alvo de furto ou roubo de carga, e depois reintroduzido no mercado por vias paralelas (não raras vezes se vê isso em nosso País, onde mesmo grandes supermercadistas já foram acusados de compra de carga roubada), se eventualmente um consumidor vier a ser lesado pelo consumo desse produto, a responsabilidade continua do fabricante.

O nexos causal será rompido, no entanto, se o fabricante demonstrar que o produto foi objeto de adulteração ou necessitava de condições especiais de manutenção que não poderiam ter ocorrido após o desvio. Imagine-se um produto que necessitava de conservação em frigorífico e foi mantido à temperatura ambiente. Ou uma bebida que teve seu lacre violado e foi-lhe adicionada água. Nesses casos, a responsabilidade será unicamente de quem comercializou a mercadoria.

A segunda hipótese desperta menos dúvidas: o fornecedor deverá demonstrar que o defeito inexistente. Ao fabricante, que possui domínio completo de seu processo produtivo, caberá demonstrar a ausência do defeito, ônus que não pode ser revertido para o consumidor. Por último temos a “culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”. Os termos aqui são claros: somente a culpa exclusiva isenta o fornecedor de responsabilidade. No furto ou roubo de mercadorias defeituosas, temos apenas culpa concorrente de terceiro; culpa exclusiva haverá apenas em caso de falsificação do produto ou adulteração deste, pelo autor do furto ou roubo.

Por outro lado, a avaliação da culpa do consumidor deve ser pesada num sistema comedido, levando-se em conta as condições econômicas, culturais etc. deste. Não se pode imputar “culpa exclusiva” à consumidora de um anticoncepcional por haver consumido a cartela de placebo sem receita médica (não se tratando de produto estritamente controlado) ou sem conferir o lote ou a data de validade. Tal “culpa” sequer teria aptidão para atenuar a responsabilidade do fornecedor; somente a culpa grave do consumidor teria esse efeito.

Cumpra ainda conferir a qualidade da informação facilitada pelo fornecedor bem como suas práticas comerciais. Quem multiplica as formas de introdução de seu produto no mercado, não ligando atenção para práticas irregulares de seus revendedores, não pode querer escapar de sua responsabilidade exigindo do consumidor uma diligência que ele mesmo não mostra empenho em adotar. Auferidos os bônus da comercialização indiscriminada, não há como negar os ônus da reparação provocada por defeitos, não se interpondo nessa equação “irregularidades” praticadas pelo consumidor mas toleradas ou até mesmo estimuladas pelo fabricante (como, p. ex., a aquisição de certos medicamentos de amplo consumo popular sem receita).

Lamentavelmente, não são incomuns raciocínios desse jaez entre nossos fornecedores, para os quais a expansão de sua atividade, por todos os meios ditados pela ambição, é livre iniciativa, mas as vicissitudes dela decorrentes, em termos de responsabilidade, pertencem ao Estado. Em

ação civil pública movida contra distribuidora de gás engarrafado, a fim de que recolhesse os botijões danificados e adequasse os postos de revenda às normas de segurança, alegou a empresa que, embora fosse livre para credenciar os postos de revenda, não podia exigir-lhes condições seguras de armazenamento dos vasilhames, porque isto seria tarefa do Poder Público...

Para resumir em poucas palavras, somente a ausência do defeito do produto afastaria a responsabilidade do fornecedor.

Resta indagar acerca da aplicação, às relações de consumo, da força maior e do caso fortuito como fatores de exoneração da responsabilidade. Segundo a Lei nº 10.406/2002, em seu art. 393,

O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

Tal como fazia o seu antecessor, o novo Código Civil equipara a força maior ao caso fortuito. A doutrina entretinha sutil distinção, atrelando a primeira a eventos da natureza, que ultrapassam as forças humanas, e o segundo à obra do acaso.

A doutrina mostra suas divergências quanto se trata da possível incidência do caso fortuito e da força maior como excludentes de responsabilidade, no regime do Código de Defesa do Consumidor. Uma corrente, mais “civilística”, admite-as, convocando a aplicação subsidiária do Código Civil. Dentre os doutrinadores mais confinados ao estatuto do consumidor, a invocação de tais excludentes não se concilia com a enumeração – considerada *numerus clausus* do § 3º ao art. 12 do Código. Consoante o discernimento de José Reinaldo Lima Lopes:

“Nosso Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade objetiva [...], entre as conseqüências disto está a impossibilidade de recurso à defesa de caso fortuito ou força maior. Mas, além disso, o Código também introduziu a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) [...].

[...] o conhecimento técnico do produto e da sua produção é inacessível para os de fora [...] a inversão do ônus da prova se justifica, por isso, plenamente. Assim, compete ao fabricante comprovar que não colocou o produto no mercado, ou que não existe defeito, ou que a culpa é exclusiva do consumidor [...]. A inversão do ônus da prova é também a presunção de que o defeito provém da fábrica e não do uso inadequado. [...]

Sem a inversão do ônus da prova, como poderia o consumidor provar o nexo de causalidade entre defeito e dano? [...]”⁷.

⁷ LIMA LOPES, José Reinaldo, apud ZANELATO, Marco Antônio. “Réplica em ação civil pública – embalagens de refrigerantes – necessidade de comprovação de inexistência do defeito ou da culpa exclusiva das vítimas em acidentes de consumo”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 18, p. 344, abr./jun. 1996.

Segundo outra expoente desse pensamento, Rosana Grinberg,

“o fato de a legislação civil, excepcionalmente, poder ser aplicada subsidiariamente às relações de consumo, não justifica a aceitação desses institutos como excludentes de responsabilidade, porque do Código Civil, retira-se tão-somente a conceituação do que vem a ser força maior e caso fortuito, não se aplicando as suas normas ao regime de responsabilidade civil adotado pelo Código do Consumidor para os acidentes de consumo, onde as regras do Código Civil estão totalmente afastadas”.

E prossegue, observando que

“a força maior e o caso fortuito são excludentes de culpa e o Código de Consumidor não cogita de culpa, mas de responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade ou do empreendimento, portanto, são absolutamente incompatíveis com o sistema de responsabilidade subjetiva, com culpa, regra geral do Código Civil (art. 159). Por isso mesmo o fato de não serem adotadas como excludentes no Código do Consumidor, não significa aceitação da teoria da responsabilidade objetiva fundada no risco integral, mas apenas que está implícita a responsabilidade do fornecedor, em função do risco da atividade, do empreendimento, na medida em que esses institutos não são levados em consideração, para efeito de exclusão de responsabilidade”⁸.

Filiamo-nos à tese da impossibilidade de invocação do caso fortuito e da força maior, nas relações de consumo. Óbvio que, em se tratando de produto, como nota Zelmo Denari⁹, manifestando-se a força maior e o caso fortuito na fase da concepção ou durante o processo produtivo, não é possível invocá-la como eximente; já, ocorrendo após a introdução do produto no mercado de consumo, é possível considerar-se a ruptura do nexo de causalidade, como, por exemplo, no caso da adulteração do produto pelo comerciante. Mas tal critério não pode ser empregado no caso de serviços, como os prestados por agências de viagens, serviços de transporte etc.

Contudo, é necessário observar que o novo Código Civil, em alguma ocasião, admite a força maior, em disciplina que parece estender-se às relações de consumo, malgrado o regime da coexistência dos sistemas. Assim é que, no contrato de transporte, “o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da respon-

⁸ GRINBERG. Op. cit., p. 159-160.

⁹ In GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6ª ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000, p. 167-168.

sabilidade” (art. 734)¹⁰.

A proibição de cláusulas de irresponsabilidade, quanto a qualquer relação de consumo, encontra-se prevista no art. 25 do CDC. O art. 23 estabelece que “a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade por inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade” e o art. 24 dispensa termo expresso para que a garantia do produto ou serviço se efetive. Tampouco poderá o fornecedor impor condições que, indiretamente, importem em exoneração do dever de indenizar ou da garantia legal, como, por exemplo, exigir cadastramento prévio para reclamações quanto ao funcionamento do produto ou o envio de formulários para que o usuário faça jus a qualquer garantia.

7. Riscos de desenvolvimento do produto. O recall

Os riscos de desenvolvimento do produto são atinentes ao surgimento de defeitos que não eram conhecidos à época da introdução do produto no mercado, mas que culminaram por aparecer com o uso do produto pelos consumidores. Concepção construída principalmente a partir da experiência do lançamento de medicamentos novos, teria na Talidomida seu exemplo remoto e no caso do Lipobay seu exemplo recente.

O Lipobay, até meados de 2001 um dos mais lucrativos medicamentos da Bayer, foi retirado do mercado após pesquisas demonstrarem estar relacionado com a morte de pacientes em decorrência de um efeito colateral.

O Código de Defesa do Consumidor não contempla o risco de desenvolvimento como causa de exclusão de responsabilidade (tampouco podendo ser considerado força maior, para quem a admite); assim, a doutrina o insere dentre os defeitos de concepção, apto a investir o fabricante da devida responsabilidade pelos danos causados. Ajusta-se, aqui, à perfeição, a teoria do risco criado, a determinar de forma irrevogável a responsabilidade do fabricante.

Os ditames da Lei do Consumidor exigem que o fornecedor, tomando conhecimento da nocividade ou periculosidade, após a introdução do produto no mercado, comunique o fato às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários a suas expensas (art. 10, §§ 1º e 2º). De idêntica forma, não estamos aqui diante de nenhuma cláusula de exclusão de responsabilidade. A divulgação do fato recall é uma obrigação legal, independentemente do dever de indenizar. Negligenciando-a, o fabricante pode ser punido administrativamente e ter agravada sua responsabilidade em termos de danos coletivos. Lamentavelmente, muitos ainda encaram o recall como uma punição, e não como um valioso recurso destinado à preservação da incolumidade do consumidor e, em consequência, da credibilidade do fornecedor.

Tanto os danos anteriores como os posteriores à divulgação do recall deverão ser indenizados; rigorosamente, só se exonera de responsabilidade o fornecedor na inocorrência de dano, por haver a comunicação alcançado o consumidor que adotou as providências necessá-

¹⁰ No entanto, há doutrina que considera incabível a excludente de força maior no regime de responsabilidade do transportador, que, no caso do transporte de passageiros mediante concessão ou permissão, é objetiva. Para além dessa discussão entendemos, na esteira do ensinamento de Enéas de Oliveira Matos, que ato de terceiro (p. ex., assalto ao coletivo) não caracteriza, por falecer-lhe a inevitabilidade, força maior, tampouco sendo fator hábil a romper o nexo causal cuja incidência determina o dever de indenizar no regime da responsabilidade objetiva (ver MATOS, Enéas de Oliveira. Responsabilidade civil do transportador por ato de terceiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, v. 742, p. 139-153, ago. 1997).

rias, ou evitou o consumo do produto.

Outro fator que contribui decisivamente para apartar o recall da responsabilidade é o fato de que, muitas vezes, esse procedimento implica encargos para o consumidor. No caso de um recall de peça de veículo, por exemplo, o cinto de segurança, exige-se que o comprador compareça a uma concessionária e se prive do automóvel e de seu tempo por algumas horas para que seja efetuado o conserto. Pode ainda o consumidor residir em área rural ou desprovida de concessionárias da marca, e submeter-se a redobradas dificuldades para atender à convocação. Descabido cogitar-se mesmo de culpa concorrente da vítima; a responsabilidade do fabricante, em caso de acidente de consumo, subsiste integralmente.

Embora o fabricante tenha alguma margem de manobra, para, segundo os conhecimentos vigentes do seu negócio, avaliar a natureza do defeito conforme sua capacidade de pôr em perigo o usuário do produto, não estamos diante de uma faculdade discricionária. O fabricante que entender que o item a ser substituído interfere na qualidade (p. ex., provoca maior nível de ruído na cabine de veículos) e não na segurança deve, por medida de prudência, pôr a autoridade a par do fato. Recentemente tem sido denunciada a ocorrência do chamado “*recall branco*”, consistente na prática de o produtor, a fim de evitar o desgaste da marca derivado do recall (especialmente em automóveis), promover a troca da peça por intermédio da rede autorizada, por ocasião das revisões programadas, sem fazer os devidos anúncios.

Por sua vez, os anúncios devem ser claros e diretos, permitindo ao consumidor o exato conhecimento do defeito descoberto, do grau de periculosidade que apresenta e das providências necessárias para evitar os danos. Nada mais representarão que engodo comunicados que se refiram a “incidentes”, “ocorrências” e/ou ocultem informações relevantes sobre o defeito ocorrido e as medidas necessárias para que o consumidor possa prevenir danos.

A introdução de qualquer produto no mercado exige a obediência a padrões mínimos de qualidade, segurança e eficácia, de conformidade com a sua época. Em hipótese alguma, um medicamento pode produzir o efeito colateral de matar. Nenhuma indulgência pode haver para com um carro que pega fogo, ou com um eletrodoméstico que dá choques elétricos. Contudo, conforme o § 2º do art. 12 do CDC, “*o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado*”. Assim, um automóvel sem *air bag* não será considerado defeituoso por um modelo novo ser lançado com esse dispositivo. Contudo, dotado o veículo de *air bag*, falhando este, haverá responsabilidade do fabricante, pelas lesões decorrentes causadas ao consumidor.

8. Dos vícios dos produtos e serviços

Cumpra agora investigar a disciplina dos vícios dos produtos – a consideração das falhas que tornam o produto inadequado a seus fins, segundo o Estatuto do Consumidor. A disciplina deste não encontra semelhanças no novo Código Civil, nos arts. 441/446, que são inteiramente inaplicáveis às relações de consumo.

Apenas para ilustrar, dispõe o art. 23 que “a ignorância do fornecedor sobre vícios de qualidade ou inadequação dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade”, enquanto na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, o conhecimento do vício repercute no regime de responsabilização:

Art. 443. Se o alienante conhecia o vício ou defeito da coisa, restituirá o que recebeu com perdas e danos; se o não conhecia, tão-somente restituirá o valor recebido, mais as despesas do contrato.

De conformidade com o CDC, os vícios podem ser de qualidade, de quantidade e de informação. Os primeiros ofendem a funcionalidade do produto, tornando-o inútil, inadequado ou diminuindo-lhe de qualquer forma o valor. Os vícios de quantidade dispensam maiores comentários, enquanto os últimos referem-se à disparidade na informação devida ao fornecedor (ex.: informação de que um produto é de couro quando se trata de sintético; ausência de informação no vasilhame de que o leite é reconstituído a partir do leite em pó, etc.).

O vício de informação pode surgir ainda na presença de uma informação inadequada diante das circunstâncias. Louvemo-nos no caso recente em que fabricantes de papel higiênico decidiram reduzir a metragem do rolo de quarenta para trinta metros, limitando-se a corrigir a tímida inscrição na embalagem, sem maior anúncio, destaque ou mensagem específica quanto à redução. O consumidor, que usualmente não confere a metragem do papel a cada aquisição, a fim de assegurar-se de sua constância, finda por ser enganado, ao levar o produto de quantidade inferior, o que caracteriza nitidamente vício de informação, a despeito de que possa constar na embalagem a nova metragem.

Importa notar que, na disciplina dos vícios de qualidade ou quantidade, qualquer fornecedor poderá ser responsabilizado, indiferentemente, pelo consumidor. Não mais vale a velha escusa de que “aqui não fabricamos, apenas vendemos produtos” tão empregada pelos comerciantes para se safarem de qualquer compromisso com a qualidade dos produtos por eles vendidos. Com efeito, dispõe o art. 18, *caput*, da Lei nº 8.078/90:

Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas (destacamos).

O fornecedor dispõe do prazo de 30 (trinta) dias para sanar o vício, antes que o consumidor possa servir-se das alternativas de substituição do produto, restituição da quantia paga e abatimento proporcional do preço:

§ 1º Não sendo o vício sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

I – a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;

II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;

III – o abatimento proporcional do preço.

Observe-se, em primeiro lugar, que todos os produtos estão submetidos a essa disciplina, seja um automóvel¹¹ ou uma torradeira. Trinta dias é o prazo máximo que o consumidor pode esperar para que o problema seja completamente resolvido. Em segundo lugar, descabe ao fornecedor (fabricante ou comerciante) antepor qualquer espécie de dificuldade no reparo do produto; *do contrário, o consumidor poderá servir-se imediatamente das alternativas dos incisos I, II e III.*

O § 1º do art. 18 do CDC contempla um dever que é do fornecedor e não do consumidor. Assim, cabe ao fornecedor, comerciante ou fabricante adotar todas as providências necessárias para o reparo do produto, a fim de que o consumidor não possa se servir das alternativas legais, esgotado o prazo para sanção do problema.

Assim, não pode o comerciante indicar ao consumidor a assistência técnica do fabricante para o reparo de um aparelho eletrodoméstico, dispensando-se de qualquer outro cuidado. Caberá ao vendedor recolher o produto, encaminhá-lo à assistência técnica do fabricante e devolvê-lo ao consumidor consertado. É preciso lembrar que não é incomum que as oficinas autorizadas se encontrem em locais distantes da residência do consumidor ou mesmo inexistam na cidade onde mora este. Da mesma forma, se o consumidor preferir recorrer diretamente à assistência técnica do fabricante, não poderá ser compelido, por exemplo, a conduzir uma televisão ou refrigerador ao posto; o fabricante deverá retirar o produto na casa do consumidor ou enviar o técnico a esta. Em resumo, não pode ser o consumidor, para o exercício do dever legal do fornecedor de reparar o produto, ser obrigado a suportar ônus ou condições superiores àquelas que teve que enfrentar para a adquirir o próprio produto. Se é obrigado, para ter o bem reparado, a esforços superiores aos despendidos para a sua compra, pode imediatamente exigir o implemento das alternativas de substituição, restituição da quantia paga ou abatimento do preço.

De idêntica forma, poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1º desse artigo, sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou as características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial (CDC, art. 18, § 3º).

Estipula ainda o § 4º do mesmo artigo que

tendo o consumidor optado pela alternativa do inciso I do § 1º deste artigo, e não sendo possível a substituição do bem, poderá haver substituição por outro de espécie, marca ou modelo diversos, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço, sem prejuízo do disposto nos incisos II e III do § 1º deste artigo.

Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, da rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, o abatimento pro-

¹¹ “CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. Vício de qualidade. Automóvel. Não sanado o vício de qualidade, cabe ao consumidor a escolha de uma das alternativas previstas no art.18, § 1º, do CDC. Recurso conhecido e provido para restabelecer a sentença que dera pela procedência da ação, condenada a fabricante a substituir o automóvel” (RESP 185836-SP, relator Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma do STJ, DJ de 22 mar. 1999, p. 211).

porcional do preço, a complementação do peso ou da medida, a substituição do produto por outro ou a restituição imediata da quantia paga (art. 19 do CDC).

Já o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou da mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I – a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II – a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III – o abatimento proporcional do preço (art. 20 do CDC).

Os serviços públicos são objeto da disciplina do art. 22, segundo o qual

os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias, ou sob qualquer forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Nos casos de descumprimento, total ou parcial, dessas obrigações, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista no Código (art. 22, parágrafo único).

Dispõe o art. 25 do CDC que “*é vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenuie a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores*”, no que é secundado pelo art. 51, ao considerar nulas de pleno direito cláusulas contratuais que “*impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos*” (inciso I).

9. Conclusão

O novo Código Civil, cujas disposições se harmonizam com o Código de Defesa do Consumidor, confirma a marcha do direito em relação a uma completa e integral reparação do dano, inclusive moral, causado pelo dolo, pela culpa, ou pelo exercício de atividades econômicas, evitando-se a condenável fórmula da socialização do prejuízo e da privatização do lucro. Fortaleceu-se, na Lei nº 10.406/2002, a tendência de apoiar o dever de indenizar no princípio geral da reversão dos custos do risco e das externalidades da atividade àqueles que lucram com elas. O Código de Defesa do Consumidor, aplicando-se às relações de consumo, contempla ainda o princípio da vulnerabilidade do consumidor, que representa o marco divisório entre os regimes jurídicos de responsabilidade civil nos dois estatutos, e determina a forma pela qual serão aplicadas, às relações de consumo, institutos eventualmente colhidos por aplicação subsidiária do Código Civil.

Resta aguardar uma mudança na legislação processual civil que, propiciando uma reparação célere e eficaz dos danos, esteja à altura das conquistas logradas no plano da responsabilidade civil pelo Código de Defesa do Consumidor e pelo Código Civil.

O PORTADOR DE DEFICIÊNCIA E O IDOSO NO NOVO CÓDIGO CIVIL

*Werton Magalhães Costa**

“A prática multissecular da legislação escrita deu aos povos ocidentais a faculdade de criticar, de apreciar e de julgar as suas leis.”

Pontes de Miranda

Após longos vinte e seis anos de discussão, foi aprovado, sancionado e publicado o novo Código Civil brasileiro, incorporado na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, publicada no *Diário Oficial* da União, Seção I, de 11 de janeiro de 2002.

Sua entrada em vigor inaugura uma variedade de institutos inéditos ou, pelo menos, a releitura, agora contemporânea, de institutos que já permeavam o orbe jurídico nacional. Sua análise vem sendo minuciosamente efetuada por uma gama de autorizados doutrinadores do nosso País, em brochuras, periódicos, livros e revistas especializados.

Muitos desses estudos revelam as passagens do novo código merecedoras de severa crítica. Não por menos, o Congresso Nacional já está apreciando vários projetos de lei destinados a alterá-lo, aperfeiçoando-o no que necessário.

As manifestações desfavoráveis são muitas. Se for preciso citar alguma, poderíamos ficar com a ausência de regulamentação de aspectos relevantes de bioética e biodireito, temas que solapam a tranqüilidade de muitos e muitos setores da sociedade.

Mas há também deslizes quase risíveis, como aquele constante dos arts. 1.272 a 1.274, incluindo o título da seção respectiva, nos quais se fala em “comissão”, pretendendo-se disciplinar a “comistão”, que é forma de aquisição da propriedade móvel (ou modalidade de acessão de móvel a móvel, na doutrina de Sílvio Venosa) e que nenhuma relação guarda com aquele contrato específico delineado nos arts. 693 a 709. Afinal, quem não lembra, das leituras à luz do finado Código Civil (arts. 615 a 617), das diferenças entre confusão, comistão e adjunção?

Quanto a tais institutos, aliás, não houve grandes modificações em sua regência, mas, ante o evidente lapso e notórias imperfeições, urge realmente que deputados e senadores, retomando a leitura de manuais de legística, procedam aos reparos inadiáveis. A propósito, já ponderava Pontes de Miranda, com relação ao Código revogado:

“Cientificamente, desejá-lo-ia diferente em muitos dispositivos, capítulos e títulos; mas, ainda aceitando-o como está, como saiu do Congresso Nacional, tal como é, podemos apontar, aqui e ali, alguma coisa,

* Werton Magalhães Costa é procurador da República, mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba.

que facilmente se corrigiria, e a própria praxe – o juiz – poderia corrigir, se mais adiantada e menos clássica, menos rotineira, menos preocupada, ou com a letra ou com o espírito da lei, ou com o médio-cre meio-termo entre uma e outro, já se achasse, entre nós, a prática de julgar e de aplicar a regra jurídica.”

Clayton Reis, além de indicar, em suas breves anotações ao novo *codex*, lacunas no que concerne à regulação da união de homossexuais, casamento entre pessoas do mesmo sexo, transexualismo, reprodução assistida, clonagem, parentesco decorrente de inseminação artificial, família monoparental, contratos eletrônicos e outros, recorda pontos positivos consubstanciados na introdução de dispositivos relacionados com os direitos da personalidade, a diferença entre associações e sociedades, adoção da categoria dos negócios jurídicos, reconhecimento da lesão, onerosidade excessiva, boa-fé dos contratos, poder familiar, igualdade entre os filhos, união estável, atenuação da imutabilidade do regime de bens no casamento, limitação do parentesco colateral ao quarto grau, etc.

Reconheça-se, então, que qualidades, mais do que defeitos, as tem a nova lei. Também para citar mais um exemplo, podemos mencionar a nova disciplina da prescrição e decadência (ou preclusão, como preferia Pontes de Miranda, observando, inicialmente, que o direito cai, não decai), desenvolvida com maior rigor técnico, encampando as lições mais acertadas da doutrina recente.

Alguma coisa muito pífia já vem sendo tentada. Os primeiros esforços vieram por meio de medidas provisórias (uma vez que elas podem versar sobre direito civil, vedando-se sua edição sobre direito penal, processual penal, processual civil e outros). A Medida Provisória nº 75, de 24 de outubro de 2002, em seu art. 44, revogava, antes mesmo do início de sua vigência, o art. 374 do novo Código Civil (que previa que a compensação de dívidas fiscais e parafiscais seria regida pelas normas do capítulo do código relativo à compensação em geral). A Exposição de Motivos dessa MP alertava para o fato de que era necessário manter subordinada à legislação tributária as hipóteses de compensação de tributos e contribuições, tendo em vista que a referida norma, introduzida pelo novo código, criaria sérios obstáculos para sua consecução no âmbito fiscal, podendo promover graves prejuízos ao erário.

Acontece que a Medida Provisória nº 75 foi rejeitada. No entanto, em 9 de janeiro de 2003, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva editou a Medida Provisória nº 104 (a segunda que editou em seu governo), especificamente para determinar, outra vez, a revogação daquele art. 374 do Código Civil atual. A Exposição de Motivos, dessa vez, foi bem mais detalhista, observando em acréscimo que a norma é inconstitucional (pois a matéria seria reservada à lei complementar) e contraria o interesse público, por revogar a atual legislação sobre compensação de créditos e débitos tributários, legislação essa que é atenta às especificidades da matéria tributária, comprometendo a estabilidade fiscal. Apregoou, outrossim, ser indubitosa a relevância da problemática posta, devendo ser urgentemente revogado o art. 374, antes que ganhasse vigência, o que era iminente. Por fim, ressaltou que, já encerrada a sessão legislativa em que se deu a rejeição da MP nº 75, nenhum óbice haveria para a edição de nova medida provisória (com apoio na decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADInMC 2.010).

Outras alterações foram trazidas pela Medida Provisória nº 79, de 27 de novembro de 2002, que postergou a entrada em vigor do Livro II da Parte Especial do novo Código Civil (apenas para os fins do disposto nessa medida provisória), excluindo, ademais, para as entidades desportivas, a aplicação do seu art. 2.031 (que concede o prazo de um ano para que

empresários, associações, sociedades e fundações, constituídas na forma de leis anteriores, se adaptem às disposições do novo ordenamento civil).

E – indo ao que interessa – embora, como já dito, a análise do novo código, em seus méritos e deméritos, venha sendo minuciosamente efetuada, quero apontar a previsão de regras de proteção aos idosos e aos portadores de deficiência, que constavam da legislação anterior.

Quanto ao idoso, ou mais especificamente, ao pai ou à mãe idosos necessitados de alimentos, já existia a vetusta regra insculpida no art. 399 do Código Civil anterior, segundo o qual os alimentos seriam devidos ao parente que, sem ter bens, não pudesse prover pelo seu trabalho à própria subsistência (desde que o parente demandado, por sua vez, pudesse fornecê-los sem desfalque do que necessitava para o seu sustento).

Em complementação a essa regra, a Lei nº 8.648, de 20 de abril de 1993, divulgada com estardalhaço pela imprensa nacional, acrescentou o parágrafo único a esse art. 399, presumindo que, no caso de pais que, na velhice, carência ou enfermidade, ficassem sem condições de prover o¹ próprio sustento, principalmente quando se despojaram de bens em favor da prole, caberia, sem perda de tempo e até em caráter provisional, aos filhos maiores e capazes, o dever de ajudá-los e ampará-los, com a obrigação irrenunciável de assisti-los e alimentá-los até o final de suas vidas.

O parágrafo, de tão analítico, mais se assemelha a uma lição doutrinária. Mas só com certas delongas, muitas vezes, se pode transmitir aos ingratos a lição que nele se encerra. Justificada, portanto, a redação e, no caso, poderia o dispositivo ter sido inserido no novo Código Civil, de modo mais adequado, evitando o defeito assinalado por Maria Helena Diniz, para quem o aludido parágrafo veio contrariar o princípio da reciprocidade, pois exige que somente os *filhos maiores e capazes* tenham o dever de alimentar os pais, restringindo o comando do art. 229² da Carta Magna, que não requer, para tanto, *capacidade* da prole. Além disso – continua –, ante o art. 397 do Código Civil, o descendente, mesmo incapaz, teria a obrigação de prestar alimentos aos ascendentes mais remotos (avós ou bisavós), que não são alcançados pela limitação do parágrafo em disceptação. Arremata com a impropriedade do preceito, como posto, lembrando que a Lei nº 8.648/93 impôs a *irrenunciabilidade da obrigação* de assistir e alimentar os pais, quando, na verdade, só seria possível renunciar ao exercício do direito a alimentos (CC antigo, art. 404).

Regulam os alimentos, hoje, na hipótese acima, os arts. 1.696 e 1.697 do código. De acordo com eles, o direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Na falta de ascendentes, cabe a obrigação aos descendentes, guardada a ordem de sucessão e, faltando estes, aos irmãos, assim germanos como unilaterais.

Eis aí uma boa oportunidade para o legislador decidir se alguma melhoria é bem-vinda, conferindo densidade normativa ao preferido art. 229 da Constituição.

No que concerne, por outro lado, ao portador de deficiência, hei de invocar a Lei nº 10.050, de 14 de novembro de 2000, que veio acrescentar o § 3º ao art. 1.611 do código revogado.

A cabeça do referido art. 1.611, com a redação da Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, disciplinava que, à falta de descendentes ou ascendentes, seria deferida a sucessão ao cônjuge sobrevivente, se, ao tempo da morte do outro, não estava dissolvida a sociedade con-

¹ *Rectius*: ao.

² Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

jugal. Hoje, a regra está no art. 1.838, onde se lê que, em falta de descendente ou ascendente, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente, complementado o preceito pelo art. 1.830, segundo o qual somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, o casal não estava separado judicialmente, nem separado de fato há mais de dois anos, salvo prova, nesse caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

O § 1º do art. 1.611, com a redação da Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, detalhava que o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não fosse o da comunhão universal, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, dele ou do casal, e à metade, se não houvesse filhos, embora sobrevivessem ascendentes do *de cuius*. Tal direito não é mais previsto no atual Código Civil.

O § 2º do art. 1.611, com a redação igualmente conferida pela Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, rezava que ao cônjuge sobrevivente, casado sob regime de comunhão parcial, enquanto vivesse e permanecesse viúvo, seria assegurado, sem prejuízo da participação que lhe coubesse na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que fosse o único bem daquela natureza a inventariar. Atualmente, a disciplina está ampliada – compensando, em parte, a ausência da regra anterior (sobre usufruto) –, no art. 1.831, segundo o qual ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Pois bem, chegando ao ponto que mais nos interessa, a Lei nº 10.050/2000 havia acrescentado o § 3º a esse art. 1.611 do revogado código, estabelecendo, em seqüência às regras acima, que, na falta do pai ou da mãe, estendia-se o benefício previsto no § 2º (sobre direito real de habitação) ao filho portador de deficiência que o impossibilitasse para o trabalho.

A lei trouxe um avanço digno de nota, ao proteger o filho desabilitado e que poderia, eventualmente, ficar ao desamparo. O novo Código, por não trazer nenhum dispositivo correspondente, peca imensamente pela falta.

A bem da verdade, pecou o legislador que, antes de aprovar o texto final, poderia haver incorporado nele as regras inseridas pela legislação que mais recentemente alterara o código então vigente. Mas, lamentavelmente, não se deu ao trabalho de levantar que legislação seria essa.

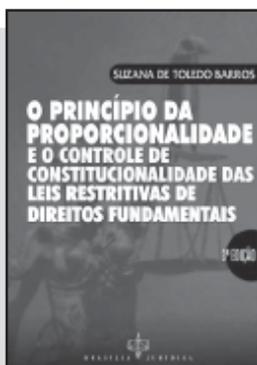
De todo modo, isso parece tão “insignificante” que vários dos manuais lançados no mercado contendo comparação entre o novo e o revogado códigos simplesmente deixam de registrar a existência do comando.

Assim, em que pese à urgência de aprovação de reformas fundamentais em outros setores do ordenamento jurídico, esperam-se, o quanto antes, os reparos necessários à nova ordem civil.

Bibliografia

- DINIZ, Maria Helena. *Código Civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 5.
- MIRANDA, Pontes de. *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- REIS, Clayton. *Inovações ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. São Paulo: Atlas, 2001. v. 4.

LANÇAMENTO DE LIVROS DE INTEGRANTES DO MPU

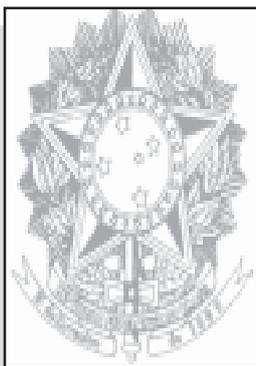


O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais

Editora Brasília Jurídica, 3ª edição, 2002

Suzana de Toledo Barros – Procuradora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal

O livro figura entre as obras básicas de consulta por estudiosos do Direito, principalmente na verificação da constitucionalidade das leis interventivas na esfera de liberdades do cidadão. A obra analisa a exigência de adequação da medida restritiva ao fim da lei; a necessidade do direito e a proporcionalidade em sentido estrito, pela qual se pondera a relação entre a carga de restrição e o resultado obtido.



As Garantias Processuais nos Recursos Criminais

Editora Atlas, 2002

Rogério Schietti Machado Cruz – Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal

O livro trata das garantias relacionadas à atuação das partes no processamento dos recursos criminais, de modo a facilitar a formação de um provimento jurisdicional mais participativo, racional e humano, componentes esperados de um processo penal moderno e civilizado. Enfoca, de forma crítica e à luz do direito comparado, questões relativas ao modo de ser da relação processual no segundo grau.

