

ETHOS JUS

ISSN 1808-8422



REVISTA ACADÊMICA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE EDUVALE DE AVARÉ - Vol 4 - Nº 1 - 2010

**FACULDADE EDUVALE DE AVARÉ
CURSO DE DIREITO**

ETHOS JUS

Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas

Volume 4 - Número 1 - 2010

ETHOS JUS - Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas

Presidente da Associação Educacional do Vale da Jurumirim

Cláudio Mansur Salomão

Diretor Acadêmico da Faculdade Eduvale de Avaré

Evandro Márcio de Oliveira

Coordenador do Curso de Direito

Lourenço Munhoz Filho

Coordenação Editorial

Celso Jefferson Messias Paganelli

Normalização

Josana Souza Carlos

Conselho Editorial

Alexandre Gazetta Simões

Celso Jefferson Messias Paganelli

Érica Marcelina Cruz

Giovani José Carreira Capecci

José Antônio Gomes Ignácio Júnior

Lourenço Munhoz Filho

Marco Antonio de Oliveira

Maria Júlia Pimentel Tamassia

Paulo Roberto Gomes Ignácio

Sérgio Saliba Murad

Vagner Bertoli

Dados internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Ficha Catalográfica: Josana Souza Carlos CRB 8-7495

E847 Ethos Jus: revista acadêmica de Ciências Jurídicas/ publicada e editada pelo curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré - v.4, n.1, - Avaré: Faculdade Eduvale de Avaré, 2010. 181p.; 23cm

Anual

ISSN 1808-8422

1. Direito - Periódicos. I. Faculdade Eduvale de Avaré

CDD - 340.05

EDITORIAL

É com grande satisfação que é apresentado o quarto volume da Revista Ethos Jus, enfatizando a importância da pesquisa científica e a conseqüente publicação destas dentro do ambiente acadêmico desenvolvido pelo curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

O empenho do Conselho Editorial em trazer aos leitores textos instigantes revela-se na temática dos artigos apresentados pelos alunos e professores da Eduvale, bem como nos textos dos colaboradores externos.

O espírito acadêmico não pode ficar restrito apenas às salas de aulas e possíveis argumentações ocasionais que tais proporcionam. A pesquisa científica alcança todo o seu potencial com a publicação de artigos que demonstram o aprofundamento necessário de temas complexos por parte de seus autores, o que sem dúvida proporcionará os mecanismos necessários para a provocação de debates também por parte dos alunos.

A Faculdade Eduvale preza pelo avanço científico, por isso mesmo é fortemente apoiadora da pesquisa científica, não só com seus professores, mas também e principalmente com os alunos que compõem o curso de Direito, afinal, são deles que espera-se venham os avanços necessários para que o Direito tenha o amoldamento necessário aos anseios da sociedade.

Espero que esta edição possa acrescentar conhecimento e instigar o leitor ao debate de assuntos que sempre estão fervilhando dentro do mundo jurídico.

Celso Jefferson Messias Paganelli
Coordenador Editorial

SUMÁRIO

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA.....	13
João Guilherme de Oliveira	
A TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	23
Jamil Ros Sabbag e João Guilherme de Oliveira	
A SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL POR SONEGAÇÃO FISCAL, EM RAZÃO DO PARCELAMENTO DOS DÉBITOS TRIBUTARIOS NÃO FEDERAIS.....	33
Alexandre Gazetta Simões e José Antonio Gomes Ignácio Junior	
O DIREITO E A IMPORTÂNCIA DE SE PRESERVAR A ÁGUA NA ATUALIDADE.....	45
Alexandre Gazetta Simões, Danila Tonini, Maria Julia Tamassia e Robson Cornélio Gomes	
ABORDAGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	55
Alexandre Gazetta Simões e Cássia Mariane Santos	
O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ADOTADO NO BRASIL.....	69
Alexandre Gazetta Simões e Maria Claudia Gomes Parischi	
CARACTERÍSTICAS DA FOTOGRAFIA DIGITAL PARA SER USADA COMO PROVA EM PROCESSOS.....	81
Celso Jefferson Messias Paganelli	
DIREITO FUNDAMENTAL E SUA NORMATIZAÇÃO – NECESSIDADE DO VALOR JUSTIÇA ATRAVÉS DA DEMOCRACIA COMO UM DOS FINS DO ESTADO.....	105
José Antonio Gomes Ignácio Junior e Celso Jefferson Messias Paganelli	
A PLURISSIGNIFICAÇÃO DA PROVA NA CONFORMAÇÃO DE SUA RAZÃO DE EXISTIR.....	123
Alexandre Gazetta Simões e Celso Jefferson Messias Paganelli	
ATIVISMOJUDICIAL.....	131
Wilson Canci Júnior	
PONDERAÇÕES SOBRE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SEARA CONSUMERISTA.....	149
Alexandre Gazetta Simões	
PODERES DO RELATOR FACE AO RECURSO INOMINADO.....	171
Marcus Rogério Tonoli	

RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA RESCISSION LAWSUIT

João Guilherme de Oliveira¹

RESUMO

No presente trabalho objetivou-se lançar um olhar sobre o tema da relativização da res judicata, sendo que, após alguns apontamentos sobre os conceitos e as linhas gerais das formas de relativização admitidas pela legislação processual, passou-se à discussão e crítica às teorias da relativização criadas à margem do direito positivo. Como conclusão, sustentou-se que qualquer medida que intente romper o invólucro protetor da coisa julgada só poderá ser admitida se não provocar a famigerada eternização dos litígios.

Palavras-chave: Coisa julgada, Relativização, Ação Rescisória, Querela Nullitatis Insanabilis.

ABSTRACT

In the present article aimed discusses the relativization of res judicata bringing some notes on the concepts and methods permitted by the procedural law, it moved to discussion and critique of theories of relativization lawsuit created out of legislation. In conclusion, it was argued that the relativization of res judicata may only be permitted if it does not lead to perpetuation of the lawsuit and not interfere with the completion.

Key words: To Rejudge, Rescission Lawsuit, Querela Nullitatis Insanabilis.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho, após breve apresentação dos conceitos de coisa julgada, ação rescisória e da querela nullitatis se propõe a analisar de forma crítica a questão da relativização da coisa julgada além dos limites postos pelo direito positivo.

Acompanhando os ensinamentos de parte da doutrina, acredita-se que o melhor caminho para a revisão da coisa julgada não seja a sua desconsideração por simples inexistência, tampouco a “identificação” de outros meios eficientes para a relativização que deixem de lado valores como a segurança jurídica.

Portando, pretende-se lançar uma opinião que, na medida do possível, foi despida da paixão que envolve o tema.

¹ Pós Graduado em Direito Processual Civil. Professor de Direito Empresarial para os cursos de Direito e Administração Advogado e Consultor de Empresas.

DA COISA JULGADA

O direito positivo brasileiro alberga uma definição legal de coisa julgada, sendo que o artigo 467 do Código de Processo Civil, assim dispõe: “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”

A coisa julgada, em verdade, materializa uma exigência do Estado de Direito, qual seja a da imutabilidade que deve revestir as decisões judiciais para assim garantir a certeza e a segurança jurídica buscada pela resolução judicial dos conflitos de interesse.

No entanto, como se verifica na doutrina, é inegável que os ensinamentos de Liebman preponderaram no texto legal. A coisa julgada deixou de ser um efeito para ser uma qualidade.

Esclarece Liebman², com singular sabedoria:

“Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir com precisão, como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato”

O mestre preconiza a coisa julgada não como efeito da sentença, mas qualidade, e define a autoridade da coisa julgada como sendo a imutabilidade do comando produzido pela sentença, demonstrando ainda em seus trabalhos a insuficiência das teorias até então conhecidas. O mesmo autor afirma possuir a coisa julgada substancial a mesma imutabilidade com relação aos conteúdos e principalmente a seus efeitos, por evidente, para fora do processo, vinculando o órgão jurisdicional a futuras demandas.

Dentre outras teses de conceituação da coisa julgada, merecem destaque as defendidas por Barbosa Moreira e Ovídio Baptista da Silva.

O Professor Barbosa Moreira³ afirma:

“Tem razão, pois, Liebman em fixar-se no ângulo da imutabilidade, para dele, e só dele, visualizar a coisa julgada. Menos feliz parece, entretanto a escolha da direção em que se projetou o feixe luminoso. (...) Imutabilidade, pois: mas não ‘da sentença e seus efeitos’ como pretende Liebman, senão apenas da ‘própria sentença’. E completa: Por sentença imutável há de entender-se aqui a sentença cujo conteúdo não comporta modificação”

2 LIEBMAN, Enrico Túllio. Eficácia e Autoridade da Sentença. Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 54..

3 Moreira, José Carlos Barbosa. Ainda e Sempre a Coisa Julgada, in: _____ Direito Processual Civil, Borsó, Rio de Janeiro, 1971.

Evidencia-se dessa forma a opinião do ilustre mestre no sentido de que a imutabilidade não é da sentença e seus efeitos, mas apenas do conteúdo daquela, devendo vincular-se a todo o conteúdo da sentença, arrematando sua crítica a tese de Liebman dizendo faltar ao grande mestre italiano a perspicácia de separar a problemática relativa à eficácia da sentença da teoria da coisa julgada⁴.

Por seu turno, o Professor Ovídio, ao analisar a teoria de Liebman, faz algumas considerações interessantes que conduzem a uma conclusão sobre o conceito de coisa julgada. O renomado mestre indica o estudo do conteúdo e dos efeitos separadamente, haja vista possuírem significados diversos, e, se assim não for feito, poderá ficar prejudicada a compreensão do assunto.

A partir dessa premissa, ele concorda com Liebman quando diz ser a coisa julgada não um efeito, e sim uma qualidade. Mas discorda com relação à aplicação a todos os efeitos da sentença, pois entende haver vinculação apenas dos efeitos declaratórios, conceituando a coisa julgada como sendo a qualidade que se adiciona, em certas circunstâncias, ao efeito declaratório da sentença tornando-o indiscutível.

A nosso ver, longe de arranhar o altíssimo nível intelectual em que hoje está assentada a discussão sobre esse tema - que envolve tantos outros nomes de expressão na doutrina processualista - a conceituação da coisa julgada deve ser fixada como sendo uma qualidade que se agrega, e por isso não está no conteúdo da sentença, vem de fora, a fim de blindá-la contra novas decisões relacionadas como o mesmo pedido, partes e com base na mesma causa de pedir.

Quanto à coisa julgada, ainda é importante destacar a distinção existente entre a chamada coisa julgada formal e a coisa julgada material.

A coisa julgada formal, nada mais é do que o reflexo do instituto da preclusão dos atos processuais, essencial para o caminhar de um processo, sendo que ela se opera pelo trânsito em julgado produzindo a eficácia preclusiva, não estando potencialmente apta a irradiar seus efeitos de forma panprocessual; estes ficam restritos aos processo atuando endoprocessualmente.

Já a coisa julgada material diz respeito à decisão sobre o mérito do processo e projeta seus efeitos para fora do processo em que foi prolatada a sentença.

Para arrematar essa distinção, mister trazer ao bojo os irretocáveis dizeres de José Frederico Marques⁵, a saber:

“Se a coisa julgada formal é a impossibilidade de impugnar a sentença e, por isso mesmo, de infirmá-la em sua existência formal de ato do processo, porque traduz a imutabilidade da sentença como ato processual, - a coisa julgada material significa a imutabilidade do comando emergente da decisão nesse ato contida. Na coisa

4 Moreira, José Carlos Barbosa. Coisa Julgada e Declaração, in: Temas de Processo Civil, Saraiva, São Paulo, 1977.

5 MARQUES, José Frederico, Instituições de Direito Processual Civil, Tomo IV, 2000, Ed. Millennium, Campinas/SP, pág. 356.

julgada material, concentra-se a autoridade da coisa julgada, ou seja, o mais alto grau de imutabilidade a reforçar a eficácia da sentença que decidiu sobre o mérito(...).”

Feitos esses apontamentos, passa-se a análise das hipóteses em que a revisão da coisa julgada é permitida.

DA AÇÃO RESCISÓRIA

O legislador previu alguns casos em que a autoridade da coisa julgada material pode ser afastada, rescindindo a sentença de mérito. Isso acontece em uma ação autônoma denominada ação rescisória, que é o meio mais tradicional de revisão da coisa julgada.

Não se trata de modalidade recursal, posto que a ação rescisória é um instrumento autônomo de impugnação de sentença a ser aplicada depois do seu trânsito em julgado. Já os recursos, são um meio de impugnar a sentença que ainda não transitou em julgado.

Nesse mesmo sentido são as palavras do professor Humberto Theodoro Júnior⁶, cujos comentários em relação à coisa julgada, recurso e ação rescisória vêm a seguir:

“O recurso visa a evitar ou minimizar o risco de injustiça do julgamento único. Esgotada a possibilidade de impugnação recursal, a coisa julgada entra em cena para garantir a estabilidade das relações jurídicas, muito embora corra o risco de acobertar alguma injustiça latente no julgamento. Surge, por último, a ação rescisória que colima reparar a injustiça da sentença transitada em julgado, quando o seu grau de imperfeição é de tal grandeza que supere a necessidade de segurança tutelada pela res judicata.”

Desta forma, vê-se evidente a função de rescindir a sentença que possui algum vício, alguma mácula que de tão lesiva exige a quebra da imutabilidade que reveste a coisa julgada para então produzir um ato jurisdicional na forma esperada pela sociedade e pelo Direito.

No entanto, o Código Processual Civil elenca as hipóteses em que poderá ser revista a coisa julgada por meio da Ação Rescisória:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

- I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
- II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;
- III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto, Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002, pág 592.

vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV - ofender a coisa julgada;
V - violar literal disposição de lei;
VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;
VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;
IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

De todo esse rol - que representa uma tentativa do legislador no sentido de que a sentença rescindida seja uma exceção – as hipóteses mais intrigantes e tormentosas referem-se à violação à literal disposição de lei.

Sobre esse ponto, é importante deixar claro que não é qualquer ofensa que pode servir de motivo para rescindir a sentença. Essa ofensa deve surgir de uma nulidade absoluta, sendo que tal nulidade precisa ser de tamanha grandeza que macule, de forma irremediável, o processo.

Essa nulidade ainda precisar ter por consequência um prejuízo à parte, sendo que apenas esse tipo de nulidade é que pode servir de justificativa para a interposição da ação rescisória.

Em verdade, embora a ação rescisória mereça uma revisão, principalmente quanto ao exíguo prazo decadencial para sua interposição –dois anos contados a partir do trânsito em julgado da sentença-, é um instrumento seguro que, se bem regulamentado, será suficiente para eliminar as questões que ofendam as bases do Estado de Direito.

DA QUERELA NULLITATIS INSANABILIS

Surge nos dias atuais a querela nulittatis insanabilis como mais uma ferramenta para desconstituir a imutabilidade da coisa julgada, sendo que a mais abalizada doutrina tem recorrido a este expediente.

Referida modalidade tem origem romana sendo que sua utilização era “restrita às sentenças injustas e não às nulidades do processo”. A modalidade insanabilis “não era um recurso, nem ação, era uma imploratio officit iudicis” sem prazo para utilização⁷.

Um resquício dessa modalidade é a nossa ação declaratória de nulidade. Trata-se, em verdade, de ação declaratória autônoma de inexistência jurídica, pela qual se fará declarar o cunho negativo da sentença.

⁷ Cf. SANTOS, Cláudio S. A. dos. Breve histórico da revitalização da coisa julgada no Brasil, in NASCIMENTO, Carlos Valter e DELGADO, José Augusto, coords. Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª Ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008, pág. 37.

Os professores Medina e Theresa Wambier representam os maiores entusiastas da utilização deste instrumento para relativizar a coisa julgada, atrelando o uso da querela à declaração das sentenças inexistentes⁸, afirmando inclusive que:

“a declaração de inexistência na verdade não precisa necessariamente ocorrer, por meio de uma ação, como, de ordinário, acontece com as lides que são objeto de ações declaratórias. Na verdade, a inexistência, no processo, e especificamente a inexistência das sentenças, pode ser alegada a qualquer tempo, ou meio (ou no bojo) de qualquer ação”⁹

De todas as facetas dadas a este instrumento, a que merece uma maior vigia é a que se refere ao fato de não obedecer qualquer prazo, posto que, como será ratificado adiante, o direito necessita limitações.

Por fim, vê-se a utilização da querela inclusive para situações em que transcorreu o prazo para a ação rescisória, o que não pode ser admitido.

CRÍTICA À RELATIVIZAÇÃO

Como delineado acima, a coisa julgada material é o dizer o direito, ou melhor, diz respeito ao poder dever do Estado de dizer o direito no caso concreto, solucionando uma lide com definitividade.

A coisa julgada, ligada a um marco temporal definido, é instrumento que pode ser representado por uma balança, em que de um lado encontra-se a segurança jurídica e de outro a justiça, sendo que esta última está relacionada à busca pela sentença perfeita, isenta de qualquer mácula ou vício.

Porém, a questão não é tão exata, pois conforme os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhat¹⁰, o instituto da coisa julgada material representa critério de justiça para o processo civil, pois:

“Eternizar-se a solução do conflito na busca de uma verdade que, em sua essência, jamais será possível dizer estar atingida, constitui certamente algo inaceitável, mormente em se considerando o perfil das relações sociais e econômicas da sociedade moderna. É, por isso, realmente indispensável colocar, em determinado momento, um fim ao litígio submetido à apreciação jurisdicional, recrudescendo a decisão judicial adotada. A esse momento corresponde a coisa julgada.”

8 São definidas como sentenças inexistentes as que foram produzidas à margem de qualquer das condições de validade ou eficácia da ação, sendo que parte da doutrina as adjetiva como sendo um “nada jurídico” e portanto não revestidas da autoridade da coisa julgada.

9 WAMBIER, Teresa de Arruda Alvim e MEDINA, José Miguel Garcia. Meios de impugnação das decisões transitadas em julgado in NASCIMENTO, Carlos Váler e DELGADO, José Augusto, coords. Coisa Julgada Inconstitucional, 2ª Ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008, pág. 328.

10 MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz: Curso de Processo Civil, Vol. 2, Processo de Conhecimento, 7ª Ed., RT, São Paulo, 2008, pág. 646 e 696.

E continuam mais a frente:

“As teses da ‘relativização’ não fornecem qualquer resposta para o problema da correção da decisão que substituiria a decisão qualificada pela coisa julgada. Admitir que o Estado Juiz errou no julgamento que se cristalizou implica em aceitar que ele pode errar novamente, quando a idéia de ‘relativizar’ a coisa julgada não traria qualquer benefício ou situação de justiça”

Nota-se que, ao se ampliar exageradamente as possibilidades de relativização da coisa julgada, acaba-se mesmo por aniquilar esse importantíssimo instituto.

Por certo, não se pode, a pretexto de alcançar uma justiça perfeita, criar injustiças ou pior, instabilidade social decorrentes da falta de segurança jurídica, de celeridade e efetividade dos processos.

Assim, a revisão das decisões judiciais definitivas deve se dar nos limites do direito positivo, com a utilização da ação rescisória, sendo que a esse respeito merecem muita atenção os ensinamento do mestre Ovídio Baptista¹¹:

“As considerações precedentes, cujo objetivo centra-se no interesse em ampliar o debate, autorizam-me a extrair duas conclusões: a) é indispensável revisar o sistema de proteção à estabilidade dos julgados, como uma contingência determinada pela crise pragmática. O fim da ‘primeira modernidade’ determinará uma severa redução da indiscutibilidade da matéria coberta pela coisa julgada; b) será necessário, porém, conceber instrumentos capazes de atender a essa nova aspiração jurídica. Esses instrumentos devem ficar limitados àqueles propostos por Dinamarco, a partir da lição de Pontes de Miranda, quais sejam, (a) a ação rescisória; (b) uma sistematização adequada da querela nullitatis Nunca, porém, (c) para permitir o afastamento da coisa julgada suscitado sob a forma de uma questão incidente, no corpo de outra ação, seja formulado pelo autor, como uma questão prejudicial; seja como uma objeção levantada em contestação pelo demandado; nunca igualmente (d), tornando a coisa julgada “relativa” a partir de pressupostos valorativos, como “injustiça” da sentença, sentença “abusiva”, “moralidade” administrativa, ou outras proposições análogas, mesmo porque - no que respeita à moralidade - nem só na administração pública ocorrem imoralidades. Como poderíamos justificar que a coisa julgada não valha quando a sentença consagre uma imoralidade administrativa, mas tenha, ao contrário, pleno vigor quando a imoralidade seja cometida contra os particulares? Eliminaríamos a coisa julgada quando a imoralidade fosse cometida contra a administração pública, mas a conservariamos válida quando praticada contra sujeitos de direito privado. A hipótese sub c seria, de lege ferenda, admissível. Teríamos, porém, criado uma espécie

¹¹ SILVA, Ovídio A. Baptista: Coisa Julgada Relativa? In Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico, Editora JusPodivs, Salvador/BA, 2004.

de demanda rescindente atípica, genérica, ou “inominada”. A coisa julgada poderia, sempre, ser questionada por meio de uma “questão prejudicial”, assim como poderíamos, ignorá-la tendo-a como nula e, conseqüentemente, ineficaz, na ação em que postulássemos a reapreciação da mesma lide.

Assim, com todo respeito devido à parte da doutrina que entende de forma diversa, entende-se por mais apropriado o entendimento de que o instituto da coisa julgada não pode ser instrumento de perpetuação de injustiças, e, desta forma, a relativização da coisa julgada deve ser operada apenas nos limites previstos pelo próprio direito positivo.

Em sendo assim, estamos no cenário perfeito para nos debruçarmos sobre as hipóteses em que a relativização possa ser admitida, sendo que o Projeto do Novo Código de Processo Civil, recentemente apresentado, pode abarcar referidas hipóteses e assim, se não extinguir os riscos à segurança jurídica, possa ao menos minimizá-los.

CONCLUSÃO

Embora sejam admiráveis os esforços para expurgar do mundo jurídico decisões tidas por injustas ou inexistentes, a verdade é que o Direito, por essência, é o poder-dever do Estado de tutelar as relações entre os indivíduos, e, por vezes, o apego à forma ou à evolução do procedimento deve ser freado por valores que não podem ser dissociados do Estado de Direito, qual seja o de que o tutelado tenha o que veio buscar quando bateu às portas do judiciário, a decisão para sua lide.

Temos que a ação rescisória e alguns outros instrumentos, se bem regulamentados, podem agir positivamente na balança justiça versus segurança, mas sem jamais perder de vista a importância da imposição de um termo final ao conflito de interesses.

REFERÊNCIAS

LIEBMAN, Enrico Túllio. **Eficácia e Autoridade da Sentença**. Forense, Rio de Janeiro, 1984.

MARINONI, Luiz Guilherme e ARENHART, Sérgio Cruz: **Curso de Processo Civil**, Vol. 2, Processo de Conhecimento, 7ª Ed., RT, São Paulo, 2008.

MARQUES, José Frederico, **Instituições de Direito Processual Civil**, Tomo IV, Ed. Millennium, Campinas/SP. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e Sempre a Coisa Julgada, in: Direito Processual Civil**, Borsóí, Rio de Janeiro, 1971.

_____, José Carlos Barbosa. **Coisa Julgada e Declaração, in: Temas de Processo Civil**, Saraiva, São Paulo, 1977.

NASCIMENTO, Carlos Valter e DELGADO, José Augusto, coords. **Coisa Julgada Inconstitucional**, 2ª Ed., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2008.

SILVA, Ovídio A. Baptista: **Coisa Julgada Relativa? In Relativização da Coisa Julgada: Enfoque Crítico**, Editora JusPodivs, Salvador/BA, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2002.

A TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Jamil Ros Sabbag¹

João Guilherme de Oliveira²

RESUMO

O tema central do presente artigo é a efetividade processual, especialmente no tocante às reformas pelas quais passou o Direito Processual Civil Brasileiro, principalmente com o advento da Lei n. 8.952 de 1994, a qual instituiu a possibilidade de concessão pelo juiz, na sentença, da tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer, tornando o processo efetivo instrumento de acesso à justiça, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Efetividade Processual. Tutela Específica.

ABSTRACT

The central theme of this article is the procedural effectiveness, especially as regards reforms through which passed the Brazilian Civil procedural law, particularly with the advent of law 8,952 of 1994, which established the possibility of granting by the judge in sentencing, specific protection obligations do and not do, making the process effective instrument of access to justice under the Federal Constitution of 1988.

Keywords: access to justice. Procedural Effectiveness. Specific Protection.

INTRODUÇÃO

Trata-se o presente artigo de uma análise sobre a efetividade processual no Brasil, onde se apontam paradigmas de mudanças que seguem nesta direção há mais de uma década.

Será demonstrado que a Lei nº 8.952/94 foi a primeira, ou ao menos a principal, a trazer substancial modificação no sistema processual no tocante aos resultados esperados do processo, sendo também o primeiro passo para o processo sincrético.

O objetivo não é esgotar o tema tutela específica, tampouco aprofundar-se no estudo do princípio do Acesso à Justiça, mas apenas demonstrar a afinidade

¹ Advogado, Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil.

² Advogado e Consultor de Empresas, Pós-graduado em Direito Processual Civil, Professor de Direito Empresarial para os cursos de Direito e Administração.

entre os dois institutos e rumo no qual trilha o direito processual civil brasileiro.

A BUSCA DA EFETIVIDADE PROCESSUAL

Costumam ser citadas na doutrina três fases de desenvolvimento do direito processual: a) fase civilista; b) fase autonomista; c) fase instrumentalista.

Pois bem. Após o direito processual firmar a sua autonomia científica em relação ao direito material, superando o período civilista, percebeu-se a necessidade de uma reaproximação com aquele, uma vez que o processo não pode ser considerado um fim em si mesmo, ingressando finalmente no período instrumentalista.

Com a reestruturação do Código de Processo Civil, restou claro que hoje interessa muito mais a efetiva realização do direito material do que a sua simples declaração pela sentença de mérito, decorrendo daí a necessidade de compreender o direito de ação como fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, e não mais como mero direito ao processo e ao julgamento de mérito (MARINONI, 2008, p. 97).

Com efeito, não existe processo que não envolva questão de direito material. Há uma relação de mutualidade envolvendo o direito processual e o direito material, pois aquele faz valer esse, ao passo em que este dá sentido àquele.

Nesta última fase, na qual nos encontramos (embora a doutrina já mencione uma 4ª fase, a do neoprocessualismo, responsável por revisar os institutos processuais a partir de novas premissas teóricas), já com a plena consciência do caráter instrumental do processo, o objetivo maior passou a ser a busca da efetividade processual, com vistas a concretizar a garantia do Acesso à Justiça, materializada nos incisos XXIV e XXXV do art. 5º da Constituição Federal.

Entende-se por Acesso à Justiça muito mais do que o mero acesso ao processo, devendo ser compreendido como o requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 12).

Trata-se, portanto, de acesso à ordem jurídica justa. Vale dizer: traduz a garantia da plena satisfação do direito material em discussão na relação jurídica processual.

Isso porque a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

As expressões constitucionais “lesão” e “ameaça a direito” garantem o livre acesso ao Judiciário para postular tanto a tutela jurisdicional preventiva como a repressiva.

Existem diversas barreiras ao acesso à ordem jurídica justa, sobretudo a econômica e a burocrática, de modo que para que o processo seja considerado instrumento de acesso à justiça, 03 ondas renovatórias se fazem necessárias: 1ª) justiça aos pobres; 2ª) Instrumentos para a defesa em juízo dos direitos coletivos; 3ª) efetividade processual.

A efetividade processual mostra-se como a última onda renovatória necessária para a garantia do Acesso à Justiça, em busca daquilo que se denomina Processo Civil de Resultados.

O processo, além de efetivo, deve ser adequado à solução do direito material discutido na relação processual. Vale dizer: a lei processual deve ser produzida de forma adequada às soluções de conflitos para as quais foi criada, lembrando que o direito material disputado pode variar de natureza.

A TUTELA ESPECÍFICA DAS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER

Com base nessa ideia, o direito processual civil brasileiro passou por uma série de reformas, em um movimento em busca da efetividade processual que teve início com a Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994, a qual modificou diversos dispositivos do Código de Processo Civil, sobretudo o artigo 461.

Após a Lei nº 8.952/1994, diversas outras sobrevieram com a mesma finalidade de conferir efetividade ao processo e às decisões judiciais. Contudo, esta é a mais emblemática de todas, pois trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a denominada tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer.

Na verdade, o art. 461 do CPC foi inspirado no art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, o qual traz disposição idêntica, porém outrora aplicável apenas nas demandas envolvendo relações de consumo.

A Lei nº 8.952/1994 fez com que a antiga redação do caput do artigo 461 do CPC migrasse para o atual parágrafo único do artigo 460, inserindo, no lugar, a sua atual redação. Acrescentou os §§ 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, este último alterado pela Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, a qual também inseriu o § 6º, ficando a redação final do dispositivo estabelecida da seguinte forma:

“Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1o A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2o A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3o Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz

conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4o O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5o Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.

§ 6o O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”

Note-se, com isso, que o sincretismo processual existe no ordenamento jurídico brasileiro há tempos, ainda que à época restrito, como regra, às obrigações de fazer e não fazer.

Com o advento da Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002, entretanto, o instituto da tutela específica foi estendido às obrigações de entrega de coisa (art. 461-A) e, com a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, para as de pagar quantia certa (art. 475-I), fechando-se o ciclo.

Todas as sentenças de prestação, portanto, podem ser efetivadas no mesmo processo em que proferidas, sine intervalo. Todas podem ser designadas, pois, de condenatórias (DIDIER JR, 2012, p. 361)

Antes da modificação do artigo 461 do Código de Processo Civil, no caso de descumprimento de uma obrigação de fazer e não fazer, o credor não tinha outra alternativa senão a propositura de uma ação de conhecimento de preceito cominatório, nos termos do artigo 287 do mesmo código, visando a condenação do devedor no cumprimento da obrigação de fazer e não fazer inadimplida, mediante imposição de multa, que somente poderia ser imposta na sentença, após o término do processo de conhecimento.

Não bastasse, ainda era necessário executar a sentença, na forma dos artigos 632 a 645 do Código de Processo Civil, o que, em virtude da demora, poderia tornar o processo desprovido de efetividade e a obrigação imprestável.

Por fim, restava ao credor a possibilidade única de se conformar com a conversão da obrigação em indenização por perdas e danos, devendo, ainda promover a execução por quantia certa.

Portanto, se antes a execução ex intervalo era a regra, agora a regra é a execução sine intervalo, Muda-se a técnica de execução, mas permanece sempre a mesma realidade: somente sentenças de prestação dão ensejo a atividade executiva (DIDIER JR, 2012, p. 361).

A tutela específica pode ser conceituada como “o contrário de tutela pelo equivalente ao valor do dano ou o valor da prestação inadimplida” (MARINONI, 2008, p. 425).

No caso das obrigações de fazer e não-fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Sem olvidar da eficácia do instituto, critica-se a redação do art. 461, caput, do Código de Processo Civil, pois é evidente que o juiz somente concederá a tutela específica da obrigação se acolher o pedido (MOREIRA, 2007, p. 192).

Observe-se que artigo 461 viabiliza a concessão de tutela específica aos direitos, mas também autoriza a tutela específica do direito pelo resultado prático equivalente.

Quando o código fala tutela específica ou resultado prático equivalente, pode-se dar a entender, em uma interpretação literal, que o resultado prático equivalente não se presta à tutela específica.

Porém, o poder de outorga do resultado prático equivalente ao desejado pelo autor não tem outra finalidade a não ser permitir a obtenção da tutela específica do direito material.

Permite, na verdade, o alcance da tutela específica mediante um resultado alternativo àquele que resultaria do atendimento ao pedido do autor, viabilizando a tutela da obrigação originária da forma mais adequada possível.

Assim, por exemplo, se o autor pede a cessação de atividade nociva mediante ordem de não fazer sob pena de multa, o juiz pode determinar a interdição do local. Se o autor pede a cessação do ilícito, o juiz pode determinar a instalação de filtro antipolvente.” (MARINONI, 2008, p. 427).

Não significa isso desobediência à congruência entre o pedido e a sentença, uma vez que o juiz assim age para adequar a tutela da obrigação originária. Ou seja, deve alcançar o resultado pretendido pelo Autor, ainda que para tanto se empregue meio diverso do requerido.

Entretanto, não sendo possível a obtenção da tutela específica ou de seu resultado prático equivalente, dispõe o § 1º do artigo 461 do CPC que a obrigação se converterá em perdas e danos, o que também pode ocorrer em razão da vontade do autor.

Essa possibilidade, trazida pelo § 1º, denominada de tutela pelo equivalente monetário, confere à parte o equivalente ao valor do dano não ressarcido na forma específica ou o equivalente ao valor da prestação não adimplida.

Uma vez convertida em perdas e danos a tutela específica ou o seu resultado prático equivalente, o seu cumprimento se dará nos termos do artigo 475-J e seguintes do CPC, como se houvesse uma transmutação da natureza obrigacional, ou seja, de fazer ou não fazer para de pagar quantia.

Ressalva o § 2º que a indenização por perdas e danos aludida no § 1º se dará sem prejuízo da multa prevista no artigo 287:

“Art. 287. Se o autor pedir que seja imposta ao réu a abstenção da prática de algum ato, tolerar alguma atividade, prestar ato ou entregar coisa, poderá requerer cominação de pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença ou da decisão antecipatória de tutela (arts. 461, § 4o, e 461-A).”

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça, o pedido cominatório é cabível tanto para que o demandado cumpra um fazer ou não-fazer, fungível ou infungível:

“PROCESSUAL CIVIL - COMINATÓRIA - OBRIGAÇÕES DE FAZER (FUNGÍVEIS OU INFUNGÍVEIS) - INTELIGÊNCIA DA NORMA DO ART. 287 DO CPC. I - AS OBRIGAÇÕES DE FAZER INFUNGÍVEIS TAMBÉM SÃO OBJETO DE PEDIDO COMINATÓRIO, EIS QUE IRRELEVANTE SEJA O OBJETIVO DA PRESTAÇÃO FUNGÍVEL, PORQUE TAMBÉM O E NAS OBRIGAÇÕES DE DAR, QUANTO NAS DE FAZER. A PRESTAÇÃO, NO CASO DAS DE FAZER, REVELA-SE COMO UMA ATIVIDADE PESSOAL DO DEVEDOR, OBJETIVANDO APROVEITAR O SERVIÇO CONTRATADO. II - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.” (Resp 6.314/RJ)

A multa aludida pelo § 2º é cabível ainda que o Requerente não a pleiteie, podendo ser concedida de ofício pelo juiz nos termos do § 4º, liminarmente ou na sentença, de modo razoável e proporcional à obrigação.

Do mesmo modo, é evidente que se o juiz pode conceder a multa de ofício, pode, igualmente, suspendê-la também de ofício.

A finalidade da multa é coagir o demandado ao cumprimento do fazer ou do não-fazer, sem caráter punitivo, podendo ser fixa, periódica ou progressiva, tendo como destinatário aquele a quem o cumprimento da ordem beneficia, por força do disposto no § 2º.

A multa coercitiva produz efeitos de imediato, podendo ser exigida desde o dia em que o Requerido, intimado para fazer ou deixar de fazer algo, descumpra a determinação.

Entretanto, como a multa não será devida em caso de improcedência do pedido, seu valor só poderá ser executado depois do trânsito em julgado da última decisão do processo.

O valor e a periodicidade da multa podem ser revisados pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, sempre que se demonstrar insuficiente ou excessiva, nos termos do § 6º.

Com efeito, a multa deve guardar proporcionalidade entre o valor fixado

e o bem jurídico tutelado, assim como não pode ser causa de enriquecimento indevido àquele a quem o cumprimento da ordem beneficia, bem como não pode levar à penúria aquele que descumpriu a obrigação.

A expressão “se tornou”, contida no § 6º, não deve ser entendida como se restringisse a possibilidade da modificação à superveniência de fato capaz de justificá-la, mas pode o juiz, ainda que sem fato novo, modificar o valor ou a periodicidade se se convencer que a fixação inicial não foi a mais razoável. (MOREIRA, 2007, p. 192).

Ao lado da multa, medida de caráter coercitivo, o § 5º trouxe as chamadas medidas sub-rogatórias, podendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, adotar ou determinar a adoção dos atos necessários para a obtenção da tutela específica ou do resultado prático equivalente.

Para tanto, traz um rol exemplificativo de medidas como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, inclusive com a utilização de força policial, se necessário.

Por fim, o § 3º permite a concessão liminar da tutela específica da obrigação de fazer ou não-fazer, ou mediante justificação prévia, citado o réu, sempre que o fundamento da demanda for relevante e houver receio justificado de ineficácia do provimento final.

Note-se que a antecipação da tutela nas ações que tenham por objeto uma prestação de fazer ou não fazer, possui requisitos menos rigorosos que aqueles previstos no artigo 273 do Código de Processo Civil:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se

incontroverso.

§ 7o Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Como se nota, a tutela específica pode ser adiantada desde que seja relevante o fundamento da demanda e haja justificado receio de ineficácia do provimento final, sendo suficiente a mera probabilidade, isto é, a relevância do fundamento da demanda, para a concessão da tutela antecipatória, ao passo que o artigo 273 do CPC exige, para as demais antecipações de mérito prova inequívoca, convencimento do Juiz acerca da verossimilhança da alegação e o perigo da demora ou o abuso de direito de defesa do réu (NERY JR, 1997, p. 673)

A parte final do § 3º estabelece que a medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, tal como ocorre em toda e qualquer tutela de urgência.

Em breves linhas, são essas as considerações feitas sobre a tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer, com a especial finalidade de demonstrar a contribuição desse instituto para tornar a instrumentalidade processual sinônimo de Acesso à Justiça.

CONCLUSÃO

A fase do cientificismo processual foi de fato necessária para a afirmação e a introdução do direito processual como disciplina com autonomia científica, isto é, desvinculada do direito material.

Contudo, o que não se pode conceber é a ideia de que o processo é uma finalidade em si mesma, esquecendo-se o seu caráter instrumental, como durante muitos anos parece ter sido compreendido.

A Escola Processual de Enrico Tullio Liebman no Brasil foi fundamental para a construção da ciência processual, onde seus grandes expoentes, como Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, dentre outros, contribuíram sobremaneira nesse sentido.

Isso, entretanto, já não bastava, pois a Constituição Federal de 1988 quis conferir ao processo muito mais do que o status de ramo autônomo do conhecimento jurídico, erigindo-o à categoria de instrumento adequado a se evitar lesão ou ameaça de lesão a direito.

E foi nessa passada que o legislador começou a caminhar, a nosso ver a partir da Lei nº 8.952/94, modificando paulatinamente a legislação processual com o único fim de tornar o processo efetivo.

Pode-se dizer, em conclusão, que a tutela específica deu início ao novo

processo civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Editora Sergio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre, 1988.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código Civil Comentado Artigo por Artigo**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2008

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 02. Editora Juspodium. Salvador, 2012.

NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. Editora RT. São Paulo, 1997.

A SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL POR SONEGAÇÃO FISCAL, EM RAZÃO DO PARCELAMENTO DOS DÉBITOS TRIBUTARIOS NÃO FEDERAIS

José Antonio Gomes Ignácio Junior ¹
Alexandre Gazetta Simões ²

RESUMO

Questão tormentosa em nossa doutrina e jurisprudência diz respeito à suspensão dos processos criminais por sonegação, diante da opção do contribuinte por alguma forma de parcelamento do débito, popularmente indicado como REFIS, ou Refinanciamento Fiscal, que é uma forma de suspensão do crédito tributário. Muito embora cada legislação concessiva do parcelamento disponha sobre tal vertente, a situação somente se materializa naquelas normas envolvendo a União, que detém competência legislativa constitucional sobre processo penal, restando, porém, dúvida se os parcelamentos outorgados pelos Estados e Municípios também teriam o mesmo efeito.

Palavras-chave: crédito tributário – suspensão – processo criminal.

ABSTRACT

Question stormy in our doctrine and case law concerning the suspension of criminal prosecution for tax evasion, given the option of the taxpayer by some form of installment debt, commonly indicated as REFIS or Refinancing Tax, which is a form of suspension of the tax credit. While each installment of the concessive legislation providing for such issue, the situation materializes only if those rules involving the Union, which has legislative jurisdiction over constitutional criminal procedure, leaving, however, doubt whether the installments granted by states and municipalities also have the same effect.

Keywords: tax credit - suspension - criminal prosecution.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, de rigor destacar que existem decisões no STF e no STJ firmando a

1 Advogado; Professor de graduação (EDUVALE/AVARÉ); membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus; Pós-graduado em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (IDP); Graduado em Administração (FCCA) e Direito (FKB). gomes@gomesignacio.adv.br.

2 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA). Mestrando em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

possibilidade da extinção da punibilidade nos crimes de “sonegação fiscal” com o parcelamento ou pagamento integral do débito fiscal, mesmo após o recebimento da denúncia.

Quanto aos parcelamentos, em regra as leis editadas pela União, dispõe sobre o sobrestamento dos eventuais processos criminais em andamento.

Nesse sentido, a Lei Federal nº 11.941, editada em 28 de maio de 2009 (conversão da MP 449/2008), instituiu um novo programa de parcelamento e de quitação de débitos tributários com remissão, redução de juros e anistia de multas, total ou parcialmente.

Tal programa abrangeu os débitos com a Receita Federal do Brasil, Procuradoria Nacional e Instituto Nacional do Seguro Social- INSS.

As principais características foram a possibilidade de os débitos vencidos até 30/11/2008 serem parcelados em até 180 (cento e oitenta) vezes ou sua quitação à vista, em ambos os casos com benefícios, e a remissão (perdão) de débitos de até R\$ 10.000,00 vencidos até 31/12/2007.

Citada norma trouxe, expressamente, em seu artigo 68³, a consignação que os eventuais processos criminais cuja matriz hipotética guardasse relação com os débitos parcelados, estariam suspensos com o deferimento do pedido, ressaltando que o benefício guardaria relação com os termos daquela norma, corrigindo, na verdade, uma omissão do artigo 9º da Lei 10.684/2003, que gerou grande controvérsia desde sua edição.

Nesse ponto, nada de novo, eis que a União tem plena legitimidade para editar normas sobre direito processual penal. A questão que nos propomos a debater refere-se aos parcelamentos de débitos fiscais pelos Estados, Municípios e Distrito Federal, eis que tais entes federados não podem legislar sobre questões processuais, daí surgindo o seguinte questionamento: os processos criminais, por sonegação fiscal desses entes federados, poderiam ser suspensos?

A nosso ver sim. Porém, a matéria está longe de ter uma posição pacífica em tal caminho.

Nesse sentido, buscando-se uma contextualização do problema que propomos à reflexão; relembramos que, inicialmente, o crime de sonegação fiscal fora definido na Lei n.º 4.729, de 14.07.65.

No entanto, a partir da promulgação da Lei n.º 8.137, de 27.12.90; diploma seguinte que tocou o tema em comentário, todos aqueles comportamentos

3 Art. 68. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940– Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei. Parágrafo único. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

Art. 69. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

considerados crimes de sonegação fiscal passaram a receber a denominação de crimes contra a ordem tributária. Frisando-se, destarte, que os crimes contra a ordem tributária (outroora denominados crimes de sonegação fiscais) são tipificados na Lei n.º 8.137/90.

De outra parte, o crime de apropriação indébita previdenciária fora definido, inicialmente, na Lei n.º 4.357, de 16.07.64. Posteriormente, a Lei n.º 8.212, de 24.07.91, que dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social, definira o crime de apropriação indébita previdenciária. Entretanto, a partir da promulgação da Lei n.º 9.983, de 14.07.2000, o crime fora tipificado no artigo 168-A do Código Penal Brasileiro, mantendo-se, inobstante, sua denominação original.

Atualmente, portanto, temos que o crime de sonegação fiscal, hoje denominado crime contra a ordem tributária, está definido na Lei n.º 8.137/90 e o crime de apropriação indébita previdenciária está previsto no artigo 168-A do Código Penal.

Assim, nos artigos 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27.12.90, encontramos o rol de condutas que podem constituir crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal)⁴.

Por sua vez, como já referido, o crime de apropriação indébita

4 “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;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

previdenciária, atualmente, é definido no artigo 168-A do Código Penal⁵.

Tem-se, portanto, que a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária (sonegação fiscal) era disciplinada pelo artigo 14 da Lei n.º 8.137/90, norma que estabelecia que o pagamento do débito tributário feito antes do recebimento da denúncia criminal era causa excludente da punibilidade. No entanto, tal dispositivo fora revogado pelo art. 98 da Lei n.º 8.383/91.

O art. 34 da Lei n.º 9.249/95, contudo, voltou a admitir a mencionada extinção de punibilidade.

Quanto à extinção da punibilidade do crime de apropriação indébita previdenciária, temos que o § 2º, do artigo 168-A do Código Penal⁶ determina que a extinção de punibilidade ocorre nas hipótese em que o agente declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, valores, importância ou mesmo valores, de forma espontânea, assim como, presta as informações devidas às Previdência Social.

Nesse diapasão, é importante observar que o autor de um crime contra a ordem tributária (sonegação fiscal) poderia ter extinta a sua punibilidade, desde que pagasse o débito tributário até o recebimento da denúncia.

Por sua vez, quanto ao crime de apropriação indébita, o autor do crime só teria a extinção de sua punibilidade se efetuasse o pagamento do débito fiscal até o início da ação fiscal.

Ocorre que a partir da promulgação da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003; a extinção da punibilidade, nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária, ganhou novo regramento. O dispositivo que veiculou essa inovação foi o artigo 9º⁷ do referido diploma normativo.

Assim, a referida norma, que dispôs sobre um dos REFIS editado pelo
5 “Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de:

I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público;

II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços;

III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.”

6 É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

7 “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento.

§ 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.

§ 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.”

Governo Federal, determinou a suspensão dos processos criminais em andamento, mediante a adesão ao parcelamento.

E por tal razão, diversos questionamentos surgiram, tais como, se o artigo 9º se aplicaria também a futuros parcelamentos, ou a parcelamentos já existentes. Vale frisar, aliás, que a discussão perdura até os dias atuais.

Entretanto, o que importa saber é se teríamos algum amparo jurídico, de caráter geral, que sustente o sobrestamento dos processos criminais diante do parcelamento dos débitos fiscais de outros entes federados.

DOS CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTARIA

Os crimes popularmente chamados de ‘sonegação fiscal’, atualmente, tem disciplina fixada pela lei 8.137/90, como já fora referido.

Trata-se de figura penal diferenciada pela sua própria natureza jurídica. Por envolver tributo, não há como se analisar o tipo criminal sem lançarmos um olhar mais aprofundado sobre a estrutura jurídica dessa relação obrigacional.

Assim, apesar de ter, como função principal, a geração de recursos financeiros para o Estado, o tributo também funciona no intuito de interferir no domínio econômico, a fim de promover estabilidade. Por tal razão, diz-se que o tributo tem função híbrida.

Na primeira hipótese, temos a denominada função fiscal, ao passo que, na segunda, temos a chamada função extrafiscal.

Ainda nesse passo, é importante lembrarmos que o tributo não se constitui em penalidade decorrente da prática de ato ilícito, uma vez que o fato descrito pela lei, o qual gera o direito de cobrar o tributo (hipótese de incidência), será sempre algo lícito⁸.

E nessa toada, pela própria natureza do tributo, e ante a elevada carga tributária do Brasil, verifica-se, de um modo geral, a inexistência de uma reprovação social dos crimes tributários; ou, ao menos, uma reprovação social que se verifica nos crimes ordinários.

Tal pormenor é apontado por Jefferson Aparecido Dias, o qual assevera que:

Imaginemos dois casos: no primeiro, uma pessoa desempregada e viciada em drogas abre a porta de um carro (que estava trancada) e subtrai o rádio do veículo, que pretende vender para sustentar o seu vício; no segundo caso, um grande empresário, durante anos, deixa de recolher à Previdência Social os valores das contribuições sociais que descontou de seus empregados. A partir desses dois exemplos, pergunta-se: Qual das duas condutas sofrerá maior reprovação social? Quem será considerado “criminoso”?

⁸ Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Não é difícil concluir que, para a maioria das pessoas, apenas o autor do furto do rádio será considerado um criminoso e, nessa condição, merecedor da represália estatal por meio da aplicação do direito penal.

Claro que alguns desaprovarão a conduta do empresário, mas bastará ele alegar que sua conduta foi provocada pela excessiva carga tributária brasileira e que o pagamento correto dos tributos levaria ao fechamento de sua empresa que restarão poucos a não concordarem com a sua postura.

Esses exemplos, apesar de singelos, demonstram como não existe uma reprovação social à prática dos crimes tributários e previdenciários que, para muitos, é uma reação legítima do indivíduo contra o Estado brasileiro que, nos últimos anos, tem se especializado em majorar tributos.

(...)

Assim, deixar de pagar tributos é algo aceitável e até mesmo considerado correto para grande parte da sociedade, que reconhece tal conduta como a única reação possível contra um Estado que, ano a não, aumenta a carga tributária sobre os seus cidadãos.⁹

De outra parte, há que se asseverar, por sua vez, que as figuras penais descritas pela 8.137/90 pressupõem uma ação ou omissão ilícita e dolosa do agente, que vise reduzir ou anular o pagamento de tributo¹⁰.

Diante dessas disposições normativas, poder-se-ia entender o porquê de

9 DIAS, Jefferson Aparecido. Crime de Apropriação Indébita Previdenciária. Curitiba: Juruá, 2005, pp. 20 e 21.

10 Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: (Vide Lei nº 9.964, de 10.4.2000)

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuido, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Pedro Roberto Democain advogar a tese de que: findo o prazo para o pagamento do tributo, de cuja supressão ou redução se cogita, está consumado o crime descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90.

Portanto, a partir desse posicionamento doutrinário, o momento consumativo seria o instante em que se vence o prazo para pagamento do tributo¹¹. Porém, a doutrina mais acertada acolhe, como momento consumativo, o fim do prazo para a denúncia espontânea do contribuinte, conforme determina o artigo 138 do Código Tributário Nacional¹².

Assim, o término do prazo para o pagamento do tributo tem apenas o efeito de emprestar à instauração da ação fiscal, a condição de marco definidor da consumação do crime, na medida em que afasta a espontaneidade da denúncia¹³. Desse modo, somente há consumação se se esgotaram as possibilidades de espontaneidade do contribuinte. A objetividade jurídica da norma penal é a fraude, não a mera inadimplência.

Ocorre que como o legislador penal busca apenar o embuste, a falsidade, a mentira, o desaparecimento desse tipo de situação, retira a tipicidade criminal. Assim, tais figuras penais pressupõem a forma dolosa, acompanhada de qualquer espécie de falsidade.

Aliás, oportuna a menção do parecer do ilustre Sub-Procurador Geral da Republica Eitel Santiago de Brito Pereira, onde:

a interpretação rigorosa dos preceitos da lei penal, perseguida pelo Recorrente, não concorre para melhorar as condições de vida da sociedade brasileira. O encarceramento de empresários, pela perpetração de crimes fiscais, deve ser reservado para situações excepcionalíssimas, pois pode provocar até o desaparecimento de algumas empresas, aumentando o intolerável nível de desemprego existente na atualidade. De que adiantaria mandar para as cadeias, já abarrotadas de delinquentes violentos, pessoas que, mesmo cometendo ilícitos tributários, exercem atividades comerciais lícitas e produtivas, absorvendo mão de obra em suas empresas? Tal providência não se justifica, nem atende aos reclamos de uma política criminal construtiva. Notadamente, se os responsáveis pela infração procuram se compor com o Fisco, providenciando, ainda que de forma parcelada, a quitação das exações devidas.¹⁴

Portanto, é perfeitamente defensável a tese que propugna pela excepcionalidade da aplicação da lei penal nos crimes de natureza tributária.

11 Pedro Roberto Democain, Crimes Contra a Ordem Tributaria, obra Jurídica Editora, Florianópolis, 1994, pag. 50.

12 Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.

13 Hugo de Brito Machado, Estudos de Direito Penal Tributário, Editora Atlas, 2002, pag. 237.

14 Subprocurador-Geral da República, Eitel Santiago de Brito Pereira, exarado no Resp n.º 191.294-RS.

AS HIPÓTESES DE SUSPENSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POSSIBILIDADE DE NOVAÇÃO DE DÍVIDA

Como os crimes contra a ordem tributária carregam as particularidades retro-expostas, não podemos esquecer de mencionar que o Código Tributário Nacional traz algumas situações de suspensão da exigibilidade do crédito tributário¹⁵.

Desse modo, dentro de qualquer das hipóteses indicadas pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional não há de se cogitar em exigibilidade do crédito tributário.

Nesse raciocínio, se houve o parcelamento, o contribuinte eventualmente denunciado criminalmente, de forma espontânea, fulminou com o embuste, a fraude; pois trouxe, a autoridade fazendária, todos os elementos do reconhecimento do débito. Muito embora a suspensão do crédito tributário, não implique, a priori, na extinção da punibilidade.

Entretanto, raciocínio oposto surge se entendermos a presença da novação de dívida.

Esse sempre foi o entendimento quase que pacífico no STJ:

Quando o parcelamento ocorre antes do início da persecução penal: O acordo de parcelamento do débito tributário, efetivado antes do recebimento da denúncia, enseja a extinção de punibilidade prevista na Lei 9249/95, art. 34, porquanto a expressão “promover o pagamento” deve ser interpretada como qualquer manifestação concreta no sentido de pagar o tributo devido. 2. “Habeas Corpus” conhecido; pedido deferido.¹⁶

Em outra decisão, cujo Acórdão é da lavra do Ministro GILSON DIPP, notamos o mesmo raciocínio:

Tenho entendido que a manifestação concreta no sentido de saldar a dívida – como no caso de parcelamento do débito junto ao Estado – em momento anterior ao recebimento da exordial acusatória, afasta a justa causa para a ação penal, ainda que restando eventual discussão extra-penal dos valores. Com efeito, o parcelamento do débito deve ser entendido como equivalente à promoção do

15 Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

VI - o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

16 STJ - HC n.º 9.909/PE; Rel. Ministro EDSON VIDIGAL; DJ 13/12/1999.

pagamento. Destarte, o próprio art. 14 da Lei nº 8.137/90 não fazia distinção se o promover seria integral ou parcelado, razão pela qual se tem como suficiente o ato de saldar a dívida – o que sobressai do próprio parcelamento. De outro lado, o parcelamento cria nova obrigação, extinguindo a anterior, pois, na realidade, verifica-se uma novação da dívida – o que faz a equivalência ao art. 14 da Lei nº 8.137/90, para o fim de extinguir a punibilidade do autor do crime. Desta maneira, o instituto envolve transação entre as partes credora e devedora, alterando a natureza da relação jurídica e retirando dela o conteúdo criminal para lhe atribuir caráter de ilícito civil lato sensu. Não obstante, o Estado credor dispõe de mecanismos próprios e rigorosos para satisfazer devidamente os seus créditos, pois a própria negociação realizada envolve previsões de sanção para a inadimplência. A questão de eventual inadimplência ainda poderá ser resolvida no Juízo apropriado, pois na esfera criminal só restará a declaração da extinção da punibilidade. Devido a tal conclusão, penso que se torna efetivamente irrelevante saber se foram pagas poucas ou muitas parcelas, pois o que interessa é que o acordo de parcelamento foi celebrado antes do recebimento da denúncia, possuindo efeito jurídico igual ao pagamento. Destarte, para efeitos penais, o parcelamento extingue a dívida, criando outra obrigação, razão pela qual se deve ter como efetuado o pagamento, para este fim.¹⁷

De outra parte, é necessário pontuar que existem vozes discordantes na doutrina, as quais postulam pela tese de que o parcelamento se constitui em mera causa de suspensão da exigibilidade do tributo. Nesse sentido José Paulo Baltazar Júnior:

Com a devida vênia, discordo dessa orientação, pois o parcelamento sob o nome de moratória é qualificado como mera causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, I), e não de sua extinção, operada, por exemplo, pelo pagamento (CTN, art. 156). Assim é que, descumpridas as condições do parcelamento, será esse rescindido, remanescendo o crédito tributário, que estava suspenso, com todos os seus privilégios. Daí por que não se pode falar, no caso, em novação (STF, Inq. 1028-6/RS, Moreira Alves, PI; Rosa: 251, Bello Filho: 491: 2; Lima 112-115).¹⁸

Inobstante, em se considerando o primeiro posicionamento expandido, tem-se que o STJ, à luz da redação anterior do artigo 14 da Lei 8.137/90, acolhendo o entendimento que parcelamento pode ser sinônimo de novação, porque não poderíamos estender o mesmo para aqueles casos em que o parcelamento ocorreu após a denúncia?

Ora, seria um raciocínio lógico, pois o parcelamento é um reconhecimento de débito, onde o contribuinte renuncia a qualquer direito de questionamento,

17 STJ - Recurso Ordinário em Habeas Corpus Nº 11.598 - SC (2001/0088559-7).

18 JÚNIOR, José Paulo Baltazar. Crimes Federais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 56.

situação típica da novação.

OS CASOS DE SUSPENSÃO DO PROCESSO CRIMINAL POR SONEGAÇÃO FISCAL

Nos crimes contra a ordem tributária, a legislação brasileira em regra valoriza a função arrecadatória do Estado em detrimento da função repressiva.

Assim, o pagamento do tributo ou contribuição social, ressalvando-se alguns poucos momentos históricos, sempre foi causa de extinção da punibilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Do mesmo modo, no direito comparado, encontramos varias nações que também impõe a mesma função a seus diplomas penais.

Entretanto, a questão do pagamento, como causa de extinção da punibilidade, frequentemente resvala em um ponto muito controverso quando se trata de parcelamento. Isso porque, sempre remanesce a pergunta: poderia o parcelamento ser equiparado ao pagamento?

Nesse sentido, como já referido, a assertiva somente se justificaria se pensarmos no parcelamento como novação de dívida a resposta pode ser positiva. Desse modo, outra questão vem à baila. Ou seja, o parcelamento antes de oferecida a denúncia tem o condão de extinguir o parcelamento?

Nesse sentido, o STJ em 02 de Setembro de 2002, ao analisar o HC 11.598-SC, em Acórdão da lavra do Ministro Gilson Dipp, decidiu que, nos crimes de sonegação fiscal, o parcelamento da dívida antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade. O Ministro Relator trouxe, em seu voto vencedor, vários pontos que justificavam a decisão, como v.g.:

O pagamento equivale ao parcelamento; O parcelamento cria nova obrigação e extingue a anterior; Há novação da dívida; A transação entre as partes altera a relação jurídica e retira seu conteúdo criminal; O Estado dispõe de mecanismos próprios e rigorosos para cobrar essa dívida; A negociação envolve sanções para o caso de descumprimento da obrigação; O inadimplemento das parcelas deve ser resolvido no juízo apropriado; O parcelamento extingue a dívida anterior, surgindo uma nova; O Direito penal não deve preocupar-se com atos que não sejam relevantemente anti-sociais.

Ocorre que a partir da promulgação da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003; a extinção da punibilidade nos crimes de sonegação fiscal e apropriação indébita previdenciária ganhou novo regramento.

A referida lei, em suma, prevê a suspensão da punibilidade quando do parcelamento do débito, ficando a extinção da punibilidade sujeita à quitação do débito. Dessa forma, o simples parcelamento da dívida fiscal acarretará a suspensão do processo criminal até o final pagamento. Comprovando o contribuinte que

quitou sua dívida, outrora parcelada, com o fisco, poderá requerer a extinção do feito em decorrência da quitação da dívida.

Ademais, a lei não faz qualquer menção ao recebimento da denúncia, silenciando, outrossim, quanto ao momento processual em que o pagamento integral do débito pode ser feito, com a consequência extinção da punibilidade.

Inobstante tal raciocínio, pelo magistério de Hugo de Brito Machado, é possível, como se verá, a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributaria, pelo parcelamento do débito, desde que se entenda cabível a suspensão do processo, e desde que cumpridas inteiramente pelo réu as condições dessa suspensão. A lei estabelece que nos crimes para os quais a pena mínima cominada não seja superior a um ano, estejam ou não tais crimes abrangidos pela competência dos denominados Juizados Especiais, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena. Assim, nos crimes previstos nos artigos 2º e 3º da Lei 8.137/90, desde que presentes os demais requisitos legais, é indubitoso o cabimento da suspensão do processo, porque as penas cominadas nesses dispositivos são de seis meses de detenção e um ano de reclusão, respectivamente. Leva problema, então, saber se no crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90, é também cabível a suspensão do processo, posto que a pena mínima cominada, nesse caso, é de dois anos de reclusão. Se, o crédito tributário foi constituído por iniciativa do contribuinte, vale dizer, se este fez o que seria uma denúncia espontânea e apenas não efetuou o pagamento, o pedido de parcelamento do débito constituirá forma evidente de arrependimento posterior.¹⁹

Portanto, em que pese as opiniões em contrário, nos crimes de sonegação fiscal, o parcelamento da dívida antes do oferecimento da denúncia extingue a punibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A teor dos apontamentos supra, podemos sugerir como resposta ao questionamento inicial, que nas imputações criminais da Lei 8.137/90, quanto aos tributos não federais, eis que nesses a União quando disciplina o parcelamento pode, exercendo sua competência legislativa processual penal dispor sobre a suspensão dos processos criminais, poderá haver também o sobrestamento penal face ao parcelamento do débito, desde que os delitos estejam na alçada dos Juizados Especiais Criminais (arts 2º e 3º da Lei 8.137/90), ou, em casos de tipificação pelo artigo 1º pode-se ainda acolher a tese que o artigo 9º da Lei n.º 10.684, de 30 de maio de 2003, continua a gerar efeitos, independente do parcelamento contido na norma que o

¹⁹ Opus cit., pp. 240/241.

criou, o que daria ao contribuinte o direito em sobrestar eventuais ações criminais. Por fim, na pior das hipóteses, com a adesão ao parcelamento podemos ainda acolher a tese de Luiz Flavio Gomes²⁰, segundo a qual ao aplicar-se a regra do artigo 16 do CP, que prescreve a redução da pena de um a dois terços da pena, onde teríamos por consequência a redução da pena mínima de dois anos para oito meses na imputação do artigo 1º da Lei 8.137/90, o que daria ao contribuinte o direito em sobrestar o feito pelas leis dos Juizados Especiais.

REFERÊNCIAS

DECOMAIN, Pedro Roberto, **Crimes Contra a Ordem Tributaria**, obra **Jurídica**. Editora Florianópolis, 1994.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Crime de Apropriação Indébita Previdenciária**. Curitiba: Juruá, 2005.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamental e Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GOMES, Luiz Flavio, **Suspensão Condicional do Processo Penal**, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar. **Crimes Federais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Processo Judicial Tributário**. Niterói: Editora Impetus, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito, **Estudos de Direito Penal Tributário**, Editora Atlas, 2002.

PEREIRA, Eitel Santiago de Brito, exarado no Resp n.º 191.294-RS.

²⁰ Luiz Flavio Gomes, Suspensão condicional do processo penal, Revista dos Tribunais, São Paulo. 1997, p. 215.

O DIREITO E A IMPORTÂNCIA DE SE PRESERVAR A ÁGUA NA ATUALIDADE

Alexandre Gazetta Simões¹
Danila Tonini²
Maria Julia Tamassia³
Robson Cornélio Gomes⁴

RESUMO

O presente trabalho tem por fim chamar a atenção quanto do uso e preservação da água em nossa região, comentar sobre noções de poluição, visto que algumas atitudes cotidianas são poluidoras e nem nos damos conta; além trazer algumas das legislações existentes, inclusive, em nosso Município. Ainda, pretende abordar temas; como, por exemplo, a participação da população, além de sugerir atitudes que possam contribuir para a conservação deste recurso.

Palavras-Chave: Água, Legislação sobre águas, uso racional da água, Cidadania Ambiental, Gestão participativa e Responsabilidade Ambiental.

A IMPORTÂNCIA DA ÁGUA NA ATUALIDADE

Inicialmente, pondere-se que o uso racional da água tem sido tema de diversas campanhas ambientais; sobretudo, nas cidades e nos grandes pólos urbanos, onde, em alguns casos, existem até rodízio de distribuição das águas potáveis.

Importante lembrar, ainda, que este não é um recurso infinito, que está se tornado cada vez mais escasso e que sua utilização racional depende de consciência e de educação ambiental, geralmente iniciada nos primeiros anos de vida acadêmica infantil.

Para tanto a Lei nº 9.433, de janeiro de 1997, diz:

Art. 1º A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

I - a água é um bem de domínio público;

II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;” (grifo nosso).

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

2 Aluna da graduação do curso de Direito da Faculdade Eduvale.

3 Mestre em Direito Constitucional, Garantias e Direitos Fundamentais e professora do Curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré.

4 Aluno da graduação do curso de Direito da Faculdade Eduvale.

O Professor Edis Milaré nos ensina, em seu livro “Direito do Ambiente” (MILARÉ, 2005, p.280), que apenas 2,5% da água existente no planeta é própria para consumo, e que se levarmos em conta que deste montante 80% encontram-se em geleiras, a quantidade realmente disponível fica ainda mais escassa.

Assim, o uso racional desse recurso natural tão escasso se torna urgente.

Nesse sentido, sabemos que o uso indiscriminado deste recurso é o principal causador desta escassez.

Outro grande problema é a poluição das águas e dos recursos hídricos, ou seja, nascentes, lençol freático, córregos e rios; prejudicando sua utilização.

O Professor Jose Goldenberg, Secretário do meio Ambiente do Estado de São Paulo, em 2004, publicou um material titulado “Gestão participativa das Águas”.

Esse material, além de educação ambiental, trouxe inúmeras informações importantes, sobretudo já naquele tempo, precisamente em 2003.

Lembra-nos, o professor, que as Nações Unidas alertavam para a redução da água disponível em face da contaminação. Que o consumo tornou-se pelo menos seis vezes maior diante da população mundial ter se triplicado em setenta anos, e já alertava também pela contaminação de toneladas de dejetos que são lançados diariamente nos corpos de água.

Tal nível de poluição já preocupava em 2004 e, pelo que vemos, pouco mudou nestes seis anos, no tocante à poluição das águas.

Nesse sentido, podemos definir a poluição das águas como “qualquer alteração, química ou biologia que inviabilize a utilização de tal recurso pelo homem, pelas plantas e pelos animais trazendo riscos à saúde”.

Ainda, vale recordar que a poluição pode ocorrer por agentes orgânicos (Proteínas, gorduras, hidratos de carbono, Ceras, solventes, etc.) Inorgânicos (Ácidos, álcoois, tóxicos, sais solúveis ou inertes.) e biológicos (bactérias, protozoários, vírus, helmintos, animais e plantas introduzidos a um determinado habitat natural sobre exploração).

Temos exemplos nítidos do que pode ocorrer como resultado de mau uso deste recurso. O rio Tietê, na capital paulista. Até a década de 50, do século XX, era possível nadar e pescar nele. Já na década de 80, do mesmo século, era considerado o rio mais poluído do mundo com menos de 0,01% de oxigênio, ou seja, era um rio morto à vida animal, pelo menos no trecho que corta a capital paulista. Apenas plantas que sobrevivem de consumir material orgânico com alto nível de fósforo e bactérias, muitas nocivas, sobrevivem naquele ambiente.

Em nossa região, que é riquíssima em recursos hídricos, temos que tomar medidas imediatas para evitarmos que o mesmo ocorra.

Assim, é necessário evitar que poluentes sejam lançados nas nascentes. Tratar o esgoto, de modo a que o mesmo não seja lançado nos corpos de água sem

tratamento dos resíduos industriais e orgânicos.

Ainda, é necessário controlar o uso de fertilizantes e agrotóxicos na agricultura e iniciar a educação ambiental com recursos além da sala de aula, como, por exemplo; trabalhos externos, visitas técnicas, pesquisa de campo etc. Medidas essas, que envolvem todos os níveis de aprendizado, desde o primário até cursos universitários.

Portanto, as medidas protetivas devem ter origem, tanto na iniciativa privada, como na iniciativa pública.

Nesse sentido, Paulo Affonso Leme Machado pondera que:

Salienemos as conseqüências da conceituação da água como “bem de uso comum do povo”; o uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão absoluta dos outros usuários em potencial; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou a autorização (ou qualquer tipo de outorga) do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público. (MACHADO, 2007, p. 443).

Assim, é necessário o engajamento de todos; do poder público, das indústrias, do comércio, dos órgãos fiscalizadores Municipais, Estaduais e Federais, mas, principalmente da população, do cidadão, que é responsável pela maior parte da poluição que é inserida na natureza diuturnamente, como a geração de esgoto, resíduos sólidos (lixo), desperdício de água e uso indevido de materiais contaminadores como tintas e solventes.

AS MEDIDAS PROTETIVAS DA ÁGUA NA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE AVARÉ-SP

Quanto à região de Avaré, no Estado de São Paulo, a água ocupa um lugar de proeminência, visto que é banhada pela Represa de Jurumirim, formada pela barragem de Jurumirim, com um reservatório com área de 449 Km², bem como, um volume de água quase quatro vezes maior que o da Baía de Guanabara no Rio de Janeiro⁵.

Assim, por ser uma Estância Turística, a Represa de Jurumirim exerce um papel central como pólo catalisador das políticas públicas de proteção das águas, notadamente no viés turístico.

No entanto, há que se frisar que o uso da água em nossa região, além do potencial turístico, é muito importante para a agricultura, piscicultura, geração de energia. Deriva daí a noção primordial do cuidado que devemos ter com a utilização deste recurso finito.

Por tais razões, a Estância Turística de Avaré conta com vários dispositivos

⁵ Fonte Wikipedia: http://pt.wikipedia.org/wiki/Represa_de_Jurumirim

institucionais tendentes a auxiliar a coordenar as medidas necessárias para se combater a poluição como o COMDEMA (Conselho municipal de Defesa do Meio Ambiente), a CETESB, Polícia Ambiental, além da Promotoria de Justiça voltada à defesa ambiental, entre outros.

Entretanto, o que falta é iniciarmos, urgentemente, um trabalho focado. Pois, apesar de tais instrumentos existirem, não participamos ativamente do processo de proteção da água. E nesse sentido, falta à esses órgãos, divulgação de seu trabalho, publicidade no resultado de suas ações fiscalizadoras; assim como, a necessidade conjunta de se colocar em prática as diversas resoluções e leis protetivas.

DAS LEIS PROTETIVAS DOS RECURSO HÍDRICOS NAS VÁRIAS ESFERAS FEDERATIVAS

A preservação das águas, em nosso planeta, insere-se em um contexto que reflete o direito de se viver em um ambiente apto a fornecer a qualidade de vida digna e propícia à sobrevivência humana.

Esta evolução dos direitos fundamentais do homem consagra uma necessidade latente de manutenção do equilíbrio dos ecossistemas para toda vida. Por tal motivo, a Constituição Federal, em seu Art. 225, estabeleceu que:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ainda, quanto a Constituição Federal, na temática em questão, a mesma, em seu art. 22, inciso IV, estabelece ser da competência privativa da União legislar sobre: “águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão”.

Todavia, apesar da legislação constitucional dizer que a competência legislativa sobre a questão hídrica ser da União, não se pode retirar dos Estados e dos Municípios o poder de legislar supletivamente (art.25, § 1º e art.30, I e II, ambos da Constituição Federal, respectivamente).

No que tange à legislação ordinária, podem ser citados: o Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas, revogados muitos de seus dispositivos); Código Civil brasileiro, especialmente em seu art. 99, I; Lei federal nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997, (Lei das Águas), que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de recursos Hídricos.

No que tange, especialmente, ao Código Civil; nos termos do seu art. 99, I, as águas dos mares e dos rios são bens públicos de uso comum do povo e pelo disposto no art. 103 do mesmo código a utilização pode ser gratuita ou retribuída.

Por sua vez, a Lei federal nº 9.433, de 8/01/97(Lei das Águas), trouxe novas e importantes contribuições para o aproveitamento deste recurso adequando a legislação aos conceitos de desenvolvimento sustentado. Instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos, criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e classificou a água como bem de domínio público, um recurso natural limitado e dotado de valor econômico (art.1º, I e II). Dita, ainda, as regras de uma nova forma de gerenciamento descentralizado dos recursos hídricos criando comitês para cada bacia hidrográfica (art.33), bem como incorpora na política de desenvolvimento a gestão dos recursos hídricos com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades (art.1º, VI).

Institui também a outorga de direitos de uso de recursos hídrico com o objetivo de assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água (art.11).

Outra inovação é a criação da cobrança pelo uso da água (art.19), elencando os seguintes objetivos: reconhecer a água como bem econômico, incentivar a racionalização do seu uso e obter recursos financeiros, os quais serão de aplicação prioritária na bacia hidrográfica onde foram gerados (art.22), colaborando-se, diretamente, para a melhoria ambiental da região.

Por esta lei é criado o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, com os objetivos de: coordenar a gestão integrada das águas, resolver os conflitos em relação aos recursos hídricos; implementar a Política Nacional Recursos Hídricos, planejar, regular e controlar o uso da água assim como promover a cobrança por seu uso (art. 32).

Também disciplina os Comitês de Bacia Hidrográficas (arts. 37 e 38), assim como cria as Agências de Água, que têm a função de secretárias executivas dos Comitês de Bacia Hidrográfica (art.41).

Interessante, ainda, pontuar que esta lei inclui as organizações não-governamentais (ONGs) com objetivos de defesa de interesses difusos e coletivos da sociedade como organizações civis de recursos hídricos (art.47).

Independentemente de responsabilidade por danos, institui, ainda, a Lei 9.433/97; advertência, multa administrativa e embargo como penalidades por infrações das normas de utilização dos recursos hídricos, elencadas no art.49. Portanto, esta lei traz muitas inovações modernas, destacando-se a figura do usuário-pagador, a qual está sendo objeto de regulamentação para colocá-la em prática efetivamente.

No caso do Estado de São Paulo: a Constituição do Estado de São Paulo, especialmente em seu art.205 e incisos; Lei nº 7.663, de 30.12.91, que instituiu a Política Estadual de Recursos Hídricos e o Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

A propósito, há que se ponderar que os problemas de poluição ultrapassam

as fronteiras municipais, estaduais e muitas vezes nacionais, atingindo locais distantes da fonte poluidora, o que torna inoperante a tentativa de diminuí-los sem a participação de todos os entes da federação, acrescentando aí a sociedade civil.

Esta constatação esta consagrada na Constituição do Estado de São Paulo, quando em sua Seção II - Dos Recursos Hídricos, estipulou, em seu art. 205 e incisos, que:

O Estado instituirá, por lei, sistema integrado de gerenciamento dos recursos hídricos, congregando órgãos estaduais, municipais e a sociedade civil e, ainda, que deverá ser utilizada racionalmente a água, preservando-a, entre outras coisas.

Assim, prevê o rateio dos custos (II), ficando claro, no art. 211, a possibilidade do Poder Público cobrar pelo seu uso.

Por sua vez, a Lei nº 7.663, de 30/12/91, também de São Paulo, instituiu a Política Estadual de Recursos Hídricos e o Sistema Integrado de Gerenciamento de Recursos Hídricos, reconhecendo o recurso hídrico como bem público de valor econômico; assim como, prevê a cobrança pela utilização e a forma de rateio do custo (art.3º, III; 14º e 15º).

Finalmente, a Estância Turística de Avaré possui a Lei Municipal nº 1.228, de 20 de agosto de 2009, que instituiu a política municipal de proteção aos mananciais de águas destinadas ao abastecimento público, e que, já em seu artigo 1º, fala da recuperação de tais mananciais. Assim, tem-se que:

Artigo 1º - São objetivos da presente Lei, a proteção e a recuperação da qualidade dos mananciais de interesse municipal para abastecimento público local.

Artigo 2º - Para efeito desta lei, consideram-se mananciais de interesse municipal as águas superficiais, interiores subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito, efetiva ou potencialmente utilizáveis para o abastecimento e consumo das gerações atuais e futuras.

Artigo 3º - Para ações de preservação, o município de Avaré declara como prioritária a água para o abastecimento público, em detrimento de qualquer outro interesse.

E nessa mesma seara, a Lei Orgânica do Município de Avaré, quanto aos Recursos Hídricos, dispõe que:

Art. 186. O Município participará dos sistemas integrados de gerenciamento de recursos hídricos previstos no art. 205 da Constituição Estadual, isoladamente ou em consórcio com outros Municípios da mesma bacia ou região hidrográfica, assegurando, para tanto, meios financeiros e institucionais.

Art.187. Caberá ao Município, no campo dos recursos hídricos:

I - instituir programas de racionalização do uso das águas destinadas

ao abastecimento público e industrial e à irrigação, assim como de combate às inundações e a erosão urbana e rural, e de conservação do solo e da água;

II - estabelecer medidas para proteção e conservação das águas superficiais e subterrâneas, e para sua utilização racional, especialmente daquelas destinadas ao abastecimento público;

III - celebrar convênios com o Estado, para a gestão das águas de interesse exclusivamente local;

IV - proceder ao zoneamento das áreas sujeitas a riscos de inundações, erosão e escorregamento do solo, estabelecendo restrições e proibições ao uso, parcelamento e à edificação, nas impróprias ou críticas, de forma a preservar a segurança e a saúde públicas;

V - ouvir a defesa civil a respeito da existência, em seu território, de habitações em áreas de risco, sujeitas a desmoronamentos, contaminações ou explosões, providenciando a remoção de seus ocupantes, compulsória, se for o caso;

VI - implantar sistema de alerta e defesa civil, para garantir a saúde e segurança públicas, quando de eventos hidrológicos indesejáveis;

VII - proibir o lançamento de efluentes urbanos e industriais em qualquer corpo de água, nos termos do art. 208 da Constituição Estadual, e iniciar as ações previstas no art. 43 de suas Disposições Transitórias, isoladamente ou em conjunto com o Estado ou outros Municípios da bacia ou região hidrográfica;

VIII - disciplinar os movimentos de terra e a retirada da cobertura vegetal, para prevenir a erosão do solo, o assoreamento e a poluição dos corpos da água;

IX - condicionar os atos de outorga de direitos que possam influir na qualidade ou quantidade das águas superficiais e subterrâneas, em especial a extração de areia, à aprovação prévia dos organismos estaduais de controle ambiental e de gestão de recursos hídricos, fiscalizando e controlando as atividades decorrentes;

X - exigir, quando da aprovação dos loteamentos, completa infraestrutura urbana, correta drenagem das águas pluviais, proteção do solo superficial e reserva de áreas destinadas ao escoamento de águas pluviais e às canalizações de esgotos públicos, em especial, nos fundos de vale;

XI - controlar as águas pluviais de forma a mitigar e compensar os efeitos da urbanização no escoamento das águas e na erosão do solo. Art. 188. No estabelecimento das diretrizes e normas sobre desenvolvimento urbano, e na elaboração do Plano Diretor, serão asseguradas:

I - a compatibilização do desenvolvimento urbano e das atividades econômicas e sociais com as características, potencialidades e vulnerabilidade do meio físico, em especial dos recursos hídricos, superficiais e subterrâneos;

II - a instituição de áreas de preservação das águas utilizáveis para abastecimento das populações e a implantação, conservação e recuperação das matas ciliares;

III - a proteção da quantidade e da qualidade das águas como uma

das diretrizes do Plano Diretor, do zoneamento municipal e das normas sobre uso e ocupação do solo; e
IV - a atualização e controle do Plano Diretor e de suas diretrizes de forma periódica e sistemática, de modo compatível com os planos da bacia ou região hidrográfica.

Fonte : (http://www.camaraavare.sp.gov.br/leiororganica.asp#_Toc245632382)

Desse modo, um passar de olhos na legislação pertinente já demonstra a importância que o tema suscita para o Direito e evidencia a fundamentalidade da preservação ambiental, notadamente dos recursos hídricos, para os seres humanos.

EXEMPLOS DE ALGUMAS PRÁTICAS DE PROTEÇÃO A SEREM ADOADAS

A partir deste momento, após analisarmos alguns dos dispositivos legais que dispomos, temos a certeza de que o importante é não transferirmos ao Poder Público toda a responsabilidade ambiental, mas chamarmos para nós, como cidadãos, a cobrança principal, ou seja; a fiscalização.

É urgente, portanto, a cobrança de uma atitude de cidadania ambiental. Assim, por exemplo, a presença atuante no COMDEMA, como expectadores, como conselheiros autônomos, como cidadão, sobretudo.

E nessa linha de raciocínio, falarmos que algo deve ser feito, que é preciso fiscalizar, ensinar educação ambiental, é fácil. Agora, vejamos se também conseguimos propor algumas ações que possam contribuir com as diretrizes propostas.

E, é nesse sentido que passamos a tecer algumas considerações:

1º) A elaboração de um material de campanha, por meio de um Convênio, entre a Sabesp, Cetesb e Município, para que, juntamente com a conta da água, aquele fosse enviado. Tal material publicitário instruiria a dona de casa a não jogar óleo de cozinha usado no esgoto; mas sim recolhê-lo em uma garrafa do tipo “PET” e disponibilizando-a à coleta seletiva.

O Município, ainda, instruiria os coletores quanto ao recolhimento e devido destino deste material, assim como, a possível armazenagem do óleo até o destino de reciclagem. Por seu turno, a Cetesb cuidaria de encaminhar este material para cooperativas de fabricação de bio-diesel. Finalmente, a Sabesp encaminharia o material de campanha para as residências.

2º) Outro trabalho interessante poderia ser realizado junto aos produtores de peixes na represa Jurumirim. Ocorre que eles introduzem espécies não nativas nas águas e, para piorar, alguns peixes podem receber antibióticos e medicamentos utilizados nas etapas de produção, o que pode gerar a chamada poluição inorgânica, mudando a biodiversidade local, com a introdução animais e plantas.

Nesse caso, a Cetesb e o Município atuariam em parceria com outros órgãos Estaduais e Federais, como Secretaria Estadual da Agricultura e o Ministério da Pesca; além da atuação de outros setores que venham a possuir discricionariedade para atuar neste campo da piscicultura.

3º) Ainda se tratando de água, temos o problema dos esgotos. Apesar de todos os esforços, ainda temos, em nossa região, esgotos não tratados sendo lançados nas águas que circundam nosso município. Nesse sentido, portanto, é preciso mais esforço, mais investimento em saneamento e é claro mais fiscalização.

4º) Por fim, é urgente e necessário ações junto a produtores rurais, visto que é sabido que o uso de agrotóxico é comum, e, em alguns casos, não orientado corretamente.

Portanto, tais ações seriam de orientação e fiscalização.

Destarte, por falar em fiscalização, é necessário um corpo fiscalizador atuante, focado em poluição, destinado a percorrer e analisar as águas. Investigar a origem da poluição e combatê-la com orientações, multas e, até mesmo, com o fechamento da fonte poluidora.

Nesse sentido, bem sabemos que é preciso agir agora, enquanto ainda temos algum tempo. Tempo este que se esgota como a areia em uma ampulheta. Quando menos se espera acaba-se. E, não basta olhá-lo passar, é preciso agir. Correr contra o tempo e corrigir o que está errado. Participar ativamente da parte prática e sair da teoria.

Por tal razão, Luciane Gonçalves Tessler, em seu livro “Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente”, citando Celso Antonio Pacheco Fiorillo, nos ensina que: “é necessário compreender que a titularidade a que se refere o art. 225 da Constituição, consiste na idéia de povo, conjunto de indivíduos ligados pela mesma cultura, com os mesmos hábitos, interesses e tradições”.

CONCLUSÃO

Derradeiramente, cumpre observar que chegamos a um ponto onde, ou tomamos uma posição ativa e tomamos providências para sanar o problema proposto, ou passivamente aguardemos o esgotamento de nossos recursos hídricos, por puro descaso, por mera inércia, por opção negativa.

Assim, esperamos que todos acordem amanhã dispostos e alçar uma bandeira diferente, para que nós, nossos filhos, netos e bisnetos possamos desfrutar de uma água de qualidade e sintam orgulho de nossos atos, ao verem tal bandeira tremular, perpetuamente, num gesto tão simples que é saciar a sede.

REFERÊNCIAS

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GOLDENBERG, José. **Gestão Participativa das águas**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007. 15 ed.

TESSLER, Luciane Gonçalves. **Tutelas Jurisdicionais do Meio Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Sites de consulta à legislação:

http://www.camaraavare.sp.gov.br/leiorganica.asp#_Toc245632382

<http://www.ultimaarcadenoe.com.br/leiagua.htm>

www.planalto.gov.br

http://pt.wikipedia.org/wiki/Represa_de_Jurumirim

ABORDAGEM DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL LIBERAL PELO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Alexandre Gazetta Simões¹
Cássia Mariane Santos²

RESUMO

O presente artigo trata da responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor. Assim, tece considerações a respeito do caráter subjetivo da responsabilidade dessa espécie de fornecedor, a qual destoa da regra objetiva que rege a responsabilidade civil das demais espécies de fornecedores. Considera, entretanto, a possibilidade de o profissional liberal poder ser responsabilizado objetivamente, nos casos em que a obrigação, a que estiver adstrito, tratar-se de obrigação de resultado. Utilizar-se-á, para tanto, de pesquisas bibliográficas, além de pesquisa jurisprudencial, considerando notadamente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ter-se-á, por fim, a demonstração de que a possibilidade de defesa oferecida ao profissional, mediante verificação da culpa, nos casos de obrigação de meio, e a responsabilidade objetiva derivada do vínculo estabelecido entre ele e a garantia de resultado, oferecida ao consumidor, estão de acordo com a teleologia pretendida por aquele diploma normativo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Consumidor. Fornecedor. Profissional Liberal.

ABSTRACT

This article deals with the civil responsibility of the professional person in the Code of Consumer Protection. Thus, weaves considerations about the subjective nature of the responsibility of this kind of supplier, which clashes with the objective rule that governs the civil responsibility providers the other species. Considers, however, the possibility that the professional person be liable to the point, where the obligation, to which is attached, that it is the obligation of result. Use will be for both, bibliographic searches, in addition to research case law, especially considering the jurisprudence of the Superior Court. Will have, finally, the demonstration that the defense offered the possibility of professional, upon verification of guilt in cases of obligation of means, and strict liability derived from the bond established

¹ Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

² Aluna da graduação do curso de Direito da Faculdade Eduvale.

between him and the guarantee of results offered to the consumer, are in agreement with the teleology desired by that law normative.

Keywords: Civil Responsibility. Consumer. Provider. Liberal Professionals.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXII, estabeleceu que: “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, o que quer dizer, em outras palavras, que o Governo Federal tem a obrigação de defender o consumidor, de acordo com o que estiver estabelecido nas leis.

Por seu turno, o mesmo diploma normativo voltou a mencionar a defesa do consumidor quando tratou dos princípios gerais da atividade econômica no Brasil, citando em seu artigo 170, V, que a defesa do consumidor é um dos princípios que devem ser observados no exercício de qualquer atividade econômica.

E, finalmente, o artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal determinou que o Congresso Nacional elaborasse um código de defesa do consumidor.

Por tais imperativos constitucionais, porquanto, em 11 de setembro de 1990, fora elaborado o Código de Defesa do Consumidor.

O referido diploma, em seu artigo 1º estabeleceu que:

O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias”.

Tal conformação normativa apresenta-se como um parâmetro impositivo, determinando, ao Estado, a promoção de políticas públicas que consagrem a defesa do consumidor e a promoção de seus direitos.

Tal ponderação é apresentada por Eros Roberto Grau³, o qual assevera que:

Outro dos princípios da ordem econômica – além dos atinentes à livre concorrência, que anteriormente examinei – é o da defesa do consumidor (art 170, V). Princípio constitucional impositivo (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna e objetivo particular a ser alcançado. No último sentido, assume a feição de diretriz (Dworkin) – norma-objetivo – dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas.

Nesse sentido, o Código de Defesa do Consumidor, logo a seguir, em seus

3 GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988. 10ª ed. Malheiros Editores, p. 248.

artigos subsequentes, delimitou o âmbito de sua atuação, definindo uma relação de consumo, a partir do estabelecimento de seus elementos objetivos e subjetivos. Assim, como consumidor, o Código de Defesa do Consumidor, apresentou os seguintes vértices conceituais:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

(...)

Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento

(...)

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas.

Por sua vez, quanto ao fornecedor, o Código de Defesa do Consumidor também estabeleceu uma conceituação ampla, determinando que:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços

E, finalmente, ao se referir aos elementos objetivos da relação de consumo, o Código de Defesa do Consumidor, definiu, respectivamente, produto e serviço, valendo-se da seguinte dicção:

Art. 3º. (...)

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Desse modo, por tais derivações, o Código de Defesa do Consumidor foi o grande marco na evolução da defesa do consumidor brasileiro, sendo uma lei de ordem pública e de interesse social com inúmeras inovações, inclusive de ordem processual, editado segundo os Princípios de um Estado Democrático de Direito, o que em muito inovou em comparação com o Código Civil então vigente.

DO CONCEITO DE PROFISSIONAL LIBERAL

Inicialmente há que se ponderar que fornecedor é gênero, onde se incluem os fabricantes, os produtores, os construtores, os importadores e os comerciantes, esses, como espécies daquele conceito.

Por seu turno, a figura do profissional liberal não escapou à égide do Código de Defesa do Consumidor. Desse modo, a figura da pessoa física está identificada como fornecedor.

Nesse sentido, quanto ao conceito de profissional liberal, a partir do Estatuto da Confederação Nacional das Profissões Liberais - CNPL⁴, coteja-se a seguinte conceituação:

Profissional Liberal é aquele legalmente habilitado a prestar serviços de natureza técnico-científica de cunho profissional com a liberdade de execução que lhe é assegurada pelos princípios normativos de sua profissão, independentemente do vínculo da prestação de serviço.

Nesse sentido ainda, Rizzatto Nunes⁵, ao tratar dos profissionais liberais, pondera que:

Os profissionais liberais clássicos são bem conhecidos: o advogado, o médico, o dentista, o contador, o psicólogo etc. As características do trabalho desse profissional são: autonomia profissional, com decisões tomadas por conta própria, sem subordinação; prestação de serviço feita pessoalmente, pelo menos nos seus aspectos mais relevantes e principais; feitura de suas próprias regras de atendimento profissional, o que ele repassa ao cliente, tudo dentro do permitido pelas leis e em especial da legislação de sua categoria profissional.

Dentro dessa acepção, esclarece-se que as profissões não tipicamente tidas como liberais, também poderão ser enquadradas nessa acepção, uma vez identificadas, naquele fornecedor, as características acima apresentadas.

Portanto, os profissionais liberais apresentam-se como espécie do gênero fornecedor, se sujeitando, portando, aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Como fundamento da responsabilidade civil tem-se o princípio do *neminem laedere*, o qual expressa que a ninguém é dado causar prejuízo a outrem.

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam

⁴ Reconhecida pelo Decreto n° 35.575, de 27 de maio de 1954.

⁵ NUNES, Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 359.

que⁶:

(...) responsabilidade civil deriva da agressão a um interesse eminentemente particular, sujeitando, assim, o infrator, ao pagamento de uma compensação pecuniária a vítima, caso não possa repor in natura o estado anterior de coisa.

Desse modo, afigura-se patente que a responsabilidade civil tem como razão de ser o mais elementar sentimento de justiça, na medida em que considerando o dano causado, pelo agente em relação à vítima, propugna pelo restabelecimento do statu quo ante.

Nesse sentido, Sergio Cavalieri Filho⁷ explica que:

O anseio de obrigar o agente, causador do dano, a repará-lo inspira-se no mais elementar sentimento de justiça. O dano causado pelo ato ilícito rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Há uma necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no statu quo ante. Impera nesse campo o princípio da restitutio in integrum, isto é, tanto quanto possível, repõe-se a vítima a situação anterior à lesão.

O Código Civil, quanto a tal temática, disciplina, em artigo 186, que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Na mesma seara, disciplina, o artigo 187 do mesmo diploma legal, que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé ou pelos bons costumes”.

Por sua vez, o artigo 927 do Código Civil estabelece que: “Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Ainda, o parágrafo único do referido dispositivo determina que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Assim, considerando os artigos acima mencionados, em sua vertente subjetiva, tem-se, como elementos da responsabilidade civil: a conduta humana, a qual pode ser positiva ou negativa; a culpa lato sensu, o dano ou prejuízo e, o nexo de causalidade.

6 GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. Novo Curso de Direito Civil, volume III: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, pag. 09.

7 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, p. 13.

Por sua vez, em outra vertente, a responsabilidade civil, ainda, divide-se em objetiva, quando não existe necessidade de verificação de culpa *lato sensu*.

Tal vertente se originou por conta da revolução industrial, que em suas consequências, deu ensejo ao progresso científico e a explosão demográfica, originando-se, porquanto, uma nova conformação da responsabilidade civil.

A partir desse novo paradigma, tem-se o esgotamento do modelo baseado na culpa, visto a impossibilidade de se prová-la, em situações comuns, na sociedade contemporânea, como acidentes do trabalho.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho⁸ explica que:

Logo os juristas perceberam que a teoria subjetiva não mais era suficiente atender a essa transformação social ocorrida em nosso século; constataram que, se a vítima tivesse que provar a culpa do causador do dano, em numerosíssimos casos ficaria sem indenização, ao desamparo, dando causa a outros problemas sociais, porquanto, para quem vive de seu trabalho, o acidente corporal significa a miséria, impondo-se organizar a reparação.

E nesse sentido ainda, a matriz da responsabilização no Código Civil é predominantemente subjetiva e excepcionalmente objetiva, incluindo no conceito de ato ilícito, o ato praticado com abuso de direito.

O Código de Defesa do Consumidor, por seu turno, apresenta uma matriz inversa, quanto à responsabilização civil dos fornecedores. Assim, baseia-se predominantemente na responsabilidade objetiva, e, de forma excepcional, utiliza-se da responsabilidade subjetiva.

Portanto, como se pode depreender do disposto no artigo 1º do referido código em questão, o mesmo destina-se a proteção e a defesa do consumidor, estatuinto, pois, normas de ordem pública nesse pormenor, em atendimento ao imperativo constitucional.

Assim, o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor preconiza a responsabilização objetiva no dever de reparação dos danos, causados pelo fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador aos consumidores.

Assim, tal dispositivo legal apresenta o seguinte teor:

Art. 12. 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.

⁸ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 135.

Em outra medida, no âmbito do Código de Defesa do Consumidor ainda que excepcionalmente, há menção à responsabilidade subjetiva. Nesse caso, como referido, existirá a análise de culpa *lato sensu*.

Como exemplo de tal concepção, aventa-se a responsabilização do profissional liberal, nos termos preconizados pelo art. 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, sinteticamente, tem-se que o Código de Defesa do Consumidor, em regra, se baseia na responsabilização objetiva dos fornecedores e prestadores de serviços, não deixando margem a questionamentos referentes às possibilidades de avaliação de culpa *lato sensu* dos mesmos, em caso de defeito do produto ou serviço.

Pondere-se, desse modo, que tais bases axiológicas fundantes da teleologia que direcionou a redação do Código de Defesa do Consumidor, deram-se, como já referido, especificamente em 1990, razão, por si só, bastante em si, a justificar o exame das premissas que possibilitaram, naquele momento histórico, tamanha inversão dos princípios fulcrais que regiam todo o direito privado.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves⁹ explica que na responsabilidade objetiva prescinde-se, totalmente, da prova da culpa. Ela é reconhecida, como mencionado, independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

Assim, tem-se que:

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. SISTEMA ELETRÔNICO DE MEDIAÇÃO DE NEGÓCIOS. MERCADO LIVRE. OMISSÃO INEXISTENTE. FRAUDE. FALHA DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO PRESTADOR DO SERVIÇO.

1. Tendo o acórdão recorrido analisado todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia não se configura violação ao art. 535, II do CPC.
2. O prestador de serviços responde objetivamente pela falha de segurança do serviço de intermediação de negócios e pagamentos oferecidos ao consumidor.
3. O descumprimento, pelo consumidor (pessoa física vendedora do produto), de providência não constante do contrato de adesão, mas mencionada no site, no sentido de conferir a autenticidade de mensagem supostamente gerada pelo sistema eletrônico antes do envio do produto ao comprador, não é suficiente para eximir o prestador do serviço de intermediação da responsabilidade pela segurança do serviço por ele implementado, sob pena de transferência ilegal de um ônus próprio da atividade empresarial explorada.
4. A estipulação pelo fornecedor de cláusula exoneratória ou atenuante de sua responsabilidade é vedada pelo art. 25 do Código

⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, *passim*.

de Defesa do Consumidor.

5. Recurso provido.

(REsp 1107024/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011)

Desse modo, o partir do paradigma traçado pelo Código de Defesa do consumidor, a responsabilidade civil do agente, titular do produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo, é objetiva.

OBRIGAÇÃO DE MEIO E RESULTADO

As obrigações de resultado são aquelas em que o profissional se obriga a alcançar um fim específico, podendo responder por perdas e danos se o resultado não ocorrer e se verificado, por isso, a inadimplência do contrato.

Por seu turno, a obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a prestar um serviço com atenção, cuidado e diligência, de acordo com sua qualificação e com os recursos que dispõe, sem, no entanto, garantir um resultado específico.

Desse modo, como explica Rizzatto Nunes¹⁰; de forma ordinária, a atividade dos profissionais liberais não é de fim, mas de meio; visto que tal profissional não assegura o fim de sua própria atividade. Ao revés, apesar de querer o fim proposto, não possui condições objetivas de assegurá-lo.

De outra parte, excepcionalmente, algumas atividades são de fim.

Assim, por exemplo, as atividades que pressupõem a capacitação profissional do prestador do serviço, e não se prestam a circunstâncias outras, poderão ser classificadas como atividades fim.

Tais situações, como referido, são apresentadas por Rizzatto Nunes¹¹ da seguinte forma:

Assim, por exemplo, se um dentista examina a radiográfica que acaba de tirar da arcada dentária de seu cliente e diagnostica que o dente tem de ser extraído, por problema insolúvel lá existente, e resolve extrai-lo e, depois, verifica-se por exame correto feito por outro dentista que o dente não deveria ter sido extraído, trata-se de defeito das prestações do serviço, que é tipicamente de fim e não de meio. O serviço-fim foi o exame da radiográfica e a decisão de extração do dente. É muito diferente do dentista que corretamente diagnostica pelo exame da radiografia que tem de extrair o dente – atividade-fim – e, depois, o cliente acaba tendo complicações na gengiva no local do dente extraído (atividade-meio, cujo resultado não dava para assegurar).

Portanto, de forma preliminar, conclui-se que os profissionais liberais

10 NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 353 e 354.

11 NUNES, Rizzato. Curso de Direito do Consumidor. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 354.

responderão civilmente, tanto quando desempenharem atividade-meio como atividade-fim.

RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS

De acordo com o parágrafo único do artigo 927 do Código Civil, tem-se que:

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.

Quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem haverá responsabilidade independentemente de culpa, ou seja, obedecendo a teoria do risco, o autor do dano será responsabilizado objetivamente.

É o que ocorre no Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 12 e seguintes, em razão do princípio da vulnerabilidade do consumidor, que possui presunção juris et de jure, ou seja, o mesmo que presunção absoluta.

Apesar disso, o artigo 14, §4º do Código de Defesa do Consumidor, revela uma exceção à responsabilidade objetiva quando dispõe que o profissional liberal será responsabilizado mediante verificação de culpa lato sensu, ou seja, culpa stricto sensu e dolo.

Assim, tem-se que:

Art. 14. 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.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

A razão para a diversidade de tratamento deriva da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais. Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse sentido, Zelmo Denari¹² explica que:

12 GRINOVER, A.P. et al. Código Brasileiro de defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 205.

O § 4º abre uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil por danos.

Trata-se do fornecimento de serviços por profissionais liberais cuja responsabilidade será apurada mediante verificação de culpa.

Explica-se a diversidade de tratamento em razão da natureza intuitu personae dos serviços prestados por profissionais liberais.

De fato, os médicos e advogados – para citarmos alguns dos mais conhecidos profissionais – são contratados ou constituídos com base na confiança que inspiram aos respectivos clientes.

Assim sendo, somente serão responsabilizados por danos quando ficar demonstrada a ocorrência de culpa subjetiva, em quaisquer de suas modalidades: negligência, imprudência ou imperícia.

No entanto, há que se verificar se o enquadramento do serviço como obrigação de meio e não de resultado ou fim.

Ocorre que as obrigações contratuais dos profissionais liberais, no mais das vezes, são consideradas como “de meio”, sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnica necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado.

Contudo, há hipóteses em que o compromisso é com o “resultado”, tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato¹³, são exemplos os procedimentos estéticos dos cirurgias plásticas e alguns tratamentos odontológicos que, mesmo não visando somente o lado estético, podem ter seus resultados previstos.

Desse modo a responsabilidade subjetiva do profissional liberal tem presunção relativa, juris tantum, pois somente pode ser considerada dessa forma se tratado o serviço como obrigação de meio. Ao revés, se verificada a obrigação de resultado, passa-se a avaliar o caso de acordo com a responsabilidade objetiva.

Como exemplo, tem-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. TRATAMENTO ODONTOLÓGICO. APRECIAÇÃO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. TRATAMENTO ORTODÔNTICO. EM REGRA, OBRIGAÇÃO CONTRATUAL DE RESULTADO. REEXAME DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE.

1. As obrigações contratuais dos profissionais liberais, no mais das vezes, são consideradas como “de meio”, sendo suficiente que o profissional atue com a diligência e técnica necessárias, buscando a obtenção do resultado esperado. Contudo, há hipóteses em que o compromisso é com o “resultado”, tornando-se necessário o alcance do objetivo almejado para que se possa considerar cumprido o contrato.

2. Nos procedimentos odontológicos, mormente os ortodônticos, os profissionais da saúde especializados nessa ciência, em regra,

13 RECURSO ESPECIAL Nº 1.238.746 - MS (2010/0046894-5).

comprometem-se pelo resultado, visto que os objetivos relativos aos tratamentos, de cunho estético e funcional, podem ser atingidos com previsibilidade.

3. O acórdão recorrido registra que, além de o tratamento não ter obtido os resultados esperados, “foi equivocado e causou danos à autora, tanto é que os dentes extraídos terão que ser recolocados”.

Com efeito, em sendo obrigação “de resultado”, tendo a autora demonstrado não ter sido atingida a meta avençada, há presunção de culpa do profissional, com a conseqüente inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar que não agiu com negligência, imprudência ou imperícia, ou mesmo que o insucesso se deu em decorrência de culpa exclusiva da autora.

4. A par disso, as instâncias ordinárias salientam também que, mesmo que se tratasse de obrigação “de meio”, o réu teria “faltado com o dever de cuidado e de emprego da técnica adequada”, impondo igualmente a sua responsabilidade.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1238746/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 04/11/2011)

CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO PARTICULAR. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM.

1. Os hospitais não respondem objetivamente pela prestação de serviços defeituosos realizados por profissionais que nele atuam sem vínculo de emprego ou subordinação. Precedentes.

2. Embora o art. 14, § 4º, do CDC afaste a responsabilidade objetiva dos médicos, não se exclui, uma vez comprovada a culpa desse profissional e configurada uma cadeia de fornecimento do serviço, a solidariedade do hospital imposta pelo caput do art. 14 do CDC.

3. A cadeia de fornecimento de serviços se caracteriza por reunir inúmeros contratos numa relação de interdependência, como na hipótese dos autos, em que concorreram, para a realização adequada do serviço, o hospital, fornecendo centro cirúrgico, equipe técnica, medicamentos, hotelaria; e o médico, realizando o procedimento técnico principal, ambos auferindo lucros com o procedimento.

4. Há o dever de o hospital responder qualitativamente pelos profissionais que escolhe para atuar nas instalações por ele oferecidas.

5. O reconhecimento da responsabilidade solidária do hospital não transforma a obrigação de meio do médico, em obrigação de resultado, pois a responsabilidade do hospital somente se configura quando comprovada a culpa do médico, conforme a teoria de responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor.

6. Admite-se a denúncia da lide na hipótese de defeito na prestação de serviço. Precedentes.

7. Recurso especial parcialmente provido.
(REsp 1216424/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI,
TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011)

Portanto, os profissionais liberais figuram como exceção à regra estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, respondendo de forma subjetiva, pelo dano causado aos consumidores, com suas nuances próprias; diferentemente das demais espécies de fornecedores que figuram no âmbito daquele diploma normativo.

Entretanto, há que se frisar que tal ponderação não é absoluta na doutrina. Assim, por exemplo, Sergio Cavalieri Filho¹⁴ preceitua que a responsabilidade do profissional liberal, no que tange as obrigações de resultado, não subverte a regra da responsabilidade subjetiva, estabelecido aos profissionais liberais, de modo geral. Aduz, ao revés, que nas obrigações de resultado, existirá uma presunção de culpa sobre o profissional liberal que realizou o serviço; utilizando-se da casuística inerente às cirurgias plásticas estéticas.

Nesse sentido, portanto, Sérgio Cavalieri Filho pondera que:

E como se justifica essa obrigação de resultado do médico em face da responsabilidade subjetiva estabelecida no Código do Consumidor para os profissionais liberais? A indagação só cria embaraço para aqueles que entendem que a obrigação de resultado em alguns casos apenas inverte o ônus da prova quanto à culpa; a responsabilidade continua sendo subjetiva, mas com culpa presumida. O Código do Consumidor não criou para os profissionais liberais nenhum regime especial, privilegiado, limitando-se a afirmar que a apuração de sua responsabilidade continuaria a ser feita de acordo com o sistema tradicional, baseado na culpa. Logo, continuam a ser-lhes aplicáveis as regras de responsabilidade subjetiva com culpa provada nos casos em que assume obrigação de meio; e as regras de responsabilidade subjetiva com culpa presumida nos casos em que assumem obrigação de resultado.

Assim, os profissionais liberais respondem subjetivamente pelos serviços inerentes ao seu ofício.

Inobstante, no caso das obrigações de resultado, os profissionais liberais responderão objetivamente, considerando sua responsabilização civil, de modo a se vincularem ao resultado prometido ao consumidor, quando da celebração do contrato.

Frisando, de outra ponta, o posicionamento doutrinário que insiste, nessa situação, na responsabilização subjetiva, propugnando pela inversão do ônus da prova; devendo, portanto, o profissional liberal ter a obrigação de gerar provas que o isente da culpa presumida.

14 FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 381.

CONCLUSÃO

O profissional liberal, por prestar serviço de natureza técnico-científica e por estar sujeito a fiscalização de Conselhos Profissionais que estabelecem os procedimentos técnicos e éticos para o exercício da atividade, possui certa relativização no que tange a responsabilidade de reparação pelo defeito do serviço previsto no Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, ao contrário do fornecedor de produto ou serviço comum, o profissional liberal é exercida de forma pessoal, com base, na grande maioria dos casos, em confiança recíproca.

Assim, considerando tais situações, o profissional liberal é excluído do sistema comum de responsabilidade que se baseia o Código de Defesa do Consumidor; de modo que deverá ser civilmente responsabilizado, mediante a verificação de culpa.

Trata-se, porém, de presunção relativa, uma vez que ainda há que se avaliar se o serviço se encaixa no conceito de obrigação de meio ou resultado, pois se encaixando nesta última o profissional será responsabilizado objetivamente, na medida em que se responsabiliza pelo resultado prometido.

Por tais razões, conclui-se que a submissão dos profissionais liberais prestadores de serviço a tal sistema de responsabilização civil, lastreado, como referido, na culpa, representa uma solução justa, adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, na medida em que oferece possibilidade de defesa ao profissional, não inviabilizando a atividade econômica, ante o caráter pessoal que emana de tal prestação de serviço, nas obrigações de meio; e, de outra ponta, vincula esse profissional às garantias de resultado oferecidas ao consumidor, quando da fase de celebração do contrato, nas obrigações de resultado.

REFERÊNCIAS

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 8ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FILOMENO, J.G.B. **Manual de Direitos do Consumidor**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, P.S.; PAMPLONA FILHO, R. **Novo Curso de Direito Civil**, volume III: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

GRINOVER, A.P. et al. **Código Brasileiro de defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

O MODELO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL ADOTADO NO BRASIL

Alexandre Gazetta Simões¹
Maria Claudia Gomes Parischi²

RESUMO

Este trabalho apresenta o conceito de Previdência Social, sua evolução na história, tanto no âmbito mundial como no nacional. Apresentar-se-á os Sistemas de Previdência existentes e o adotado pelo nosso país.

Palavras-chave: Previdência Social; Regime Previdenciário; Modelos de Previdência.

ABSTRACT

This paper presents the concept of Social Security, its evolution in history, both at the global and national levels. Present will be the existing pension systems and adopted by our country.

Keywords: Social Security, Pension Scheme, Security Models.

O CONCEITO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A palavra “previdência” deriva do latim *pre videre* que significa ver com antecipação as contingências (incerteza sobre se uma coisa acontecerá ou não) sociais e procurar compô-las, ou de *praevidentiae* (*prever; antever*)³.

Destarte, podemos dizer que Previdência Social nada mais é que uma forma de proteção social que tem por objetivo propiciar meios à manutenção do segurado e de sua família nas situações de maternidade, incapacidade decorrente de doença ou acidente, prisão, idade avançada, tempo de contribuição, morte e desemprego involuntário.

A Previdência Social é um dos segmentos da Seguridade Social, e se diferencia da assistência social e da saúde pelo fato de exigir contribuição ou participação do custeio.

Nesse sentido, Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha

1 Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA), Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

2 Aluna graduanda do curso de Direito da Faculdade Eduvale de Avaré/SP, graduada em Letras pela FREA (Fundação Regional Educacional de Avaré), especialização em Linguística pela FREA (Fundação Regional Educacional de Avaré).

3 HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 4ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2004, *passim*.

Correia⁴ explicam que:

O custeio é outra característica fundamental e que na assistência social reveste-se de uma peculiaridade que a distingue da Previdência Social, em que o sistema é diretamente contributivo. Os benefícios assistenciais e os de saúde são custeadas por toda a população e, portanto, de responsabilidade geral de toda a sociedade.

É sinônimo de seguro social e exige de quem dela participa uma contribuição mensal (contribuição previdenciária). Tal tributo, por sua própria natureza, apresenta um caráter compulsório, significando que a partir do momento que o indivíduo filia-se ao Regime de Previdência, passa a ser obrigado a contribuir para o custeio do regime.

Nesse sentido, Eduardo Sabbag⁵ explica que:

Tributo é prestação compulsória, logo, não contratual, não voluntária ou não facultativa. Com efeito, o Direito Tributário pertence à seara do Direito Público, e a supremacia do interesse público dá guarida à imposição unilateral de obrigações, independentemente da anuência do obrigado.

O governo, por sua vez, tem por obrigação; além de arrecadar os tributos, advindos das contribuições compulsórias, incutir, em seus cidadãos, a percepção da necessidade de se precaver aos riscos sociais, sobretudo na velhice, promovendo a inclusão gradativa de toda a sua população nos regimes de previdência social.

Desta maneira a aposentadoria assume um papel de uma poupança forçada, pois o dinheiro dos cidadãos depositado em uma conta comum, administrada pelo governo, que, nas hipóteses legais assume a obrigação de pagar os benefícios previdenciários.

Deste modo, a Lei 8.213/91, em seu artigo 1º, assevera que:

A Previdência Social, mediante contribuição tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, desemprego involuntário, idade avançada, tempo de serviço, encargos familiares e prisão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente.⁶

Portanto, a Previdência Social é um sistema que visa garantir o sustento das pessoas em determinadas situações, pressupondo sua filiação prévia e sua contribuição, por meio de prestações tributárias vertidas a um fundo comum.

Tem como características fundamentais, conforme disposição constitucional (art. 201 da Constituição Federal), a compulsoriedade e a

4 CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

5 SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 377.

6 Lei 8.213/91 que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

contributividade.

EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Agênese e desenvolvimento do Direito e todos seus ramos está intimamente ligada ao momento histórico, econômico e cultural de toda a humanidade. Através do estudo do passado é possível a compreensão, o desenvolvimento da ciência com o passar dos anos. A seguir serão pontuados alguns momentos importantes da história em relação à Seguridade e Previdência Social.

Os direitos sociais estão ligados a evolução do Estado, representada pela superação do paradigma do Estado Liberal e ao advento do Estado Social.

Nesse sentido, tem-se que tal modelo de Estado teve origem na década de 1920, advindo de três experiências políticas e institucionais, baseadas em três acontecimentos históricos: a Revolução Russa de 1917, a reconstrução da Alemanha após a Primeira Guerra e a Revolução Mexicana e suas conseqüências (como a fundação do PRI – Partido Revolucionário Institucional).

Por sua vez, seu embasamento teórico, fixando as bases do garantismo social, advém de três documentos derivados dos fatos históricos relatados, quais sejam: a Constituição de Weimar de 1919; a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918.

Baseando-se no primado da igualdade de oportunidade à todos, o Estado Social caracteriza-se pela conjugação da garantia das liberdades individuais com o reconhecimento e promoção dos direitos sociais.

Nesse sentido, Paulo Bonavides⁷ explica que:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social.

O Estado, portanto, passa a chamar para si, a solução dos problemas

⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 186.

sociais, a partir da ruptura de determinados aspectos da ordem política, social, jurídica e econômica existentes até então.

EVOLUÇÃO NO MUNDO

Como advertem Marcus Orione Gonçalves Correia e Érica Paula Barcha Correia⁸, buscar as origens da seguridade social (gênero no qual se inserem a saúde, a assistência e a previdência social) não é tarefa fácil, visto que apesar de se vislumbrar seus sinais ao longo da história da humanidade; só teve a sua primeira normatização orgânica com a concepção do Plano Beveridge.

No entanto, é possível se estabelecer uma cronologia da evolução histórica, em âmbito mundial, da seguridade social; considerando os acontecimentos que representaram o seu surgimento e evolução.

Assim, em um tempo longínquo, é possível estabelecer como marco da assistência social, em 1601, o surgimento da Lei dos Pobres (Poor Law Act), na Inglaterra.

Avançando na história, dentre os anos de 1883-1911 ocorreu a implantação na Prússia (atual Alemanha) do sistema idealizado pelo Chanceler Otto Von Bismark, baseado na tríplice obrigação contributiva, ou seja, pelo Estado, pelos empregados e pelos empregadores. Tal sistema securitário foi inaugurado, em 1883, com a edição da lei que implantou o seguro-doença. Seguido de várias outras leis, vicejou, em 1911, com uma compilação das leis de proteção social, surgindo, assim o Código de Seguro Social alemão.

Ante o influxo das leis proposta do Bismarck, bem como sob a inspiração ideológica da doutrina social cristã, a partir da *Rerum Novarum*, encíclica papal de Leão XIII, os esforços no sentido de criação e expansão de um sistema securitário passam a ocorrer em diversos países do globo.

Assim, em 1897, nasce o *Workman's Compensation Act*, na Inglaterra, um seguro obrigatório contra acidente de trabalho, que estabeleceu ao empregador a responsabilidade objetiva na reparação dos danos decorrentes dos acidentes de trabalho. Também na Inglaterra, em 1908, ocorre a edição da *Old Age Pensions*. Tratava-se da lei que concedia pensão aos maiores de 70 anos, independentemente de contribuições.

Ainda na Inglaterra, no ano de 1911, surge a *National Insurance Act*, sistema de proteção social com caráter contributivo obrigatório. Com tríplice custeio.

Já em 1917, no México, ocorre a promulgação da Constituição que previa o seguro social em seu artigo 123.

Com as consequências advindas da Primeira Guerra Mundial, tendo em

⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. Curso de Direito da Seguridade Social. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

vista a necessidade de cobertura de um grande número de órfãos, viúvas e feridos, vítimas dessa guerra; além da inflação galopante daquele momento, resultou na quebra dos modelos de previdência social até então existentes, de inspiração bismarckiana.

Assim, em 1919, no Tratado de Versalhes, surge o primeiro compromisso de implantação de um regime universal de justiça social, com a fundação do Bureau International Du Travail (BIT).⁹

Por sua vez, Theodore Roosevelt edita, em 1935, nos Estados Unidos da América, o chamado *Social Security Act*, que agrupava medidas de assistência e seguros, tratando de seguro-desemprego e aposentadorias. Tal diploma normativo empregou, pela primeira vez, a expressão seguridade social¹⁰.

A experiência americana inspirou, na Inglaterra, entre 1942-1944, Lorde Beveridge, o qual criou o projeto inglês que visava a proteção do berço ao túmulo, com adoção da ideia de seguridade social (assistência social, saúde e previdência). “Sistema concebido sob a ótica de que incumbe ao Estado atual de forma positiva, implantando políticas de integração social e de natureza distributiva”¹¹.

EVOLUÇÃO NO BRASIL

No Brasil, as manifestações de proteção social foram inspiradas no modelo português. Assim, como marco inaugural, pode ser citado a inauguração da Santa Casa de Misericórdia de Santos, por Brás Cubas, em 1543, a partir da instituição de um montepio para os seus empregados, atuando, a instituição, na assistência hospitalar aos pobres.¹²

Nesse sentido, as várias iniciativas nessa seara, no Brasil colônia e império, caracterizavam-se por se basear em um sistema de mutualismo.

E, portanto, em 1824, a Constituição Imperial, dentro desse espírito, em seu bojo (art. 179, XXXI), assegurava a garantia dos socorros públicos (assistência a população carente).

Já em 1888, nasce a Lei nº 3.397 de 24/11/1888. Tal lei tratava das despesas gerais da Monarquia para o exercício subsequente e previa a criação de uma caixa de socorros para os trabalhadores das estradas de ferro de propriedade do Estado.

E nesse passo, houve a criação o Montepio obrigatório para os empregados do correio e a criação do Fundo Especial de Pensão para os trabalhadores das oficinas da Imprensa Régia, em 1889.

Já no ano de 1890, dá-se a criação da aposentadoria dos trabalhadores da

9 SANTOS, Marisa Ferreira dos. Direito Previdenciário Esquemático. São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

10 MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 5.

11 MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 5.

12 MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 6.

Estrada de Ferro Central do Brasil e, também criação do Montepio obrigatório dos empregados do Ministério da Fazenda.

Por sua vez, a Constituição Republicana de 1891 apresentava em seu teor, a expressão “aposentadoria”, a qual tratava-se de um benefício restrito aos funcionários públicos, em caso de invalidez.

Já em 1919, nasce a Lei do Acidente de Trabalho.

Quanto ao marco inaugura da previdência social no Brasil, cita-se a promulgação do Decreto Legislativo nº 4682, de 24/01/1923, conhecido como Lei Elói Chaves, que determinava a criação de Caixa de Aposentadoria e Pensões para os empregados ferroviários.

Essa lei propiciava aposentadoria, pensão, assistência médica e medicamentos. A gestão, por disposição legal, ficava a cargo de um conselho de administração, composto por trabalhadores e por um inspetor-geral da empresa, que o presidia.

E nesse passo, na década de 1930 a 1940, diversos institutos de aposentadoria e pensão, foram criados. Entre eles, podem ser citados: IAPM (dos Marítimos), IAPB (bancários), IAPC (dos comerciários), IAPI (dos industriários), IPASE (Servidores dos Estados, que em 1977 transformou-se em SINPAS).

Por sua vez, em 1934, Constituição Federal faz a primeira menção expressa aos direitos previdenciários.

Já em 1960, é editada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS); complementada, em 1966, pela criação do INPS, IAPFESP, IPASE, SASSE e, em 1971, pelo PRORURAL – regulamentação da proteção aos trabalhadores rurais

Na década de 70, ocorreu a inclusão dos empregados domésticos como segurados obrigatórios, a transmutação da natureza jurídica do salário-maternidade de direito trabalhista a direito previdenciário e promulga-se a Lei nº 6.260 (universalização da previdência social trazendo benefícios e favor dos empregadores rurais e seus dependentes), assim, como o advento da CLPS – Consolidação da Legislação de Previdência Social.

Em 1977, há a criação do SINPAS, o qual era composto sete órgãos: IAPAS, INPS, INAMPS, DATAPREV, LBA, CEE, FUNABEM. Suas atribuições eram: (i) Concessão, manutenção de benefícios e prestação de serviços; (ii) Custeio de atividades e programas, e ; (iii) Gestão administrativa, financeira e patrimonial. Finalmente, no ano de 1988, a Constituição Federal instituiu a Seguridade Social no Brasil, prevendo custeio tripartite, entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal; Empregadores e Trabalhadores (conforme art. 195 da Constituição Federal); composta por três áreas de atuação: assistência social, assistência à saúde e previdência social.

Nesse sentido, a Constituição de 1988, inova, ao assimilar novas tendências de proteção social no mundo, utilizando-se, porquanto, da expressão

“seguridade social”, de modo a integrar os mecanismos de cobertura contra os riscos e contingências sociais nas áreas da saúde, assistência social e previdência social.¹³

Já em 1990, ocorre a extinção do SINPAS e a criação do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS); e, em 1991, com edição das Leis 8.212 e 8.213, dispõe-se sobre o plano de custeio e organização da Seguridade Social; assim como, sobre o plano de benefícios previdenciários.

Por sua vez, com a Lei 8080/90, tem-se a disciplina afeta à saúde; e, com a promulgação da Lei 8742/93, estrutura-se a assistência social no Brasil.

REGIMES PREVIDENCIÁRIOS

A Previdência Pública é um sistema de repartição, na qual sua característica básica é a existência de solidariedade. Destarte, solidariedade entre gerações, ou seja, quem paga hoje está financiando os atuais aposentados.

Os regimes previdenciários estão disciplinados no art. 201 da Carta Magna¹⁴. Regime Previdenciário é aquele que abrange as normas disciplinadoras da relação jurídica previdenciária.

De acordo com nossa Constituição, os regimes de previdência social dividem-se em Previdência Pública, como previdência social principal; que por sua vez, subdivide-se em geral ou especial; e Previdência Privada, correspondente a previdência social complementar.

Assim, se o cidadão não for servidor público estatutário, os quais estão sujeitos a um regime de previdência próprio; pertencerá, de forma obrigatória, ao Regime Geral da Previdência Social (RGPS); o qual trata do setor privado, administrado pelo Poder Público, por intermédio do Instituto Nacional de Seguro Social (INSS), órgão do Ministério de Estado da Previdência¹⁵.

Já a Previdência Privada, com disciplina estabelecida no art. 202 da Constituição Federal¹⁶, é um sistema de capitalização, quer dizer, o contribuinte forma uma espécie de poupança individual com base em projeção do que será recebido quando este mesmo contribuinte for se aposentar.

SISTEMAS DE PREVIDÊNCIA SOCIAL

A Previdência Social, conforme disposição expressa do art. 195 da

13 MIRANDA, Jedaíel Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 8.

14 Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] 15 TSUTIYA, Augusto Massayuki. Curso de Direito da Seguridade Social. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

16 Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Constituição Federal, é financiada por toda a sociedade, de forma direta ou indireta, nos termos da lei, a partir dos recursos que emanam dos orçamentos da União, dos Estados e Distrito Federal e dos Municípios, assim como pelas contribuições sociais.

Os sistemas mais usados para o financiamento dos gastos previdenciários são o de repartição simples ou modelo de benefício definido, e o sistema de capitalização, também conhecido como modelo de contribuição definida¹⁷.

O método de repartição funciona a partir do princípio básico de que as contribuições realizadas durante um dado período servem para pagar os benefícios desse mesmo período. As contribuições previdenciárias pagas pela população ativa de hoje são destinadas a cobrir os gastos com os benefícios dos inativos (quem já se aposentou). Assim, o regime de repartição simples não permite que haja vínculo estrito entre o benefício recebido e o valor capitalizado ao longo do período.

O início do sistema é caracterizado por possuir uma população jovem, onde existem muitos contribuintes e poucos inativos, gerando assim saldos possivelmente superavitários.

Isso permite que a alíquota de contribuição seja baixa. Contudo, quando essa população começa a envelhecer e a relação ativo/inativo começar a decrescer, fatalmente haverá a necessidade de aumento da alíquota. Todos esses fatores têm que ser considerados para que não haja uma taxa muito baixa no início que inviabilize o equilíbrio atuarial no futuro.

Já no sistema de capitalização, o segurado irá receber seu benefício condicionado às contribuições próprias, à rentabilidade das aplicações e ao tempo de contribuição e recebimento do benefício. Isso torna o valor presente das contribuições iguais ao valor presente das aposentadorias que o indivíduo irá receber. É um sistema justo uma vez que cada um receberá o que contribuiu. O governo irá participar somente para garantir um patamar mínimo aos mais pobres que não conseguirem acumular o suficiente para sua subsistência.

Os regimes de capitalização dividem-se em (i) regime de capitalização de caráter misto; (ii) regime de capitalização individual pura; e (iii) regime de capitalização parcial.

Assim, o regime de capitalização de caráter misto: formado por um componente de capitalização e outro de repartição.

Por sua vez, o regime de capitalização individual pura caracteriza-se pelo fato de que nesse regime, cada trabalhador constitui reserva durante a sua fase economicamente ativa que será usada para suportar sua fase inativa. Deste modo, cada geração provê os recursos para suportar seus próprios benefícios.

Finalmente, o regime de capitalização parcial tem como característica que parte significativa das contribuições seja feita pela geração dos próprios

17 HORVATH JUNIOR, Miguel. Direito Previdenciário. 4ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2004, *passim*.

beneficiários das aposentadorias e a parte complementar pelos trabalhadores das gerações seguintes, recompondo, assim, ainda que parcialmente, a figura da solidariedade entre duas gerações contemporâneas.

SISTEMAS DE PREVIDÊNCIA ADOTADO NO BRASIL

O sistema de previdência adotado no Brasil é o de repartição simples, onde as contribuições previdenciárias pagas pela população ativa destinam-se a cobrir os gastos com os benefícios dos inativos.

Assim, como explica Frederico Amado¹⁸, o Regime Geral de Previdência Social do Brasil trata-se de um sistema previdenciário parcialmente inspirado no modelo bismarckiano, na medida em que pressupõe contribuições específicas dos filiados e das empresas, a fim de que exista cobertura securitária; ao contrário do modelo beveridgiano, que abarca toda a população a partir do custeio por meio dos tributos em geral.

Tal característica é evidenciada a partir do disposto no art. 167, IX c.c. art. 195 c.c. art. 250, ambos da Constituição Federal.

Assim, tem-se, inicialmente, quanto ao sistema de custeio da Previdência Social, que:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

b) a receita ou o faturamento; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

c) o lucro; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

III - sobre a receita de concursos de prognósticos.

IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

Tais contribuições sociais referidas nos incisos acima transcritas deverão

18 AMADO, Frederico. Direito e Processo Previdenciário Sistematizado. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012, p. 175.

ser exclusivamente vertidas ao custeio do Regime Geral de Previdência Social. Desse modo, tem-se que:

Art. 167. São vedados

[...]

XI - a utilização dos recursos provenientes das contribuições sociais de que trata o art. 195, I, a, e II, para a realização de despesas distintas do pagamento de benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Finalmente, o Regime Geral de Previdência Social, constitui-se em um fundo monetário único para o pagamento dos benefícios previdenciários (esse criado pelo art. 68 da Lei Complementar 101/2000, ante o mandamento constitucional), deixando claro sua natureza contributiva de repartição. Assim:

Art. 250. Com o objetivo de assegurar recursos para o pagamento dos benefícios concedidos pelo regime geral de previdência social, em adição aos recursos de sua arrecadação, a União poderá constituir fundo integrado por bens, direitos e ativos de qualquer natureza, mediante lei que disporá sobre a natureza e administração desse fundo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Nessa linha de raciocínio, portanto, levando-se em consideração que o sistema de previdência adotado no Brasil é o de repartição simples, e considerando, ainda, gastos que são arcados pela Previdência, no entanto, destoam das finalidades securitárias, como as despesas com saúde e assistência social, tem-se verificado que quando a população brasileira começou a envelhecer e o número de contribuintes deixou de ser tão superior ao número de inativos, não foi possível manter a mesma alíquota de contribuição.

Desse modo, as alíquotas de contribuição sofreram sucessivos aumentos, tanto do empregado quanto do empregador, vicejando em última análise em uma reforma profunda de todo o sistema previdenciário brasileiro, que ainda está em curso.

CONCLUSÃO

A partir do conceito de previdência social, verifica-se que a mesma tem como objetivo dar proteção social, de forma a propiciar meios à manutenção do segurado e de sua família nas situações de maternidade, acidente, doença, incapacidade, invalidez, prisão, idade avançada, tempo de contribuição, morte e desemprego involuntário.

Em sua evolução histórica, percebe-se a gradativa dinâmica de seu aprimoramento frente à preservação da dignidade da pessoa humana, enquanto

elemento componente da seguridade social.

Apesar da história da seguridade social apresentar-se difusa ao longo dos vários períodos históricos experimentados pela sociedade, alguns marcos podem ser cravados, exemplificando sua evolução. Assim, por exemplo, Lei dos Pobres (Poor Law Act) promulgada na Inglaterra em 1601; ou no Brasil, a Lei Eloi Chaves (Decreto Legislativo nº 4682, de 24/01/1923), que inaugurou aqui a previdência social.

Apresentaram-se, também, as diversas espécies de regime previdenciário, quais sejam, o sistema de repartição, onde as contribuições realizadas durante um dado período servem para pagar os benefícios desse mesmo período; ou seja, as contribuições previdenciárias pagas pela população ativa de hoje são destinadas a cobrir os gastos com os benefícios de quem já se aposentou. E o sistema de capitalização, em que o segurado irá receber seu benefício condicionado às contribuições próprias, somado à rentabilidade dessas aplicações no tempo.

Assim, apontou-se que: como o sistema adotado pelo Brasil, trata-se do de repartição simples; tem-se verificado um crescente déficit da Previdência Social, advindo do envelhecimento de sua população, frente à escassa massa trabalhadora que verte as contribuições que subsidiam o fundo securitário.

Tal situação mostra-se irreversível; e, mesmo após o aumento das alíquotas com o fim de ajustar este quadro deficitário, não se chegou a uma solução satisfatória.

Portanto, ante o sinal do esgotamento do modelo de previdência social adotado no Brasil, o Regime Geral de Previdência está passando por uma mudança estrutural. Tal metamorfose possivelmente representará uma mudança do sistema previdenciário de repartição simples, a partir da adoção de critérios de capitalização, cada vez mais evidenciados, na esperança de se alcançar um equilíbrio atuarial.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito e Processo Previdenciário Sistematizado**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodium, 2012

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008

DIAS, Dnilson Carlos; FERREIRA, Fernanda Carolina Rocha Martins. Disponível em : < <http://www.nepec-ufg.net/dnilson/sistemaprevidenciario.pdf>> Acesso em

12 mar 2012.

FORTES, Simone Barbisan e PAULSEN, Leandro. **Direito da Seguridade Social**. Porto Alegre, 2005: Livraria do Advogado.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 4ª ed. – São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 30 ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

POZZOLI, Lafayette; LIMA, Otávio Augusto Custódio. **Direito Previdenciário**. São Paulo: Primeira Impressão Editora & Distribuidora Ltda, 2009.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier – **Direito Previdenciário Esquemático** – São Paulo: Quartier Latin, 2008.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, p. 377.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário Esquemático**. São Paulo: Saraiva, 2011

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARACTERÍSTICAS DA FOTOGRAFIA DIGITAL PARA SER USADA COMO PROVA EM PROCESSOS

CHARACTERISTICS OF DIGITAL PHOTOGRAPHY TO BE USED AS EVIDENCE IN LAW SUITS

Celso Jefferson Messias Paganelli¹

RESUMO

Com novos equipamentos aparecendo a cada dia, com mais e mais funções antes impensáveis ao homem médio, vivemos uma explosão tecnológica aliando o que antes se tinha que ter vários e vários dispositivos em um único equipamento, sendo que uma dessas características é a fotografia digital. Hoje, praticamente qualquer aparelho eletrônico consegue capturar imagens, com as mais diversas configurações e qualidade de imagem. Apesar de não direta e explicitamente, nossas leis já estão maduras o suficiente para tratar das questões das provas digitais, principalmente da fotografia digital, não impedindo a sua utilização dentro dos tribunais nacionais. A perícia forense também acompanha de perto as inovações tecnológicas, propiciando aos operadores do Direito e peritos todas as ferramentas necessárias para atestar a autenticidade e integridade dos arquivos de imagens, eliminando a crença de que a foto deve ser obrigatoriamente acompanhada do seu negativo ou filme fotográfico. Palavras-chave: Fotografia digital; perícia forense; formato raw; filme fotográfico; lei nacionais.

ABSTRACT

With new equipment showing up every day with more and more functions previously unthinkable to the middle man, living a technological explosion combining what previously had to have lots and lots of devices in a single equipment, and one of those features is digital photography. Today, virtually any electronic device can capture images with the most diverse settings and image quality. Although not directly and explicitly, our laws are already mature enough to address the issues of digital evidence, especially digital photography and do not prevent their use in national courts. The forensic also closely monitoring the technological innovations, enabling operators to the right experts and all the tools necessary for certifying the authenticity and integrity of image files, eliminating the belief that the picture must necessarily be accompanied by their negative or photographic film.

Keywords: Digital photography; forensics; raw format; photographic film; national laws.

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré. Advogado. Professor universitário de Direito.

INTRODUÇÃO

Vivemos atualmente uma explosão de dispositivos digitais, uma evolução eletrônica sem precedentes na história, elevando exponencialmente as possibilidades de interação entre as pessoas e as formas de comunicação. Entre as inúmeras possibilidades que temos à nossa disposição nos dias atuais, está a foto digital, que diferentemente de há pouco tempo, não é mais necessário possuir uma câmera digital para se obtê-las, pois os recursos necessários já estão disponíveis em inúmeros dispositivos eletrônicos, tocadores de mídias digitais, tablets, notebooks, netbooks, webcams, entre outros. A verdade é que a fotografia digital hoje em dia está ao alcance de praticamente qualquer pessoa, facilitando a imortalização de momentos do cotidiano com custo praticamente zero. Sem dúvida isso cria uma profusão de imagens disponíveis em vários níveis de interação entre as pessoas, principalmente com a Internet, e-mail e outros meios de comunicação instantânea, não esquecendo ainda das redes sociais, como Orkut e Facebook. Infelizmente, junto com os benefícios inerentes à tecnologia, existem as pessoas que usam o seu conhecimento para a realização de ilícitos. Dentre os vários que se podem citar, estão a divulgação de imagens sem o conhecimento e consentimento da pessoa envolvida e adulteração, com o intuito de denegrir a imagem de alguém.

Antigamente eram necessários conhecimentos profundos para a realização de alterações em arquivos digitais, principalmente de imagens, conjuntamente com programas complexos, caros e de difícil manejo, sendo que os computadores também deveriam ser de uma configuração robusta o suficiente para que tivessem capacidade de executar todas as tarefas necessárias. Hoje a realidade é outra. O poder de processamento dos computadores atuais já é suficiente para realizar tarefas antes impensáveis, também, o preço e complexidade dos programas diminuíram significativamente. Processos antes de difícil execução, como a retirada de uma pessoa de uma fotografia, hoje é feito com apenas dois passos com a utilização de programas de edição de imagens apropriado. Assim, é evidente que para alguns, a autenticidade de fotografias digitais é altamente questionável, sendo que estes simplesmente partem do princípio de não aceitarem esse tipo de imagem como prova.

Na verdade, a fotografia digital demanda cuidados extras, que normalmente não veríamos com as fotos “normais”, que utilizam negativo como fonte primária, uma vez que também permitem adulterações, no entanto, para que isso seja feito são necessários profissionais altamente treinados e qualificados, horas e horas de trabalho pesado a custo relativamente alto, mesmo nos dias atuais. Esses cuidados são relativos às questões da originalidade, autenticidade e outras características que façam com que a fotografia digital seja aceita como prova de forma incontestável, permitindo a justa solução e elucidação do processo.

Para que o operador do Direito possa saber com exatidão o que pode e deve ser feito para identificar uma fotografia digital como autêntica, é necessário recorrer à ciência que estuda a Informática como um todo, esmiuçando as características técnicas inerentes aos arquivos digitais envolvidos na questão, bem como também o entendimento de como funcionam determinados programas que manipulam tais imagens, além de outros criados especificamente para reconhecer adulterações, facilitando sobremaneira o trabalho dos peritos e outras pessoas que buscam a verificação para evitar dúvidas.

Neste artigo não temos a pretensão de esgotar o assunto, no entanto, buscamos oferecer ao leitor embasamento suficiente para a compreensão da utilização da fotografia digital como prova, os meios adequados para a comprovação de autenticidade e a utilização de programas específicos, adentrando dentro de uma seara técnica não muito comum a quem trabalha com o Direito, mas essencial àqueles que querem ter o conhecimento necessário para trabalhar adequadamente com o Direito Digital.

CONSTITUCIONALIDADE DAS PROVAS DIGITAIS OU ELETRÔNICAS

A Constituição Federal pátria, traz em seus artigos:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Como se pode observar, pelo princípio constitucional da ampla defesa e da proibição da prova obtida ilicitamente, conclui-se que não há vedação em nossa Norma Magna à utilização de provas digitais, dentre elas, a fotografia digital, podendo todos os que necessitarem recorrer a esse importante tipo de armazenamento de imagens dos dias atuais.

Em análise do texto constitucional fica evidente que não existe a possibilidade da proibição da utilização da fotografia digital dentro de um processo, caso contrário haveria nítida desobediência ao princípio da ampla defesa, além do mais, não pode o Direito ir de encontro aos avanços tecnológicos, haja vista que estes na verdade sempre vêm ao auxílio daquele, possibilitando que as lides sejam resolvidas de forma mais célere e justa ao utilizar dos novos recursos eletrônicos disponíveis.

Ademais, como qualquer outro tipo de prova, deve o juiz cuidar de que não sejam utilizadas no processo provas ilícitas, sendo que as produzidas por meios digitais ou eletrônicos possuem características distintas das de outros meios, no entanto, obedecem aos mesmos ritos impostos por nossas normas, principalmente constitucionais, e estão igualmente suscetíveis ao exame pericial para a confirmação de sua legitimidade.

Some-se a isso o princípio do livre convencimento motivado do juiz, o que, em breve síntese, significa que o magistrado está livre para solucionar uma lide da forma que lhe melhor parecer adequada, conforme estiver convencido, obviamente, guiando-se pelos limites impostos pelas normas legais, e por fim, motivando sua decisão.

Ensina Cintra, Grinover e Dinamarco:

O Brasil também adota o princípio da persuasão racional: o juiz não é desvinculado da prova e dos elementos existentes nos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), mas a sua apreciação não depende de critérios legais determinados a priori. O juiz só decide com base nos elementos existentes no processo, mas os avalia segundo critérios críticos e racionais (CPC, art. 131 e 436).²

Conforme a tese exposta é ampla a possibilidade de o juiz decidir conforme seu convencimento, atribuindo valor às provas com total liberdade e, inclusive, interpretando o ordenamento jurídico vigente em sua totalidade de forma meticulosa.

O juiz, desse modo, deve aceitar a fotografia digital dentro do processo para não desobedecer a Constituição Federal, socorrendo-se de perícia especializada quando colocado em dúvida a autenticidade ou originalidade da prova produzida, sendo que também deve estar atento aos meios ilícitos com os quais as imagens podem ser obtidas, uma vez que há uma profusão de dispositivos eletrônicos que possuem capacidade de captura e armazenamento de imagens.

PREVISÃO INFRACONSTITUCIONAL PARA O USO DE FOTOGRAFIAS DIGITAIS COMO MEIO DE PROVA

CÓDIGO CIVIL

Diz o artigo 225 do Código Civil:

2 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo, GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel, Teoria Geral do Processo, 14^a ed. São Paulo : Malheiros, 1997.

CPC, Art. 131 O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

CPC, Art. 436 O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos.

As reproduções fotográficas, cinematográficas, os registros fonográficos e, em geral, quaisquer outras reproduções mecânicas ou eletrônicas de fatos ou de coisas fazem prova plena destes, se a parte, contra quem forem exibidos, não lhes impugnar a exatidão.

Com o artigo acima, o atual Código Civil passou a adotar o princípio da verdade documental, ou seja, todo documento é verdadeiro até que se prove o contrário. Conforme se depreende da leitura da norma transcrita, se a parte contra quem foi exibida a fotografia não impugná-la, não pode o juiz determiná-la como inválida e deve aceitá-la dentro do processo.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil também nos orienta com vários artigos:

Art. 154 - Os atos e termos processuais não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir, reputando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Art. 334 - Não dependem de prova os fatos:

III - admitidos, no processo, como incontroversos;

IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade.

Fica cristalino com os artigos citados que não há proibição legal, apesar de não haver previsão expressa, da utilização de fotografia digital como prova, ao contrário, tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil aceitam totalmente a sua utilização, sendo necessário apenas que se faça a coleta e guarda de forma correta, de modo que se evite ter a autenticidade e integridade contestada e, principalmente, evitar que sejam obtidas de forma ilícita, de forma que não se contrarie a Constituição e outros preceitos legais. Pode-se dizer então que o preconceito é o único óbice à utilização da fotografia digital dentro do processo nos dias atuais, pois muitas pessoas ainda têm medo do que representa os arquivos digitais, pois não têm compreensão total de como é o funcionamento de sistemas computacionais, não sabendo determinar qual a extensão possível para a adulteração de tais arquivos, como detectar se isso ocorreu ou mesmo a quem recorrer de forma a se obter as informações necessárias para estabelecer de forma

inconteste a autenticidade e integridade do mesmo.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

O Código de Processo penal também possibilita o uso de fotografias digitais, como se depreende dos seguintes artigos:

Art. 231 - Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

Art. 232 - Consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares.

Segundo depreende-se dos artigos transcritos, não há impedimento legal para a utilização de fotografias digitais em processos penais, novamente, devendo-se observar os princípios constitucionais quanto aos meios pelos quais tais foram obtidas, não se permitindo em hipótese alguma a utilização das ilícitas.

CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

A CLT trata da produção de provas no processo trabalhista do artigo 818 ao 830, sendo feito de forma exemplificativa e superficial, sendo omissa sobre a previsão expressa dos meios admissíveis, embora o faça relativo ao interrogatório das partes (art. 818), confissão (art. 844) e documental (art. 787 e 830).

É imprescindível, assim, a utilização do artigo 769 da CLT:

Art. 769. Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Como se percebe, a CLT não fala especificamente sobre a produção de provas através de fotos, muito menos de sua versão digital, assim, há omissão da lei processual trabalhista, devendo o CPC ser aplicado de forma subsidiária, desde que não incompatível.

Ocorre, conforme já visto, que o CPC também não trata especificamente da fotografia digital, o que, aparentemente, abre um dilema. No entanto, devemos nos socorrer da norma inscrita no Código Civil, no artigo 225, já citado alhures, que permite a utilização desse meio de prova, incumbindo à parte contrária que faça a impugnação desta na primeira oportunidade que tiver de se manifestar nos autos.

Ademais, a CLT também adotou o sistema da persuasão racional do juiz, ou o princípio do livre convencimento motivado, que pode ser confirmado com a

leitura do artigo 832:

Art. 832. Da decisão deverão constar o nome das partes, o resumo do pedido e da defesa, a apreciação das provas, os fundamentos da decisão e a respectiva conclusão.

Inferre-se do dispositivo supracitado que através da apreciação das provas e os fundamentos da decisão, pode o juiz aceitar a fotografia digital dentro do processo e também utilizá-la para seu convencimento, bastando que fundamente sua decisão, e claro, que esta seja lícita e seja permitida à parte contrária a ampla defesa e contraditório.

CONSIDERAÇÕES GERAIS DAS NORMAS

Conforme apresentado, deve-se levar em consideração o artigo 225 do Código Civil sobre as demais normas, pois este é mais recente, devendo prevalecer, só restando a conclusão que a fotografia digital é admissível processualmente e não requer a apresentação de negativo, porém, continua suscetível quanto a impugnação de sua exatidão.

Dessa forma, como a foto apresentada dentro do processo não conterà negativo, uma vez que esta é digital, o ônus da prova recai sobre quem a apresentou, devendo este demonstrar a autenticidade e integridade desta.

Nesse sentido, nos ensina Marinoni e Arenhart:

Em havendo a aquiescência da conformidade entre a fotografia e a realidade retratada (por todos os sujeitos processuais principais), mesmo que ausente o negativo fotográfico, há que se reputar que os fatos e coisas registrados ocorreram de acordo com o que consta no documento. Somente se houver por parte de qualquer um dos sujeitos do processo (partes ou juiz), impugnação quanto à conformidade entre o reproduzido na fotografia e o efetivamente ocorrido é que será necessário instaurar um incidente processual, de verificação de conformidade. (...) Todavia, não resta dúvida que a não apresentação do negativo, por si só, não basta para negar eficácia probatória à fotografia, devendo haver razões fundadas que possam indicar a falsificação do registro fotográfico apresentado. (...) Caso contrário, estando o registro fotográfico desacompanhado do negativo, esse ônus recairá sobre a parte que apresentou a fotografia, competindo a ela demonstrar que não há nenhum vício na prova.³

Importante se destacar a ponderação que nos ensinam os doutrinadores, no sentido de que se a fotografia digital corrobora com a realidade dos autos, deve-se reputar que os fatos ocorreram conforme consta nesta. Fica demonstrado

3 MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 640.

assim, mais uma vez, que o livre convencimento motivado do juiz é sem dúvida um princípio que deve ser constantemente observado dentro do processo, de modo que não sejam privadas às partes a utilização de nenhum tipo de provas possíveis e moralmente admissíveis.

JURISPRUDÊNCIA

Apesar de ser pouco enfrentado em nossos tribunais, temos algumas decisões sobre o uso de fotografia digital que merecem destaque, conforme segue.

Ementa: “PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 241 DO ECA. DIVULGAÇÃO DE IMAGEM PORNOGRÁFICA DE MENOR. 1. Comprovada a divulgação de foto de menor pela Internet, contendo cena pornográfica, por perícia médica e de imagem digital, configura-se o tipo subsumido no art. 241 da Lei 8.069/90.” TRF 4ª Região 7ª Turma - ACR nº 9342/RS – Relator: Juiz Vladimir Freitas - DJU de 10/07/2002, p. 498.

Ementa: “CRIMINAL. RESP. PUBLICAR CENA DE SEXO EXPLÍCITO OU PORNOGRÁFICA ENVOLVENDO CRIANÇA E ADOLESCENTE VIA INTERNET... ANÁLISE DOS TERMOS PUBLICAR E DIVULGAR. IDENTIFICAÇÃO DAS CRIANÇAS E ADOLESCENTES PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. DESNECESSIDADE. ECA. DESTINATÁRIOS. CRIANÇAS E ADOLESCENTES COMO UM TODO... V. Hipótese em que o Tribunal a quo afastou a tipicidade da conduta dos réus, sob o fundamento de que o ato de divulgar não é sinônimo de publicar, pois “nem todo aquele que divulga, publica”, entendendo que os réus divulgavam o material, “de forma restrita, em comunicação pessoal, utilizando a internet”, concluindo que não estariam, desta forma, publicando as imagens. VI. Se os recorridos trocaram fotos pornográficas envolvendo crianças e adolescentes através da internet, resta caracterizada a conduta descrita no tipo penal previsto no art. 241 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que permitiram a difusão da imagem para um número indeterminado de pessoas, tornando-as públicas, portanto. STJ 5ª Turma - RESP 617221/RJ – Rel.: Min. Gilson Dipp – DJU de 09.02.2005, p. 214

Ementa: “DIREITO AUTORAL. FOTOGRAFIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REPRODUÇÃO NÃO AUTORIZADA DE OBRA ARTÍSTICA. CONTRAFAÇÃO. PROVA EFETIVA DE TITULARIDADE DE DIREITO AUTORAL. O negativo a que se refere a lei anterior não é a única forma de produção de obra fotográfica à vista da evolução da tecnologia, já se reconhecendo sua feitura por slides ou impressão digital. Desnecessidade de indicação de valor certo e determinado referente aos danos perpetrados.” Revista de Direito do TJERJ 43/253. TJRJ, 5ª Câmara

Cível. Apelação Cível 1999.001.15076. Rel. Des. Roberto Wider. Julgado em 07/12/1999.

Ementa: “AÇÃO ANULATÓRIA DE MULTAS DE TRÂNSITO - EXCESSO DE VELOCIDADE - LAVRATURA DO AUTO INFRACIONAL COM BASE EM INFORMAÇÃO ELETRÔNICA - CERCEIO DE DEFESA - NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO DESPROVIDO, UNÂNIME. Legítimo e legal o uso, pela administração pública, de aparelhagem eletrônica para, no trânsito, fiscalizar e justificar a imposição de multas sobre a velocidade. A tecnologia, nesse caso, desempenha fundamental papel, coibindo abusos no crescente tráfego de veículos.” TJDF 1ª Turma Cível – APC nº 20020111131510 – Rel.: Des. Eduardo de Moraes Oliveira – DJU de 24/02/2005, p 31

Ementa: “APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. REGISTRADAS POR EQUIPAMENTO ELETRÔNICO. FOTOSSENSOR. AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO PELO INMETRO. OFENSA ÀS RESOLUÇÕES 795/95, 801/95 E 23/98, DO CONTRAN. FOTOGRAFIAS QUE NÃO RETRATAM, COM FIDELIDADE, A INFRAÇÃO DE TRÂNSITO DE AVANÇO DE SINAL VERMELHO. ART. 208 DO CTB. INSUFICIÊNCIA. SENTENÇA REFORMADA . SEGURANÇA CONCEDIDA. A infração e respectiva autuação de trânsito referente ao avanço de sinal fechado, constatada por fotosensor, não é válida se este não foi aferido pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade (INMETRO) ou por entidade credenciada pelo órgão máximo executivo de trânsito da União.” TJMS Apelação Cível nº 2001.003865-2/0000-00 – Rel.: Des. Nildo de Carvalho. Julgado 10.09.01.

O direito comparado também nos trás várias informações valiosas sobre a aceitação da fotografia digital em tribunais em outros países. Especificamente, nos Estados Unidos, que são reconhecidamente mais afetos à tecnologia, o tema é enfrentado desde o começo do surgimento dos equipamentos tecnológicos para a captura digital, como podemos ver:

State of Washington vs. Eric Hayden, 1995: A homicide case was taken through a Kelly-Frye hearing in which the defense specifically objected on the grounds that the digital images were manipulated. The court authorized the use of digital imaging and the defendant was found guilty. In 1998 the Appellate Court upheld the case on appeal.

Tradução livre: Estado de Washington contra Eric Hayden, 1995: Um caso de homicídio levando à audiência preliminar na qual o advogado contestou especificamente em razão das imagens digitais terem sido manipuladas. A Corte autorizou o uso das imagens

digitais e o réu foi considerado culpado. Em 1998, o Tribunal de Apelação confirmou o caso em segunda instância.

State of California vs. Phillip Lee Jackson, 1995: The San Diego (CA) Police Department used digital image processing on a fingerprint in a double homicide case. The defense asked for a Kelly-Frye hearing, but the court ruled this unnecessary on the argument that digital processing is a readily accepted practice in forensics and that new information was not added to the image.

Tradução livre: Estado da Califórnia contra Phillip Lee Jackson, 1995: O Departamento de Polícia de San Diego (CA) usou o processamento de imagens digitais numa impressão digital em um caso de homicídio duplo. O advogado pediu uma audiência preliminar, mas a corte decidiu que isso era desnecessário sob o argumento de que o processamento digital é uma prática forense facilmente aceitável e que nenhuma nova informação havia sido adicionada à imagem.

Como podemos notar, não é só nos tribunais nacionais que a fotografia digital vêm sendo aceita, com a devida cautela que esse meio de prova exige, mas também fica patente que há muito tempo isso vem ocorrendo nos países nos quais a tecnologia é muito mais utilizada, sendo imprescindível para a resolução de vários casos judiciais.

FORMATOS MAIS COMUNS DA FOTOGRAFIA DIGITAL

A fotografia digital é um arquivo de dados que deve ser armazenado em um dispositivo físico cujo qual possa ser lido e interpretado por computadores ou outros dispositivos, de forma que seja possível a visualização da mesma e também a sua impressão em suporte físico, como o papel.

Existem vários tipos de formatos com os quais podemos usar ao lidarmos com fotografias digitais, sendo os mais comuns o JPG (ou JPEG), TIFF, BMP, PNG, GIF e RAW. Cada um deles possui suas características próprias, que estaremos abordando nos tópicos seguintes.

JPG OU JPEG

O nome significa Joint Photographics Experts Group, sendo o comitê que desenvolveu uma técnica de compressão de imagens, em 1992, que pode conter ou não perda de informação. O processo de compressão consiste na análise sequencial de pequenas partes da imagem em questão, a informação resultante é então armazenada em blocos, em um número pré-definido de slots (áreas nas quais os dados são gravados). Para diminuir o tamanho do arquivo da imagem, deve-se usar uma alta taxa de compressão, isso faz com que as partes a serem analisadas sejam

maiores e o número de slots é menor. Como consequência há perda de detalhes e foco, podendo, em casos específicos, ocorrerem borrões, blocos de cor e outros problemas na imagem que está sendo comprimida.

Além de um método de compressão, também é considerado um formato de arquivo. Este formato é o mais comum utilizado em câmeras digitais e outros dispositivos eletrônicos que fazem a captura de imagens. Também é muito utilizado para a publicação de imagens na Internet ou na utilização de equipamentos que possuem pouca capacidade de armazenamento e memória, devido à sua alta taxa de compressão sem a perda nítida de qualidade da imagem após o processamento.

Em determinadas situações de altas taxas de compressão, ou mesmo de configuração inadequada dos equipamentos de captura, como câmeras, as imagens podem ficar borradas ou distorcidas, o que pode inviabilizar o seu uso dentro de processos. No entanto, mesmo dentro dessas situações, ainda é possível determinar se houve adulterações relativas ao arquivo original, conforme veremos adiante.

TIFF

O formato mais utilizado por programas profissionais, desenvolvido pela empresa Aldus, o TIFF (Targa Image File Format), é muito utilizado para a troca de arquivos de imagens em sistemas de pré-impressão. O formato originou-se no mundo da editoração eletrônica. A característica mais marcante desse tipo de arquivo é que ele é multiplataforma, podendo ser usado sem a necessidade de conversão por sistemas Windows, Linux, Macintosh, entre outros. Sua qualidade principal é a elevada definição de cores e também a capacidade de armazenar mais de uma página dentro de um único arquivo.

Arquivos TIFF também suportam a compactação, porém, não há perda de qualidade, pois nenhuma informação da imagem é descartada no processo. A diferença mais visível no caso, é que a abertura dos arquivos e o seu processamento são muito mais lentos que o normal, sem a compressão.

Esses arquivos são muito utilizados em programas profissionais e dispositivos de captura, como scanners, porém, devido à sua complexidade e ao tamanho muito superior a outros tipos, não é utilizado em câmeras e dispositivos similares, tampouco é comum a publicação na Internet com este tipo de imagem.

BMP

O **BMP** ou Windows Bitmap é um formato gráfico composto de pixels⁴, 4 Pixel (sendo o plural pixels) (aglutinação de Picture e Element, ou seja, elemento de imagem, sendo Pix a abreviatura em inglês para Picture) é o menor elemento num dispositivo de exibição (como por exemplo, um monitor), ao qual é possível atribuir-se uma cor. De uma forma mais simples, um pixel é o menor ponto que forma uma imagem digital, sendo que o conjunto de milhares de pixels forma a imagem inteira. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Pixel>, acessado em 15 de janeiro de 2011.

criado pela Microsoft e pela IBM, é usado principalmente pelo sistema operacional Windows. Acrônimo de bitmap, ou mapa de bits⁵, é o formato no qual uma série de pixels individuais formam uma imagem. A cor de cada pixel é determinada por um conjunto de bits. A característica marcante deste tipo de arquivo é que ele é independente do periférico de afixação, ou seja, ele independe do dispositivo no qual será exibido.

Apesar de largamente utilizado pelo sistema operacional Windows, os arquivos do tipo BMP caíram em desuso, devido a sua característica marcante de ocupar muito espaço para armazenamento de imagens, sendo que com a utilização do JPG, por exemplo, para armazenar a mesma coisa, ocupa praticamente de 10 a 15% do espaço necessário. Por sua ampla utilização com o Windows, este tipo de arquivo também é utilizado por muitos dispositivos eletrônicos, possibilitando a rápida edição e armazenamento, além de ser intercambiável entre praticamente todos os tipos de programas que trabalham com imagens.

GIF

O formato GIF ou Graphics Interchange Format, foi criado em 1987 pela CompuServe, com o objetivo de fornecer uma alternativa aos arquivos mais antigos que permitiam apenas preto e branco, sendo que ele trabalha com imagens de no máximo 256 cores. Ele é considerado antiquado em praticamente todos os segmentos que trabalham com imagens atualmente, sendo que é inadequado para a utilização com fotos coloridas, devido a pouca quantidade de cores disponível. A única vantagem do formato é a possibilidade de colocar várias imagens em um único arquivo e definir um espaço de tempo que cada qual permanecerá sendo exibida, formando assim um “filme” com as imagens, criando uma animação. Por fim, também é possível escolher uma determinada cor que não será exibida pelo computador, criando-se assim um efeito de transparência.

Apesar de não ser utilizado para o armazenamento de fotografias, esse formato é muito utilizado na Internet, por sua característica de conseguir produzir arquivos pequenos com animações, desde que não exijam muitas cores e tampouco atividades complexas.

PNG

PNG ou Portable Network Graphics é um formato que foi desenvolvido com o objetivo de substituir os arquivos GIF, que eram protegidos por patentes. A principal vantagem do PNG é que ele combina o que de melhor existe nos

⁵ Bit (simplificação para dígito binário, “BInary digiT” em inglês) é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida. Usada na Computação e na Teoria da Informação. Um bit pode assumir somente 2 valores, por exemplo: 0 ou 1, verdadeiro ou falso. Fonte: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Bit>, acessado em 15 de janeiro de 2011.

arquivos GIF e JPG. Uma das exceções em relação ao GIF, é que este formato de arquivo não suporta animações, porém tem uma compressão muito mais eficiente e produz arquivos menores. Uma das características marcantes é que o PNG suporta transparência por canais, ou seja, ele permite uma graduação suave, ao invés de utilizar apenas uma cor para conseguir o efeito desejado.

Devidos às limitações intrínsecas a este formato de arquivo, ele não é utilizado por quase nenhuma câmera fotográfica na atualidade, ficando relegado ao ostracismo, pois também é pouco utilizado na Internet.

RAW

O formato RAW pode ser definido como “negativo digital”. Sua principal característica é armazenar a totalidade dos dados da imagem da maneira fiel e literal pela qual foi capturada pelo sensor da câmera digital. O formato para ser considerado puro, ou “cru”, não pode ter nenhum tipo de compressão, como ocorre com outros formatos de arquivos de imagem, como, por exemplo, o JPG.

Devido à característica de conter todos os dados da imagem capturada pela máquina digital, os arquivos são extremamente grandes. É chamado de “negativo digital” justamente por ser o equivalente do filme das máquinas analógicas, isso porque, o arquivo RAW em si normalmente não é utilizado como imagem, mas sim como suporte de armazenamento de dados para possibilitar a criação de uma. O processo que faz a conversão do formato RAW para outro mais conhecido e que possibilita a visualização da imagem, como o JPG, também é conhecido como “revelação de imagem RAW”. Não existe uma extensão própria para este tipo de arquivo. Na verdade, cada fabricante de câmeras digitais ou dispositivos de captura de imagens utilizam suas próprias extensões, assim, deve-se consultar o manual técnico de cada dispositivo para se obter maiores informações. Também não há compatibilidade entre os arquivos, pois cada fabricante utiliza o seu próprio padrão, por isso é importante saber de antemão se existe programas adequados para trabalhar com elas.

Aliado a outras técnicas para a detecção de adulterações, o formato RAW sem dúvida se mostra o melhor tipo de arquivo de imagem a ser utilizado pelos tribunais brasileiros, possibilitando ao juiz grande segurança para a utilização de fotografias digitais. No entanto, com a criação de novos métodos e programas específicos pela computação forense, este não é o único arquivo a ser considerado utilizável em meios processuais, apesar de desejável.

Apesar do tamanho gerado por este formato, é aconselhável a quem quiser utilizar uma foto como prova judicial que o utilize, pois a possibilidade de adulteração é muito menor, pois necessita de programas específicos, de acordo com cada fabricante do dispositivo usado para a captura da imagem, sendo que alguns

arquivos sequer permitem modificações, e também porque em caso da necessidade de perícia, o trabalho a ser realizado será imensamente facilitado, propiciando vários meios para que se demonstre a autenticidade e integridade necessárias à comprovação da originalidade para o convencimento do magistrado.

Para melhor compreensão do que seria um “negativo” da fotografia digital, é interessante entender o que ocorre no exato momento da exposição da câmera. Há um processo físico com sensores fotossensíveis que ao receberem luz geram uma carga elétrica. O sensor possui milhões de pixels, sendo que cada um deles recebe uma quantidade de luz, gerando um sinal elétrico que é enviado a um processador. Em frações de segundo, há uma interpretação desses sinais através do processador, prosseguindo com a criação de um mapa de todos os pixels. O mapa, na realidade, é a imagem capturada pelo sensor. A maior parte das câmeras digitais aplica filtros e efeitos nesse mapa, já na etapa de processamento, o resultado prático é que a imagem tem um tratamento prévio, e quando isso ocorre, o arquivo de imagem resultante normalmente é gravado no formato JPG. Aqui entra a principal utilidade do formato RAW: o mapa não sofre alterações nem tratamento prévio, gerando uma imagem “crua”, com exatamente o que foi captado pelo sensor.

Fotógrafos profissionais preferem esse formato justamente porque podem fazer as alterações necessárias de correção nas fotos posteriormente, sendo que a qualidade obtida com a fotografia digital original é muito superior a outros formatos aqui já descritos. No entanto, a manipulação destes arquivos é muito trabalhosa, necessitando de processadores poderosos para a manipulação destes. Infelizmente a atual tecnologia ainda não permite que as câmeras disponíveis no comércio tenham esse recurso de forma completa. Alguns fabricantes para disponibilizarem o formato RAW em seus equipamentos costumam fazer a utilização de algoritmos menos eficazes, o que muitas vezes resulta numa fotografia com qualidade inferior ao esperado.

FORMATO DNG

A Adobe, empresa reconhecidamente especializada em imagens digitais, criou o formato DNG, ou Digital Negative, “um formato de arquivamento público para os arquivos brutos gerados pelas câmeras digitais. Ao utilizar um padrão aberto para os arquivos RAW criados em modelos individuais de câmera, o DNG ajuda a garantir que os fotógrafos terão acesso aos seus arquivos no futuro”⁶.

Na prática, o formato DNG é um arquivo com a imagem RAW e os metadados correspondentes para a sua leitura correta, criando uma padronização, já que cada fabricante faz a sua própria definição.

⁶ Fonte: Adobe Systems. <<http://www.adobe.com/br/products/dng/>>, acessado em 16/01/2011.

ESTEGANOGRAFIA

Esteganografia significa “escrita escondida”. Consiste no estudo e uso de técnicas com o objetivo de esconder mensagens dentro de outra. Não se deve confundir criptografia com esteganografia, a primeira tem como objetivo ocultar o significado da mensagem, mas não ela própria, já a segunda procura esconder a mensagem em si. Nada implica, porém, que não possam ser usadas as duas técnicas combinadas para o envio de mensagens.

Modernamente, a técnica é usada com imagens, alterando-se pequeníssimas porções localizadas dentro do mapa de pixels, fazendo com que a mensagem fique escondida e que não haja alterações perceptíveis após o uso da esteganografia. Entre os métodos mais conhecidos e utilizados, estão as tintas invisíveis e micropontos.

Uma das utilidades da técnica pode ser a inserção de mensagens personalizadas dentro de imagens de modo que se possa identificar rapidamente caso ela seja copiada e usada irregularmente por outros que não são seus detentores originais e de direito. Existem dois tipos de técnicas mais usadas frequentemente nos dias atuais: a marca d’água digital, utilizada em imagens, e a impressão digital, que consiste na inserção de códigos seriais, principalmente dentro de arquivos de vídeo, assim, se forem copiados e distribuídos, por exemplo, pela Internet, será fácil identificar quem foi o responsável pela distribuição. Infelizmente, essa técnica pode ser usada também com fins menos altruístas, como comunicação entre criminosos e a distribuição de vírus, entre outros programas nocivos em computadores. Esta técnica não precisa necessariamente ser utilizada apenas com imagens, podendo também ser aplicada em arquivos de áudio e vídeo.

O perito forense deve estar preparado para perceber possíveis indícios da utilização da técnica de esteganografia e assim utilizar os programas corretos para a obtenção das mensagens ocultas dentro de imagens. A esta área responsável por descobrir a existência de mensagens em arquivos dá-se o nome de “esteganálise”. Além de descobrir a mensagem em si, deve-se também encontrar qual foi o método utilizado para realizar a esteganografia, o que é feito partindo de vários pressupostos. Uma vez encontrada a mensagem, pode-se proceder a leitura, torna-la inconsistente ou simplesmente destruí-la.

CADEIA OU CORRENTE DE CUSTÓDIA DE PROVAS

Apesar de com o passar do tempo existir inúmeros avanços tecnológicos e científicos da computação forense, melhorando a capacidade de coleta e utilização de provas ou evidências para a solução de processos, os avanços por si não garantem que estas sejam aceitas pela justiça.

Para ser aceita judicialmente, a prova tem que obedecer critérios rígidos

para a sua coleta, manuseio e análise, com condições mínimas de segurança, proporcionando a integridade e autenticidade, evitando danos irreversíveis que possam macular de forma irreversível o processo.

A credibilidade da prova vem da capacidade de se provar em juízo a autenticidade e integridade da fotografia digital, não esquecendo que qualquer análise feita deva ser isenta e que não promova qualquer alteração no objeto periciado. A prova deve, assim, ser confiável, suficiente e relevante.

Para o correto prosseguimento da ação processual é imperativo que se tenha familiaridade com a linguagem específica da tecnologia, que se conheçam os termos utilizados, não se esquecendo da ciência forense computacional e os aspectos jurídicos relevantes e correlacionados. O conhecimento prévio das metodologias a serem empregadas e do processo de forense computacional são essenciais para o desenvolvimento da análise técnica sem falhas e com a maior taxa de sucesso possível.

O principal objetivo da cadeia de custódia é definir o caminho pelo qual se efetuará a coleta, guarda e análise da prova, documentando todas as informações possíveis sobre o trabalho realizado, como horário da coleta, proprietário, quem coletou, como foi coletada, forma de armazenamento e proteção, quem possui a posse atualmente, entre outras informações relevantes.

Uma das características mais relevantes a ser levantada é o MAC, Modified, Accessed and Changed, numa tradução livre, Modificado, Acessado e Alterado. Essas informações são amplamente utilizadas pela imensa maioria dos sistemas operacionais existentes hoje em dia, desde o Windows, Linux, MacOS, entre outros. O MAC, ou MAC Time, como também é conhecido, é um padrão para a identificação sobre procedimentos realizados com as informações de um sistema de arquivos computacional, com o seguinte significado:

- M: última leitura ou gravação;
- A: último acesso ao arquivo;
- C: última mudança de inode⁷.

Caso haja alteração no atributo de um arquivo, como, por exemplo, deixá-lo como “somente leitura”, ou mudar a permissão deste ou do diretório (pasta) no qual está localizado, restringindo ou aumentando as opções de acesso, fazem com que exista uma mudança no inode do arquivo em questão.

Dessa maneira, o MAC Time possibilita a determinação da cronologia de criação e acesso aos arquivos digitais. Com ele é possível determinar quando o arquivo da fotografia digital foi criado, a última vez que foi acessado (uma visualização, por exemplo) e também a última vez que foi modificado. Assim, uma das formas possíveis para se verificar se houve adulteração é através desse atributo do arquivo, que revela imediatamente a manipulação da foto caso as datas sejam

⁷ Inode ou Nó-I ou index node é uma estrutura de dados que compõem um sistema de arquivos. Ele armazena informações sobre um arquivo, como proprietário, permissões e localização.

diferentes.

É importante que ao se analisar uma prova digital todo o procedimento seja, na medida do possível, realizado em cópias dos arquivos originais, evitando-se ao máximo a alteração de atributos, conservando a originalidade e autenticidade, de modo que estejam sempre disponíveis para novas perícias e possíveis contraprovas. Obedecendo a esses critérios, têm-se cinco regras que sempre deve estar à mente sobre as provas: ser admissível: deve ser passível de ser utilizada nos tribunais; ser autêntica: deve relatar o incidente de maneira relevante; ser completa: deve ser capaz de comprovar algum fato de maneira completa; ser confiável: não pode ser questionada quanto a sua autenticidade e veracidade; ser crível: clara e fácil de compreender aos olhos do juiz.

PRINCÍPIO DA TROCA DE LOCARD

O princípio da troca de Locard determina que no momento que dois objetos entram em contato há transferência de material entre eles, ou seja, sempre haverá troca quando dois objetos entrarem em contato. No contexto do presente artigo, o princípio demonstra que pode haver contaminação das provas, inclusive por desatenção de quem estiver manipulando o arquivo digital, como o perito, no momento da investigação e realização de relatório para a instrução judicial.

Para proteger o ambiente e também a prova digital, especificamente a fotografia digital, é necessário que o ambiente de análise e também o meio no qual o arquivo se encontra armazenado seja administrado adequada e corretamente. A inobservância desses cuidados pode invalidar a produção probatória em juízo, prejudicando totalmente o sucesso processual almejado. Assim, é imprescindível que o responsável saiba como funciona a cadeia de custódia e tenha conhecimentos mínimos da ciência forense computacional de forma que a manipulação inadequada dos arquivos não venha a comprometer a produção de provas, uma vez que o simples acesso de uma fotografia digital já pode causar a alteração de determinados atributos do arquivo, como tratado alhures, inviabilizando seu uso em juízo.

FERRAMENTAS PARA A PERÍCIA FORENSE

Atualmente é possível encontrar no mercado diversas ferramentas para serem utilizadas com a ciência forense computacional, desde programas gratuitos até de elevado custo, do mais simples ao mais complexo. É importante que o operador do Direito tenha conhecimento básico sobre essas ferramentas, propiciando assim uma maior desenvoltura dele junto ao perito e também para a melhor argumentação do caso junto ao juiz.

Normalmente, as fotografias digitais estão armazenadas em dispositivos

móveis, como cartões de memória ou mesmo aparelhos celulares. Praticamente todos eles podem ser acessados em qualquer computador, possibilitando a análise forense do arquivo digital em questão de forma que se estabeleçam parâmetros mínimos de confiabilidade e garantia de que não houve adulteração e que forneça os meios necessários para a geração de arquivos de controle que podem ser usados a qualquer momento para comparações e se descobrir se o arquivo original sofreu qualquer tipo de adulteração.

VERIFICAÇÃO DE INTEGRIDADE ATRAVÉS DE HASH

Hash⁸ é uma função, que tem como objetivo sumarizar ou identificar probabilisticamente um determinado dado. Assim, sua propriedade mais importante é que, se após a construção do hash e verificação do algoritmo gerado na origem e no destino houver diferença, isso significa que as entradas não são iguais, caracterizando que houve violação do que foi enviado com o que foi recebido pelo destinatário. Em sistemas computacionais, a função hash criptográfica recebe, em sua entrada, uma cadeia de caracteres, de qualquer tamanho, que pode ser qualquer tipo de arquivo. Após a análise do conteúdo para os devidos cálculos matemáticos é gerada na saída uma cadeia de caracteres de tamanho fixo, que recebe o nome de Message Digest ou digital fingerprint (impressão digital computacional).

Este tipo de solução é muito utilizado nos meios computacionais uma vez que não é possível reconstruir a cadeia de caracteres original a partir do algoritmo hash criado. Assim, caso haja qualquer tipo de mudança no arquivo original, mesmo que de um único bit, o hash resultante no destino será diferente e o documento se tornará inválido.

MD5

O MD5 ou Message-Digest algorithm 5 é um algoritmo de hash unidirecional, ou seja, após a geração do código de identificação de letras e números, não é possível fazer o processo reverso, ou seja, a partir do hash a obtenção do arquivo original é impossível.

A utilização do MD5 é indicada para se resguardar a autenticidade da fotografia digital. Ao se ter acesso pela primeira vez com a prova em questão, deve-se fazer uma cópia da mesma e em seguida fazer a geração do arquivo MD5 e armazenar ambos em um meio adequado, por exemplo, gravar em um CD não regravável, ficando a prova assim resguardada quanto a possíveis adulterações.

⁸ A definição mais simples para hash é a transformação de grandes quantidades de informação, como um arquivo digital inteiro, em pequena quantidade de informações, não passando de apenas algumas letras e números, como resultado de cálculo matemático, gerando uma identificação única para o arquivo original. Também pode ser conhecida como One-Way Hash Function, Message Digest, Função de Espalhamento Unidirecional ou Função de Condensação.

Caso a fotografia digital encontre-se em um cartão de memória, que é o caso da imensa maioria das câmeras digitais, é sensato que se guarde este juntamente com o CD com a cópia da foto e o arquivo MD5 resultante.

SHA

SHA (Secure Hash Algorithm) é uma família de funções criptográficas. Os algoritmos SHA foram desenvolvidos pela Agência de Segurança Nacional (NSA – National Security Agency) dos Estados Unidos, e servem como padrão para o governo norte-americano. Este algoritmo é considerado por muitos como o sucessor do MD5, embora ambos tenham falhas exploradas por agentes criminosos. Para operações críticas, é recomendado que se utilize o SHA-256 ou superior, de modo que se evite problemas com exploração de falhas por pessoas má intencionadas.

WHIRLPOOL

O Whirlpool também é uma função criptográfica de hash, desenvolvida em parceria pelo brasileiro Paulo S. L. M. Barreto e pelo belga Vincent Rijmen. Após o lançamento da primeira versão, dois pesquisadores japoneses, Shibusaki e Shirai, descobriram um problema com o algoritmo, sendo necessária uma correção e lançamento de uma versão corrigida. Com isso, o NESSIE (New European Schemes for Signatures, Integrity and Encryption – Europeu) o escolheu como projeto de algoritmo de hash. Em seguida o padrão foi adotado pela ISO/IEC 10118-3:2004. Apesar do bom desenvolvimento e aplicabilidade, essa função não é muito utilizada atualmente.

CÓPIAS FIDEDIGNAS

Um das preocupações que o operador do direito e eventuais peritos devem ter em mente é a realização de cópias para a correta manipulação das fotografias digitais que serão utilizadas como prova. No entanto, na medida do possível, não se devem fazer cópias simples, pois estas alteram alguns atributos dos arquivos ao gerarem as cópias. A forma de garantir que a cópia também é fidedigna e exatamente igual à original é através de programas especializados, que trabalham com duplicação física de dispositivos ou geração de imagens idênticas às originais para que o trabalho pericial seja realizado sem problemas. Uma das vantagens desse tipo de cópia é que o trabalho pode ser realizado independentemente do sistema operacional utilizado no computador ou dispositivo eletrônico.

Tenha em mente que há necessidade de sempre se realizar cópias das fotografias digitais ou qualquer outro tipo de arquivo que se faça necessário ao

conjunto probatório para que, caso ocorra algum problema, os dados não sejam perdidos de forma definitiva, impossibilitando qualquer tipo de ação futura. Assim, é essencial e imperativo que se mantenha no mínimo duas cópias adicionais de todas as provas para evitar quaisquer tipo de dissabores que são inerentes ao meio computacional.

IDENTIFICANDO FOTOS ALTERADAS

Existem vários mecanismos pelos quais se pode identificar se uma foto foi alterada, mesmo não sendo possível recorrer à imagem original para comparação.

Cientistas já concluíram com êxito um programa que consegue saber se a foto sofreu qualquer tipo de alteração através da comparação da “assinatura digital” que toda imagem gerada por uma câmera fotográfica digital possui. Todo equipamento fotográfico insere uma “assinatura digital” única nos arquivos resultantes, então, a partir de um banco de dados com essas informações, é possível identificar se a fotografia digital passou por alterações, uma vez que ao ser gravada novamente perderá ou terá essa assinatura digital modificada.

É possível detectar alterações também com análise da iluminação, uma vez que as técnicas de manipulação não conseguem duplicar os efeitos com perfeição da luz natural, assim programas especializados podem fazer comparações nas condições de iluminação da fotografia. O programa consegue detectar todos os tipos de emissão de luz, natural e artificial e superfícies refletoras, a partir desse estágio é feito a modelagem da iluminação, procurando variações inconcebíveis com as emissões de luz.

A alteração também pode ser identificada através de comparações matemáticas de conjuntos de pixels da imagem, pois, ao fazer alterações, muitas vezes usam-se partes da própria foto para concluir o trabalho, por exemplo, quando se quer retirar uma pessoa ou objeto, utiliza-se clonagem das partes adjacentes para criar o efeito necessário. Ocorre que nesse processo de clonagem há uma repetição de pixels, que pode ser imperceptível ao olho humano, mas que quando analisado através de algoritmos matemáticos é facilmente encontrado um padrão de repetição, identificando assim a alteração.

Outra maneira de identificar alterações é através do ELA – Error level analysis – que consiste em salvar novamente a imagem que está sendo alvo da perícia. Se não houver alterações significativas na imagem, então não houve alterações. No entanto, caso tenha havido retoques, ao salvar novamente, a imagem apresentará erros mínimos de qualidade, revelando as áreas que efetivamente foram modificadas. É possível utilizar esse serviço gratuitamente através da Internet, no endereço <http://errorlevelanalysis.com>.

CONCLUSÃO

As normas legais existentes em nosso país hoje não obstam a produção de provas digitais, sendo assegurado pela Constituição Federal e legislações infraconstitucionais o direito à utilização de todo conjunto probatório necessário para a instrução processual e convencimento do juiz.

É sabido que o Direito não tem como acompanhar a evolução tecnológica que vivenciamos, pois esta ocorre de forma exponencial, com novidades sendo lançadas a cada momento, com a criatividade humana se superando a todo instante. O Direito, como ciência que estuda o comportamento humano que é, tem que se adaptar ao que ocorre no dia-a-dia, não tendo como prever inúmeras situações com as quais a tecnologia proporciona desafios aos conceitos mais arraigados que temos em nossa sociedade.

São inúmeros e infindáveis os dispositivos que possuem capacidade de capturar imagens, as fotografias digitais, sem a necessidade da utilização de filmes fotográficos, criando assim um desafio adicional para peritos e operadores do direito para poderem usar com plena convicção as imagens dentro de um processo judicial.

Com o uso de tecnologias apropriadas e conhecimento sólido sobre o funcionamento tecnológico desses equipamentos, é totalmente possível a utilização de provas digitais, principalmente a fotografia digital, dentro do conjunto probatório. São várias e várias ferramentas que fornecem todo tipo de auxílio para que as imagens possam ter sua autenticidade e integridades confirmadas, bem como também possam eventualmente ser contestadas e descobertas caso tenham sido alteradas ou adulteradas de alguma forma.

A perícia forense, que independe da criação de leis, vem socorrer a ciência do Direito fornecendo todas as ferramentas necessárias para a validação das fotografias digitais como meio de prova, e acompanham lado a lado o crescimento tecnológico que enfrentamos com os novos equipamentos que são lançados quase que diariamente.

Não deve o juiz recusar a utilização de fotografias digitais no processo por simples desconfiança da nova tecnologia ou por ater-se cegamente ao Código de Processo Civil. Antes, deve considerar o artigo 225 do Código Civil que autoriza a produção de provas digitais e não exige o acompanhamento do filme fotográfico para validação da foto. Caso o juiz ou a parte contrária sintam-se incomodados com alguma característica da foto juntada ao processo, desconfiando de sua autenticidade, basta requisitar a contraprova e a perícia da mesma, pois com todos os meios existentes é relativamente seguro afirmar que facilmente se descobrirá se há alterações ou se a foto é forjada. Também não se deve aceitar apenas o formato RAW, uma vez que os recursos disponíveis para a perícia já são suficientes para

análise dos formatos mais comuns, como o amplamente utilizado JPG.

Aliás, é o que podemos perceber que está ocorrendo mais e mais corriqueiramente, não só com a aceitação por parte dos tribunais das fotos digitais, como também pelo seu uso crescente por parte de órgãos governamentais, evidenciando que estamos numa estrada sem volta, sendo, inclusive, que a utilização de filmes fotográficos, os popularmente conhecidos “negativos”, estão cada vez mais escassos e difíceis de serem encontrados, uma vez que as novas câmeras e dispositivos que são comercializados não utilizam mais este recurso.

Ademais, deve o operador de Direito que quiser utilizar a fotografia digital como prova preocupar-se com a forma que a imagem foi capturada e também sempre armazená-la em local confiável, gerando arquivos que possam ser utilizados para atestar a autenticidade e integridade, não esquecendo ainda de se efetuar cópias integrais e sem gerar modificações nos arquivos de modo que não se corra riscos desnecessários com a destruição de algum arquivo.

Observando-se os princípios da perícia forense, como a cadeia de custódia, nada impede a utilização da fotografia digital dentro do processo, sendo uma ferramenta indispensável nos dias atuais para se buscar a tão almejada justiça social.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito da Internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BALKIN, J. M. **Cybercrime: Digital Cops in a Networked Environment**. NYU Press, 2007.

BAPTISTA, Luís Olavo. **Novas Fronteiras do Direito na Informática e Telemática**. São Paulo: Saraiva. 2001.

BROWN, Christopher. Lt. **Computer Evidence: Collection & Preservation**. Charles River Media, 2005.

CARVEY, Harlan. **Windows Forensic Analysis**. Syngress, 2009.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos na internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.

DIAS, Cláudio. **Segurança e Auditoria da Tecnologia da Informação**. Rio de Janeiro: Axcel Books, 2000.

ELEUTÉRIO, Pedro Monteiro da Silva; MACHADO, Marcio Pereira. **Desvendando a Computação Forense**. Novatec, 2001.

GRECO, Marcos Aurélio. **Internet e Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.

GRECO, Marco Aurélio; MARTINS, Ives Granda da Silva. **Direito e Internet: relações jurídicas na sociedade informatizada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

KANAAN, João Carlos. **Informática Global**. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1998.

LUCCA, Newton de; SIMÃO, Adalberto. **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. São Paulo: Edipro, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de Processo Civil e legislação processual civil e em vigor**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PECK, Patrícia. **Direito Digital**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

ROCHA, Valdir de Oliveira. **O Direito e a Internet**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

ROVER, Aires José. **Direito e Informática**. Barueri: Manole, 2004.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Internet: o direito na era virtual**. São Paulo: Melhoramentos, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**. 6. ed. São Paulo: RT, 2003. v. 1.

DIREITO FUNDAMENTAL E SUA NORMATIZAÇÃO – NECESSIDADE DO VALOR JUSTIÇA ATRAVÉS DA DEMOCRACIA COMO UM DOS FINS DO ESTADO

FUNDAMENTAL RIGHT AND THEIR STANDARDIZATION - VALUE OF NEED OF JUSTICE THROUGH DEMOCRACY AS ONE OF THE PURPOSES OF THE STATE

José Antonio Gomes Ignácio Junior¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

A busca da justiça nasceu com o direito. O homem desde o início das relações sociais, teve em mente uma determinada justiça. Sem dúvida que esse conceito é subjetivo e multifásico, porém pode-se cogitar da existência de um senso comum entre tantas definições. Inicialmente nosso trabalho procura trazer de forma objetiva, os principais formatos pelos quais o direito foi edificado – jus-naturalismo; positivismo e pós-positivismo. Nessa seara, ressalta-se o afloramento do pós-positivismo como fruto da necessidade da normatização dos princípios, diante do fracasso do sistema Kelseniano clássico (positivista), que sustentou os regimes totalitários da Europa no meio do século passado (nazismo, fascismo, stalinismo, etc). Com o fim desses regimes ditatoriais, o mundo se viu diante da necessidade de inserção no ordenamento jurídico, de valores comuns a todos os seres humanos, independentemente de sua cor, raça, religião, opção política ou qualquer outra forma de fragmentação social. Esses valores inseridos no campo do direito posto adquiriram várias denominações, entre as quais a chancela de direitos fundamentais. A pesquisa ainda analisa se entre todos esses direitos, haveria um ponto de comunhão, a justiça. Muito embora todas as vertentes exploradas no trabalho invoquem um apaixonante aprofundamento, o que não podemos fazer nesta seara em razão das limitações formais (numero de laudas), acreditamos que a busca da justiça esteja presente em cada um dos direitos fundamentais, e mais, que haveria um elemento comum entre todas as definições desta, porém a se chegar nesse liame, mostra-se necessário o prosseguimento das investigações, porém, o que a nosso ver se apresenta incontroverso, é que o justo é um axioma dos direitos fundamentais. Essa justiça em parte, reside na democracia que deve ser um dos fins de um Estado.

¹ Advogado; Professor de graduação (EDUVALE/AVARÉ); membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus; Pós-graduado em Direito Tributário (UNIVEM) e Direito Público (IDP); Graduado em Administração (FCCAA) e Direito (FKB). gomes@gomesignacio.adv.br

² Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré. Advogado. Professor universitário de Direito.

Palavras-chave: Direito fundamental; justiça; normatização; democracia.

ABSTRACT

The seek for justice was born with the right. The man from the beginning of social relations, had in mind a particular justice. No doubt that this concept is subjective and multiphase, but you might consider the existence of a common sense among many definitions. Initially our work seeks to bring in an objective, the main formats for which the right was built - jus-naturalism, positivism and post-positivism. In this area, it emphasizes the outcrop of post-positivism as a result of the need for standardization of principles, before the failure of the system Kelsian classic (positivist), which sustained the totalitarian regimes in Europe in the middle of last century (Nazism, Fascism, Stalinism , etc.). With the end of dictatorial regimes, the world was faced with the need to enter the legal system of values common to all human beings irrespective of their color, race, religion, political or any other form of social fragmentation. These values inserted in the legal position acquired several names, including the seal of fundamental rights. The survey analyzes between all these rights, there would be a point of fellowship, justice. Although all aspects explored in the paper claiming a passionate deepening, we can not do in this endeavor because of the formal limitations (number of pages), we believe that the pursuit of justice is present in each of the fundamental rights, and further, that there would be a common element of all definitions of this, but get this bond, it appears necessary to the continuation of the investigations, however, which in our view presents incontrovertible, is that fair is an axiom of fundamental rights. This justice in part, lies in democracy to be one of the purposes of a state.

Keywords: Fundamental rights; justice; standardization; democracy

INTRODUÇÃO

O artigo tem como finalidade justificar a normatização dos princípios, e buscar um elo comum entre todos – a justiça - que é um dos objetivos do Estado.

Esse liame se apresenta através da democracia. Inobstante as dificuldades em definir seu conceito – justiça - procuramos colocá-la como axioma dos princípios, e por consequência de todo o ordenamento jurídico, essa a problemática.

Os princípios tem intrinsecamente a justiça em seu âmago, e quando da sua inserção no ordenamento, esse viés deve se realçar. Não podemos ainda falar em justiça sem termos a democracia como elemento crucial, pois através dela, é que os direitos (fundamentais) são justificados. Esse nosso objetivo.

Vários autores defendem a idéia que justiça e direito estão em linhas paralelas mas não juntas. Talvez seja uma verdade, como arrisca PASCAL:

É arriscado dizer ao povo que às leis são justas; pois ele só obedece porque as julga justas. Eis porque é preciso dizer-lhe, ao mesmo

tempo, que é preciso obedecer porque são leis, do mesmo modo porque é preciso obedecer aos superiores, não porque sejam justos, mas porque são superiores. E, assim, em toda sedição previnida, se pode fazer entender isso; e é propriamente essa a definição da justiça.³

Já para BOBBIO justiça se mostra intrínseca ao direito:

Poder-se-ia objetar que o fim próprio do direito não é a ordem, mas sim um fim superior: a justiça; ou, em outros termos, que o fim do direito não é uma ordem qualquer, mas a ordem justa. Pode-se entretanto responder que, no sentido tradicional, mais comum e mais amplo desse termo, a justiça nada mais é do que a legalidade, isto é, respeito e correspondência à lei (e homem justo é aquele que adéqua o próprio comportamento à lei, em contraposição ao homem ético, que é aquele que age com base numa livre escolha responsável). ... A afirmação segundo a qual a função própria do direito é garantir a ordem não é portanto aberrante em relação àquela que considera a justiça como o fim próprio do direito, porque, ao menos com base numa certa concepção, a justiça se identifica com a ordem.⁴

Nesse prisma, o objetivo da pesquisa tenta demonstrar que os princípios carregam em sua essência, uma força motriz, a justiça, que adquire diversas formas, mas não deixa de ter um conceito comum na busca da efetivação dos direitos fundamentais do cidadão. Esses direitos fundamentais adquirem um adjetivo peculiar denominado de humanista, entendidos aqueles princípios que nas palavras de AYRES BRITTO:

Consiste num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira. O Direito enquanto meio, o humanismo enquanto fim. É como dizer: o humanismo, alçado à condição de valor jurídico, é de ser realizado mediante figuras de Direito. Que são os institutos e as instituições em que ele, Direito Positivo, se decompõe e pelos quais opera. ... Não que as Constituições precisem nominar o humanismo. Basta que elas falem de democracia para que ele esteja automaticamente normado.⁵

O tema se justifica em razão da justiça ser uma aspiração desde o jus-naturalismo, passando pelo positivismo, e se mostrando presente no atual pós-positivismo.

Um viés desse conceito, sem dúvidas é cristalizado na democracia, porém isso não a livra completamente de críticas, ao menos na forma em se apresenta,

3 PASCAL, Blaise. Pensamentos. Tradução Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 1996. p. 200.

4 BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico. Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 2006. p. 231.

5 BRITTO, Carlos Ayres. O humanismo como categoria constitucional. Belo Horizonte: Forum, 2010. p. 19; 37/38.

como veremos nas palavras do ilustre juiz da Corte Constitucional da Itália, Gustavo Zagrebelsky, que invoca um modelo diferente de democracia, a qual é rotulada pelo próprio de - democracia crítica- .

Por fim, estabelecidos o tema, o problema, o objetivo e sua justificativa, a metodologia terá o modelo dogmático de investigação, pautado no raciocínio dedutivo por acreditarmos ser o mais adequado à temática.

A EVOLUÇÃO FILOSÓFICA DO DIREITO

O direito ao longo dos tempos passou por inúmeras influências filosóficas, recebendo entre tantas, as mais relevantes denominadas de naturalismo e positivismo, mas sempre se questionou a eficácia do modelo adotado, o que não é diferente atualmente.

Os ordenamentos criados sob a vontade popular, em síntese, deveriam buscar uma felicidade de seus destinatários, ou nas palavras de BECCARIA:

Consultemos a história e veremos que as leis, que são ou deveriam ser pactos entre homens livres, não passaram, geralmente, de instrumentos das paixões de uns poucos, ou nasceram da necessidade fortuita e passageira; jamais foram elas ditadas por um frio examinador da natureza humana, capaz de aglomerar as ações de muitos homens num só ponto e de considerá-las de um único ponto de vista: a máxima felicidade compartilhada pela maioria.⁶

As expectativas historicamente não foram atingidas na sua plenitude.

Sem prejuízo da forma, todo ordenamento deve buscar uma justeza de acordo com os anseios de seus jurisdicionados.

Para KANT há necessidade de um princípio universal do direito, onde:

qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal, ou se na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.⁷

O jusnaturalismo foi pautado nessa ideia filosófica que sustenta a validade de norma desde que seja justa. Para BARROSO, o termo “jusnaturalismo” identifica:

uma das principais correntes filosóficas que tem acompanhado o direito ao longo dos séculos, fundada na existência de um direito natural. Sua ideia básica consiste no reconhecimento de que há na sociedade, um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do

⁶ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 39/40.

⁷ KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 76/77.

Estado, isto é, independentemente do direito positivo. Esse direito natural tem validade em si, legitimado por uma ética superior, e estabelece limites à própria norma estatal.⁸

BOBBIO a define como “aquela segundo a qual uma lei para ser lei, deve estar de acordo com a justiça”.⁹

O jusnaturalismo juntamente com o direito, alavancou significantes avanços sociais, como o Código Civil Frances (Código Napoleônico), editado em 1.804.

Ao final do século XIX com a expansão da ciência e o fortalecimento de uma nova forma de idéias, que pregava ser o direito a resposta de todos os questionamentos, encontra o jusnaturalismo seu fim.

A partir desse momento, surge o positivismo filosófico, lastreado na concepção que a ciência é o único conhecimento válido, abstraído de concepções metafísicas.

Aos poucos, o positivismo filosófico fundiu-se com o direito, nascendo o positivismo jurídico.

Nos valem mais uma vez da voz do professor BARROSO, que com muita propriedade descreve os contornos dessa fase do direito:

O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve travar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça.¹⁰

O ápice do positivismo jurídico deu-se com as idéias de KELSEN, quando da edição de sua clássica obra Teoria Pura do Direito.

Nela o autor expõe sua concepção do que seria a essência do direito, e não de um ordenamento em específico:

A Teoria Pura do Direito é uma teoria do direito positivo. Não somente do direito positivo e não de determinada ordem jurídica. É teoria geral e não interpretação especial, nacional ou internacional, de normas jurídicas. Como teoria, ela reconhecerá, única e

⁸ BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 320.

⁹ BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008. p. 55.

¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 24.

exclusivamente, seu objeto. Tentará responder à pergunta “o que é” e “como é” o direito e não à pergunta de “como seria” ou “deveria ser” elaborado. é ciência do direito e não política do direito. Intitula-se Teoria “Pura” do Direito porque se orienta apenas para o conhecimento do direito e porque deseja excluir deste conhecimento tudo o que não pertence a esse exato objeto jurídico. Isso que dizer: ela expurgará a ciência de direito de todos os elementos estranhos. Este é o princípio fundamental do método e parece ser claro. Mas um olhar sobre a ciência do direito tradicional, da maneira como se desenvolveu no decorrer dos séculos XIX e XX, mostra claramente como isso esta longe de corresponder à exigência da pureza. De maneira desprovida de todo espírito crítico, o direito se mesclou à psicologia, à biologia, à ética e a teologia. Hoje em dia não existe quase nenhuma ciência especial, em cujos limites o cultor do direito se ache incompetente. Sim, ele acha que pode melhorar sua visão do conhecimento, justamente conseguindo pedir emprestado a outras disciplinas. Com isso, naturalmente, a verdadeira ciência do direito se perde.¹¹

Inobstante seu valor, o positivismo clássico também fracassou. Esse fracasso, aflorou à necessidade de um sistema sobre o qual, recaíssem valores mais do que os de caráter liberal, mas que abarcasse garantias de cunho social, humanista, pois só assim, as deficiências dos sistemas anteriores, poderiam ser ao menos atenuadas.

O NEOPOSITIVISMO – A JUSTIÇA COMO LAÇO COMUM AOS PRINCÍPIOS

O positivismo clássico não atendeu aos anseios da sociedade do século XX, mormente pela não concretude de suas lacunas.

Ainda o mundo observou as barbáries do nazismo e do fascismo, onde seus agentes em defesa no tribunal de Nuremberg invariavelmente se escudavam na obediência a um ordenamento jurídico.

Mas havia a necessidade de um estado de direito, porem mais eficaz que o originário.

As matrizes do positivismo não poderiam ser descartadas, e não foram.

O estado de direito pode ser definido nas palavras de BOBBIO (apud SUNDFELD, 2011), como:

um Estado em que os poderes públicos são regulados por normas gerais (as leis fundamentais ou constitucionais) e devem ser exercidos no âmbito das leis que o regulam, salvo o direito do cidadão, recorrer a um juiz independente para fazer com que seja reconhecido e refutado o abuso e o excesso de poder. Assim

11 KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 67/68.

entendido, o Estado de direito reflete a velha doutrina – associada aos clássicos e transmitida através das doutrinas políticas medievais – da superioridade do governo das leis sobre o governo dos homens, segundo a fórmula *lex facit regem*, doutrina, essa, sobrevivente inclusive da idade do absolutismo, quando a máxima *principis legibus solutus* é entendida no sentido de que o soberano não estava sujeito às leis positivas que ele próprio emanava, mas estava sujeito às leis divinas ou naturais e às leis fundamentais do reino. Por outro lado, quando se fala de Estado de direito no âmbito da doutrina liberal do Estado, deve-se acrescentar à definição tradicional uma determinação ulterior: a constitucionalização dos direitos naturais, ou seja, a transformação desses direitos em direitos juridicamente protegidos, isto é, em verdadeiros direitos positivos. Na doutrina liberal, Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e portanto em linha de princípio “invioláveis” (esse adjetivo se encontra no art. 2º da Constituição italiana). (...) Do Estado de direito em sentido forte, que é aquele próprio da doutrina liberal, são parte integrante todos os mecanismos constitucionais que impedem ou obstaculizam o exercício arbitrário e ilegítimo do poder e impedem ou desencorajam o abuso ou o exercício ilegal do poder.¹²

Observe-se que BOBBIO, informa a necessidade da positivação dos princípios em uma Constituição, adjetivando inclusive essas normas de ‘invioláveis’.

A esse novo Estado de direito, onde há uma junção de parcela do jusnaturalismo com o positivismo clássico, nasce o pós-positivismo, ou nas palavras de RAMOS:

Destarte, no lugar desse “superado” positivismo, propõe-se que a Dogmática Constitucional se assente em um assim denominado “pós-positivismo”, entendido como “a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais.”¹³

O modelo Kelseniano, talvez tenha padecido de ineficiência ontológica, que não impediu o uso do direito como instrumento da tirania.

Caso esse modelo, tivesse em seu bojo, princípios norteadores das regras, o ordenamento impediria sua instrumentalização no massacre de milhares de judeus por exemplo.

O período pós-segunda guerra, mostrou a necessidade de aproximação do

12 BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998. p. 19.

13 RAMOS, Elival da Silva. Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p.35.

direito com a moral, e tal, parece ocorrer com a constitucionalização dos princípios.

O professor BARROSO explica essa inovação do direito da seguinte forma:

O constitucionalismo moderno promove, assim, uma volta aos valores, uma reaproximação entre ética e Direito. Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implícitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade, sem embargo da evolução de seus significados. Outros, conquanto clássicos sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito.¹⁴

Portanto, esse novo constitucionalismo, é marcado de forma inexorável pela inserção dos princípios mais relevantes para a sociedade, no ápice de nosso ordenamento. Esses princípios carregam em sua essência algo comum, a busca de uma justiça.

ALEXY assim assegura:

Quando o Tribunal Constitucional Federal afirma que o legislador constituinte se esforçou “em realizar a idéia de justiça na Constituição alemã”, isso diz respeito sobretudo aos princípios de direitos fundamentais. A irradiação dos direitos fundamentais como direito positivo em todos os âmbitos do sistema jurídico inclui, portanto, uma irradiação – requerida pelo direito positivo – da idéia de justiça a todos os ramos do Direito¹⁵.

Temos pois um liame entre todos os princípios humanistas.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não é pelo simples fato de uma norma estar geograficamente no Texto Constitucional, que se caracteriza como fundamental.

Seu conteúdo deve ter essa característica intrinsecamente, como leciona ALEXY:

Até aqui falou-se de normas em geral. A partir de agora deve ser questionado o que são normas de direitos fundamentais. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um

14 BARROSO, Luiz Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 328.

15 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 544.

determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Neste trabalho o objeto é uma teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã. A pergunta a ser feita, portanto, é a segunda e, além disso, em uma versão que se refere a uma determinada Constituição, a Constituição alemã. Uma resposta simples poderia ser: normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados. Essa resposta apresenta dois problemas. O primeiro consiste na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição alemã entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não as expressam, já que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais. O segundo problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã.¹⁶

O jurista germânico aprofunda à discussão em sua clássica obra, levando o leitor a concluir que uma norma, desde que seja de direito fundamental, deve estar alicerçada em princípios, os quais tem definição da seguinte maneira:

Princípios são, por consequente, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.¹⁷

MIRANDA define de forma lúcida as normas de direito fundamental:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material. Essa dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à função e abrange verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo,

16 Op. cit. p. 66.

17 Op. cit. p. 90.

interesses legítimos.¹⁸

Essas normas carregam intrinsecamente inúmeros valores, como assinala SILVA:

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão “direitos fundamentais do homem” refere-se a situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.¹⁹

Ainda o mesmo autor, salienta que no Brasil, esses direitos estão implícitos no artigo 1º da CF, que fala em Estado Democrático de Direito:

A Constituição, ao dotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de ‘Estado’ acolhida no art. 1º - Estado Democrático de Direito.²⁰

Notamos certa ligação entre direitos fundamentais e democracia. Esses direitos, abarcando a justiça como vetor, norteiam a construção e aplicação do ordenamento. Outros ratificam que a justiça reside abstratamente no direito positivado (princípios), e empiricamente no direito aplicado (decisão judicial), como leciona AYRES BRITTO:

Corresponde a falar: o Direito é, na sua estruturalidade, tanto a abstrata justiça das leis (inclusive e sobretudo a justiça das Constituições) quanto a empírica justiça das decisões judiciais. E também na sua funcionalidade o Direito é binário, porque tanto se manifesta sob a forma de norma geral (Direito-lei) quanto sob a forma de norma individual (Direito-sentença).²¹

Latente a forte ligação da justiça com os direitos fundamentais, praticamente ousamos dizer que são indissolúveis.

Esses direitos fundamentais, positivados como princípios, trazem uma nova visão na construção e aplicação do direito.

O construtor (legislador) e o aplicador (julgador), não ficam mais restritos somente as regras, estas entendidas como o direito não principiológico, mas especialmente aos princípios, dando origem a um novo constitucionalismo.

OS PRINCÍPIOS E O NEOCONSTITUCIONAL

O fracasso do positivismo clássico trouxe a necessidade de implantação

18 MIRANDA, Jorge. Direitos fundamentais. Introdução geral. Lisboa: 1999, p 11/12.

19 SILVA, José Afonso. Comentário contextual à constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

20 Op. cit. p. 57.

21 Op. cit. p. 55/58.

no ápice do ordenamento, de princípios que norteariam a construção e aplicação do direito, assim chamados direitos fundamentais, ou nas palavras de ALEXY:

A fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.²²

Esses princípios asseguram a concretude dos anseios mais relevantes da sociedade, como descreve MULLER:

Também diante da cláusula geral, o princípio não aparece como orientação definida ou passível de definição, mas como causa, critério e justificação. Diante das cláusulas gerais, os direitos fundamentais, contêm, em um alto grau de densidade, um âmbito normativo em geral fortemente marcado pelos dados reais, em função do qual tais direitos são normalmente assegurados como garantias constitucionais.²³

A partir dessa positivação principiológica, nasce à figura da interpretação conforme a Constituição, ou as palavras de MIRANDA:

A Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais. E ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.²⁴

O movimento pós-positivista afasta o constitucionalismo liberal e as políticas neoliberais, descortinando o chamado totalitarismo constitucional, da expressão do professor UADI LAMMÊGO BULOS.²⁵

Tal movimento indica que o Estado deve atingir determinadas metas, em especial aquelas descritas pelos direitos fundamentais.

Esses direitos se inserem na categoria dos humanistas, assim definidos por AYRES BRITO: “Consiste num conjunto de princípios que se unificam pelo culto ou reverência a esse sujeito universal que é a humanidade inteira”.²⁶

A par de tais idéias, a Constituição não pode ser interpretada de forma fragmentada, quer na aplicação ou na construção do direito, sob pena de termos uma visão distorcida do contexto geral do sistema. Como leciona OTERO:

o Direito é, bem pelo contrário, e antes de tudo, um conjunto organizado de normas jurídicas. Ora, e precisamente a natureza organizada desse conjunto de normas jurídicas que permite afirmar

22 Op. cit. p. 520.

23 MULLER, Friedrich. Teoria estruturante do direito. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 262/261.

24 MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. V. 4. Coimbra: 1999. p. 166.

25 BULOS, Uadi Lammêgo. Constituição Federal anotada. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 16.

26 Op. cit. p. 19.

que o Direito é uma ordem, surgindo, deste modo, a noção de ordenamento jurídico; o Direito exprime um conjunto de normas dotadas de uma específica ordenação e articulação que lhes confere e traduz, simultaneamente, um sentido unitário.²⁷

Esse sentido unitário do direito tem como liame os princípios.

São eles que unem e solidificam o sistema, ou no dizer de REALE:

Há uma tendência natural, psicológica e sociologicamente explicável, a qual se traduz em uma integração progressiva de ordenamentos, mediante uma recíproca influência, com predomínio desta ou daquela força social. Tal fenômeno explica-se, outrossim, em virtude da própria natureza dos valores que se objetivam por meio de normas jurídica, pois, consoante expusemos em nossa Filosofia do direito, com o apoio na Axiologia de Max Scheler e Nicolau Hartmann, uma das características dos valores é a sua força expansiva, o que leva o segundo dos autores lembrados a falar-nos em “tirania dos valores”. A essa tendência por assim dizer, imperialista, no sentido de fazer-se valer nos planos objetivos da historia, une-se uma outra qualidade axiológica, que é a solidariedade, isto é, a compreensão ou co-implicação das valorações em um processo comente suscetível de ser compreendido à luz de uma dialética de implicação-polaridade.²⁸

Entre esses valores, a justiça se realça.

A JUSTIÇA COMO AXIOMA DO DIREITO

A justiça é elemento e liame entre os princípios; é o sentimento do bem comum, ou seja, aquilo que é bom a todos é justo.

Não há como se imaginar um ordenamento que seja diferente, como nas palavras de SANDEL:

Se uma sociedade justa requer um forte sentimento de comunidade, ela precisa encontrar uma forma de inculcar nos cidadãos uma preocupação com o todo, uma dedicação ao bem comum.²⁹

Essa preocupação que o professor de Harvard revela, diz de forma muito lúcida, que o bem comum deve ser uma preocupação de todos, em especial dos operadores do direito.

A justiça em sentido lato abarca todos os princípios humanistas, e o desprezo de algum deles, deixa uma lacuna que pode ser sinônimo do injusto.

Os princípios humanistas, que alicerçam o sistema geral de direito, trazem

27 OTERO, Paulo. Lições de Introdução ao estudo do direito. I V. Lisboa: 1999. p. 307.

28 REALE, Miguel. Teoria do Direito e do Estado. 5ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 319/320.

29 SANDEL, Michael J. Justiça. O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 325.

em seu âmago, a busca de uma justiça.

O saudoso professor MONTORO diz que:

Além disso, a noção de “princípios gerais do direito” – a que devem, a cada momento, recorrer o juiz e os demais aplicadores da lei – corresponde fundamentalmente aos princípios de “justiça” ...³⁰

KANT, já ressaltou um princípio geral do direito da seguinte forma:

Qualquer ação é justa se for capaz de coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei natural, ou na sua máxima a liberdade de escolha de cada um puder coexistir com a liberdade de todos de acordo com uma lei universal.³¹

Essa busca da justiça através do Direito, sempre foi uma preocupação, desde o positivismo clássico, como leciona o professor lusitano MARQUES:

Pode, assim, admitir-se, como um dado sociológico susceptível de verificação, que em todas as épocas e latitudes o espírito humano toma por meta transcendente da criação juspositiva, o ideal da justiça.³²

A justiça como valor máximo do direito, é algo extremamente ligado aos princípios, quando estes se posicionam no ordenamento como guias da edificação e aplicação do mesmo.

Pode-se afirmar que justiça é a busca e concretude dos ideais positivados nos princípios humanistas, e esse juízo fortemente carregado de subjetivismo, oscila ao longo do tempo como assevera BOBBIO:

O problema da justiça é o problema da correspondência ou não da norma aos valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico. Não tocamos aqui na questão se existe um ideal de bem comum idêntico para todos os tempos e para todos os lugares. Para nós, basta constatar que todo ordenamento jurídico persegue certos fins, e convir sobre o fato de que esses fins representam os valores a cuja realização o legislador, mais ou menos conscientemente, mais ou menos adequadamente, dirige sua própria obra. No caso de se considerar que existem valores supremos, objetivamente evidentes se é apta ou não a realizar esses valores. Mas, também no caso de não se acreditar em valores absolutos, o problema da justiça ou não de uma norma tem um sentido: equivale a perguntar se essa norma é apta ou não a realizar os valores históricos que inspiram certo ordenamento jurídico concreto e historicamente determinado. O problema se uma norma é justa ou não é um aspecto do contraste entre mundo ideal e mundo real, entre o que deve ser e o que é; norma justa é aquela que deve ser; norma injusta é aquela

30 MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009. p. 158.

31 Op. cit. p. 76/77.

32 MARQUES, J. Dias. Introdução ao estudo do direito. 2ª ed. Lisboa: 1994. p. 48.

que não deveria ser.³³

O direito pode ser enxergado como uma exigência de justiça, tanto que os latinos diferem o jus do lex.

Ainda MONTORO com muita propriedade ressalta que:

Nesse sentido, direito é propriamente aquilo que é “devido” por justiça a uma pessoa ou a uma comunidade: o respeito à vida é direito de todo homem, a educação é direito da criança, o salário é direito do empregado, a habitação é direito da família, o imposto é direito do Estado. A essa acepção corresponde a expressão clássica “dar a cada um o seu direito”.³⁴

Entre as várias faces da justiça, uma que nos chama à atenção é a que se relaciona com a democracia.

DEMOCRACIA COMO FORMA DE JUSTIÇA E FIM DO ESTADO

A democracia pode ser vista como uma das incorporações dos princípios humanistas.

Ela pressupõe outorga de poder pelo povo a seus representantes, com a finalidade de exercê-lo não de forma absoluta, pois encontra limites nos direitos fundamentais.

Como leciona FERREIRA FILHO: “Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolavelmente combinados”.³⁵

Na gestão desses poderes outorgados, espera-se que o mandatário atue sob o palio dos princípios humanistas, devidamente inseridos textualmente na CF.

Nessa esteira, democracia e princípios humanistas, estão entrelaçados, como descreve AYRES BRITTO:

Sendo assim, dá-se verdadeira fusão entre vida coletiva civilizada (culturalmente vanguardeira, foi dito) e democracia. Isto no sentido de se entender por vida em comum civilizada aquela que transcorre, circularmente, nos arejados espaços da contemporânea democracia. Com o que o humanismo e a democracia passam a formar uma unidade incindível. Inapartável.³⁶

Considerando que os princípios humanistas, carregam em si um elemento comum, que é a justiça, podemos entender que a mesma deriva de um sistema democrático, sendo este, não a pura vontade das maiorias, mas aquela ensejadora de determinado padrão de civilidade.

33 BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. 4ª ed. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. São Paulo, Edipro. 2008. p. 46.

34 Op. cit. p. 160.

35 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Estado de direito e constituição. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16.

36 Op. cit. p. 33.

Acompanhando o raciocínio do Ministro do STF³⁷, a democracia contemporânea, é tríade, tendo os seguintes traços fisionômicos: procedimentalista, ou seja, a constituição do poder político ocorre através do voto popular e o sistema representativo de exercício do poder; substancialista, a se operacionalizar através da desconcentração de poder, bem como por meio de ações distributivas, estas ligadas ao campo econômico-social; e por fim, a face fraternal, especialmente cristalizada através das ações afirmativas.

Esse modelo de democracia se apresenta como um dos fins do Estado, que entre outras expectativas, traduz a busca de uma sociedade humanista.

Veja-se que não estamos falando da democracia clássica, assim entendida a simples e objetiva vontade das maiorias. Esse modelo mostra-se ineficaz na concretude de certas expectativas, como descreve ZAGREBELSKY:

Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *Vox populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseria teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acrílicas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras.³⁸

Voltando às palavras do ilustre Ministro do STF, AYRES BRITTO, temos atualmente um sistema democrático que não tem como fim a vontade das maiorias, mas que busca a concretização de uma sociedade humanista:

É o quanto basta para a dedução de que o humanismo enquanto vida coletiva de alto padrão civilizatório é aquele que transcorre nos mais dilatados cômodos da contemporânea democracia de três vértices: a procedimentalista, a substancialista e a fraternal. Os dois termos (humanismo e democracia) a se interpenetrar por osmose, e não mais por simples justaposição. Donde a metáfora da transubstanciação.³⁹

CONCLUSÃO

A par do acima exposto, nos deparamos atualmente com um ordenamento pautado no neopositivismo, onde princípios humanistas integram nossa Constituição, tendo como liame e vetor básico, a justiça.

Considerando segundo as palavras de ALVES que: “o axioma é um princípio necessário, evidente por si mesmo, indemonstrável, fundamento – formal – de uma série de deduções”⁴⁰, não haveria sentido nos princípios se não houvesse neles a justiça.

37 Cf. op. cit. p. 33/34.

38 ZAGREBELSKY, Gustavo. A crucificação e a democracia. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 135.

39 Op. cit. p. 35.

Muito embora esse conceito seja subjetivo e variável ao longo do tempo, e não pode ter um conceito objetivo, pois afirmar que algo é justo ou injusto, é um julgamento carregado de valores e concepções diversas, é de rigor que sempre o ordenamento seja interpretado, quer na criação ou na aplicação do direito, sob esse sentimento integrativo.

Atualmente, com a figura da judicialização da política, a aplicação desses postulados na concretude do direito, é muito exaltada por seus defensores, mas deve o legislador também se subjugar a esses paradigmas, como salienta BARROSO:

Toda atividade legislativa ordinária nada mais é, em última análise, do que um instrumento de atuação da Constituição, de desenvolvimento de suas normas e realização de seus fins. Portanto, e como já assentado, o legislador também interpreta rotineiramente a Constituição.⁴¹

Mas a justiça não restringe sua presença somente a essa seara, ela também está presente na democracia, não aquela que prestigia somente a vontade das maiorias e despreza as minorias, mas na que cultua e busca através do sistema de representação, edificar uma sociedade humanitária. Essa democracia crítica, que não só confere poderes, mas indica os objetivos, os fiscaliza e retira, tem sua definição bem saliente na voz de ZAGREBELSKY:

A democracia crítica quer tirar o povo da passividade e também da mera reatividade. Quer fazer dele uma força ativa, capaz de iniciativa e, portanto, de projetos políticos elaborados por si mesmo. Em resumo: quer um povo que seja o sujeito da política, não objeto ou instrumento.⁴²

Esse modelo novo de democracia, ao se fundir com a busca de determinados princípios humanistas (a dignidade da pessoa humana por exemplo), nos quais encontramos a justiça, torna-se um dos fins do Estado.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luiz Roberto (org.); et alii. BARCELLOS, Ana Pula de; PEREIRA, tação. 4ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 321.

41 Op. cit. p. 201.

42 Op. cit. p. 143.

Jane Reis Gonçalves; SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional. A nova interpretação constitucional – ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa.. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico.** Tradução de Márcio Pugliesi; Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Icone, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica.** Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia.** Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1998.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional.** Belo Horizonte: Forum, 2010.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada.** São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição.** São Paulo: Saraiva, 1988.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Tradução de Edson Bini. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, J. Dias. **Introdução ao estudo do direito.** 2ª ed. Lisboa: 1994.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais. Introdução geral.** Lisboa: 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** V. 4. Coimbra: 1999.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito.** 28ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2009.

MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OTERO, Paulo. **Lições de Introdução ao estudo do direito**. I V. Lisboa: 1999.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do Estado**. 5ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANDEL, Michael J. Justiça. **O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. Tradução Paulo M. Oliveira. São Paulo: EDIPRO, 1996.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

A PLURISSIGNIFICAÇÃO DA PROVA NA CONFORMAÇÃO DE SUA RAZÃO DE EXISTIR

Alexandre Gazetta Simões¹
Celso Jefferson Messias Paganelli²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo investigar o problema da verdade sobre o foco da teoria geral da prova. Nesse sentido, apresenta uma visão panorâmica sobre sua plurissignificação, abordando os vários aspectos adstritos à teoria geral da prova. Defende ser a prova o instrumento processual adequado à busca de uma verdade possível. Propugna, a partir dessa constatação, ser a verdade pressuposto de uma decisão justa, apoiando-se, para tanto, no escopo social da jurisdição, qual seja, de pacificar com justiça. Finalmente, como conclusão, após tais ponderações, verbera por uma maior importância acadêmica à teoria geral da prova, apresentando, em sua visão, as implicações derivadas desse desinteresse da academia a tal temática. Palavras-chave: Prova – Verdade – Justiça – Teoria Geral da Prova.

INTRODUÇÃO

Em um ponto de vista mais direto, há que se ponderar, inicialmente, o entendimento do verbo provar. Mais especificamente, no que consiste o ato de provar, em sua significação mais elementar, por suposto.

Evidente, que essa significação leiga apresenta subsídios que derivarão em uma conformação técnica mais apropriada. Ao menos, uma conceituação que seja a mais totalizante possível.

Por tal razão aventura-se em tais paragens. Mas, entretanto, já se adverte o leitor, visto que instrumental desejável a um destino outro, que viceje em uma ontologia própria à noção da importância real da prova para o processo como instrumento concretizador da justiça.

PLURISSIGNIFICAÇÃO DA PROVA.

Desse modo, em um sentido mais comezinho e dramático, se é que se pode abordar desse modo uma significação científica; em um viés etimológico, provar deriva de sofrer.

¹ Graduado em Direito (ITE-BAURU). Pós-graduado, com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC); Direito Constitucional (UNISUL); Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON); Direito Tributário (UNAMA). Analista Judiciário Federal – TRF3. Professor de graduação de Direito na Associação Educacional do Vale do Jurumirim (EDUVALE AVARÉ). Membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Ciências Jurídicas da Faculdade Eduvale Avaré - Ethos Jus. alexandregazetta@yahoo.com.br.

² Graduado em Direito pela Faculdade Eduvale de Avaré. Advogado. Professor universitário de Direito.

Assim, o verbo transitivo provar relaciona-se com a dor, significação passiva de sofrer, talvez já adstrita ao invólucro de agruras que permeia e acompanha a atividade processual.

De outro ponto de vista, provar liga-se a experimentar, conexo mais à temática gastronômica.

Ainda, em uma abordagem mais inusitada, o verbo provar pode ser pensado a partir de uma significação que se liga a idéia de corroborar ou justificar uma concepção mercadológica.

Dessa forma, João Penido Burnier Junior³ explica que:

O verbo provar é empregado em vários sentidos em nossa língua. Assim, pode ter uma significação passiva de sofrer, como quando se fala que “alguém provou as agruras do inverno”, ou que “provou as conseqüências de uma moléstia”, ou, então expressar uma atividade, como “experimentar” (o cozinheiro provou a comida; o cliente provou a roupa), “corroborar”, “justificar” (a aceitação da mercadoria prova que a pesquisa de mercador estava correta), e assim por diante.

Por sua vez, para Francisco Torquato Avolio⁴, citando os ensinamentos de Antonio Carlos de A. Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, assevera que: “Pode-se dizer que a prova é o elemento integrador da convicção do juiz com os fatos da causa, daí sua relevância no campo do direito processual”.

Ainda, Fredie Didier Júnior, Paulo Sarno Braga e Rafael Oliveira⁵ explicam que: “Num sentido comum, diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma proposição”.

E prosseguem asseverando que:

No sentido jurídico, são basicamente três as acepções com que o vocábulo é utilizado: a) às vezes, é utilizado para designar o ato de provar, é dizer, a atividade probatória; é nesse sentido que se diz que aquele que alega um fato cabe fazer prova dele, isto é, cabe fornecer os meios que demonstrem as sua alegação; b) noutras vezes, é utilizado para designar o meio de prova propriamente dito, ou seja, as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova de onde ela jorra; nesse sentido, fala-se em prova testemunhal, prova pericial, prova documental etc.; c) por fim, pode ser utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meios de prova que foram produzidos no intuito de buscar o convencimento judicial e é nesse sentido que se diz, por exemplo, que o autor fez prova dos fatos alegados na causa.

E nesse sentido, ainda, buscando-se uma melhor abrangência sobre

3 JUNIOR, João Penido Burnier. Teoria Geral da Prova. Edicamp: Campinas, 2009, p. 10.

4 AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas Ilícitas. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2010, p. 30.

5 JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. Curso de Direito Processual, Volume 02. Editora Podium: Salvador, 2007, p. 20.

o conceito de prova, em suas várias expressões; Eduardo Couture, em suas ensinanças, ao se referir às formas de produção da prova, explica que:

El orden de esas tres formas de producirse la prueba es el que se pasa a enunciar.

a) -En primer término, aparece la prueba directa por percepción. Consiste en el contacto inmediato de la persona del juez con los objetos o hechos que habrán de deflustrarse en el juicio. Puede decirse que la prueba más eficaz es aquella que se realiza sin intermedios, y en ese sentido, el primero de todos los medios de prueba, desde el punto de vista de su eficacia, es la inspección judicial. Así, si se tratase de un juicio por separación de los árboles próximos de la pared medianera, ninguna prueba mejor que la constituida por la inspección directa por el propio juez de los árboles y la pared que son motivo de la prueba.

Pero este medio de prueba funciona en escasas oportunidades. Un hecho es casi siempre una circunstancia pasajera, y lo normal, lo regular, es que la posibilidad de observación de ese hecho se haya perdido definitivamente cuando el juez tenga que fallar el litigio. Es necesario, entonces, acudir a los medios sustitutivos.

b) El medio sustitutivo de la percepción es la representación:

la representación presente de un hecho ausente. La representación de los hechos se produce de dos maneras: mediante documentos que han recogido algún rastro de esos hechos, o mediante relatos, es decir, mediante una reconstrucción efectuada a través de la memoria humana. Estamos, pues, en presencia de la representación mediante cosas y de la representación mediante relatos de personas.

c) La representación mediante cosas se realiza con la prueba instrumental. Un documento representa un hecho pasado o un estado de voluntad. Cuando el acreedor y el deudor están de acuerdo en cuanto a la cosa y al precio, y extienden su contrato de compraventa, lo que hacen es, pura y simplemente, representar en el documento ese estado de ánimo común que se llama consentimiento. En este sentido, la prueba escrita no es

otra cosa que un modo de preconstituir la prueba, en previsión de posibles discrepancias futuras•

d) A continuación se advierte que no todas las circunstancias pueden registrarse en documentos. El consentimiento puede frecuentemente documentarse; pero los hechos ilícitos, los delitos, los cuasidelitos, normalmente no se pueden documentar. En un accidente de tránsito, que ocurre en un abrir y cerrar de ojos, no hay documento posible. Los documentos posteriores, como el parte policial, son de relativo valor. Entonces la reconstrucción de los hechos se verifica mediante relatos.

Esta representación mediante relatos se presenta en dos circunstancias distintas: el relato efectuado por las partes y el relato efectuado por terceros que nada tienen que ver en el juicio. Cuando la representación se efectúa por las partes mismas, se está en presencia de la confesión o del juramento. Las partes, al confesar o al jurar acerca de la verdad de un hecho, no hacen otra cosa que representar

en el presente una circunstancia ausente.

Y cuando la representación se produce mediante relato de terceros, de personas indiferentes, a quienes no mueve el interés, se está en presencia de la prueba de testigos.

e) Queda todavía la prueba-por deducción o inducción.

Cuando hasta el relato es imposible, existe todavía la posibilidad de reconstruir los hechos mediante deducciones lógicas, infiriendo de los hechos conocidos los hechos desconocidos. Tal cosa se obtiene mediante la labor del propio juez, por el sistema de las presunciones. La presunción se apoya en el suceder lógico de ciertos hechos con relación a otros. Cuando la deducción se efectúa mediante el aporte de terceros que infieren, através de su ciencia, los hechos desconocidos de los escasos hechos conocidos, se está en presencia del examen pericial.

Portanto, a aceção enunciativa da prova apresenta várias expressões possíveis, de modo que a sua significação é extremamente abrangente.

A PROVA COMO INSTRUMENTO DA VERDADE. A VERDADE COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA

Afigura-se clara a plurissignificação do vocábulo prova, visto que pode ser referido em múltiplas significações; como ensina Eduardo Cambi⁶; seja fato representado, atividade probatória, meio ou fonte de prova. Portanto: “procedimento pelo qual os sujeitos processuais obtêm o meio de prova ou, ainda ao resultado do procedimento, isto é, a representação que dele deriva (mais especificamente, à convicção do juiz)”.

E nesse último prisma, em particular, deve-se pretender uma visão mais próxima. Já, portanto, pretendendo aproximar-se de uma idéia que explique não mais a ontologia da prova, mas sua finalidade essencial.

Tal caminho deverá ser trilhado a partir de noção de que é por meio da prova que se pretende investigar a verdade dos fatos ocorridos⁷, esses fundamentos do processo, em uma aceção pragmática, que se prestarão à construção da síntese, vertida no dispositivo da sentença, quando da aplicação do processo subsuntivo à hipótese legal.

Assim, tem-se que a convicção razoável é importante para a sentença, uma vez que o juiz, para tomar uma decisão, deverá saber o que é necessário para julgar o pedido.

Entendendo, aliás, essa necessidade como a visão total do quadro fático que se prestará à moldura legal.

Nesse sentido, Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart⁸ asseveram

6 CAMBI, Eduardo. Direito Constitucional à Prova no Processo Civil. São Paulo: RT, 2001, p. 41.

7 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 25.

8 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.24.

que:

Não há dúvida que a função dos fatos (e, portanto, da prova) no processo é absolutamente essencial, razão mesmo para que a sua investigação ocupe boa parte das regras que disciplinam o processo de conhecimento no Código de Processo Civil. Se o conhecimento dos fatos é pressuposto para a aplicação do direito e se, para o perfeito cumprimento dos escopos da jurisdição, é necessária a correta incidência do direito aos fatos ocorridos, tem-se como lógica a atenção redobrada que merecer análise fática no processo.

Portanto, a visão fática total do evento que motiva a ação jurisdicional, somente é possível, mesmo que utopicamente, por meio da prova, pressuposto da presença da verdade nos autos.

Assim, a prova está profundamente ligada à verdade, visto que, em última análise, ou mesmo abordando sua natureza jurídica, trata-se do instrumento processual lapidado a alcançar tal resultado.

E sobre tal aceção, Michele Taruffo⁹ pondera que:

Estas perspectivas, y otras que podrían situarse en el mismo âmbito, son variantes – ligadas a la diversidad de las aproximaciones culturales generales y, en particular, a la diversidad de aproximaciones epistemológicas – respecto a um leitmotiv que puede considerarse constante: la idea de que, supuesta la posibilidad de alcanzar la verdad judicial (definida de algún modo), la prueba es el instrumento procesal que sirve para alcanzar esse resultado.

E nesse aspecto, buscando ainda dimensionar uma maior intimidade com a importância do tema, a verdade é pressuposto da justa composição da lide, um dos escopos fundamentais da jurisdição.

Não é sem razão que Cândido Rangel Dinamarco¹⁰ assevera que:

Assim, a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.

Prosseguindo, deve-se volver o olhar a um aspecto adstrito à inserção da temática probatória na construção de decisão que será emanada pelo julgador, a partir de suas convicções.

Assim, tudo o que até fora exposto no sentido da importância da prova na construção da verdade possível no processo, elemento essencial à uma decisão justa, somente terá valia se o julgador, valer-se de uma construção cognitiva que

9 TARUFFO, Michele. La Prueba De Los Hechos. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 85.

10 DINAMARCO, Cândido. A Instrumentalidade do Processo. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 188.

leve em consideração as provas produzidas nos autos.

Sua motivação intelectual deve provir, racionalmente, de fonte probatória, afastando-se de turbilhão que repousa em sua convicção íntima das coisas, a partir, por exemplo, de um etiquetamento social.

Não se quer aqui, afastar o elemento humano do julgador, adstrito à sua natureza de ser racional, que percebe o mundo à sua volta, e opina pelo sim ou pelo não. Mas, ao revés, propugnar pelo caráter instrumental da prova, a qual presta-se a subsidiar, por exemplo, um juízo de verossimilhança.

Assim, a idéia da máxima de experiência, zona fronteira entre o absoluto subjetivismo e o relativismo objetivo; presta-se, precisamente, à idéia que se pretende inculcar. A convicção não pode prescindir da prova, em seu processo de concepção cognitiva. No entanto, há situações tais, que a prova dos fatos adstritos, mas periféricos a fatos determinantes, presta-se como indicador de verossimilhança, essa construída a partir de um juízo subjetivo.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart¹¹ ponderam que:

Para atingir o conceito de verossimilhança, CALAMANDREI se vale da idéia de máxima de experiência. Partindo desse conceito, estabelece a noção de que “verossimilhança” é uma idéia que se atinge a partir daquilo que normalmente acontece. É essa ilação lógica do usual que permite ao sujeito reconhecer como verossimilhança algo que, segundo critérios adotados pelo homem médio, prestar-se-ia para adquirir a certeza quanto a certo fato. Assim, “para julgar se um fato é verossímil ou inverossímil, recorramos, sem necessidade de uma direta pesquisa histórica sobre sua concreta verdade, a um critério de ordem geral já adquirido previamente mediante a observação do quod plerumque accidit: já que a experiência nos ensina que fatos daquela específica categoria ocorrem no caso concreto, deduz-se desta experiência que também o fato em questão se apresenta como a aparência de ser verdadeiro; e vice-versa conclui-se que algo é inverossímil quando, mesmo podendo ser verdadeiro, parece porém em contraste com o critério sugerido pela normalidade”. Como é evidente – e como também é lembrado pelo processualista florentino -, essa verossimilhança dependerá de critérios nitidamente subjetivos e variáveis, de acordo com o sujeito cognoscente.

Portanto, a finalidade da prova é dar subsídios para que o juiz possa julgar a causa o mais próximo possível daquilo que ocorrerá.

O conceito de prova, portanto, em uma significação próxima àquilo que nos é mais caro, revela-se, é verdade, em um desiderato utópico “de busca de certeza de visão de um caminho a seguir”.

11 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Prova. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp.38 e 39.

Outrossim, nessa proposição de se atingir uma decisão justa; os que se aventuram por essa seara, lidam com a sempre presente possibilidade de cair em desgraça e desgraçar os outros. E, é justamente nesse meandro, no olho do furacão, que reside a importância da temática de prova.

E nesse aspecto, depois de se tentar buscar um panorama abrangente, ainda que não tão denso, sobre a plurissignificação da prova; caminhando por searas que se pretendeu terem por destino a compreensão da umbilical ligação entre a temática probatória, em sua significação e aplicação, na consecução de justiça, a partir do escopo fundamental da jurisdição; quer-se, nesse momento, volver os olhos à falta de importância que é relegada tal temática.

Assim, vislumbra-se a questão. De uma ponta, a teoria geral da prova, funcionando como engrenagem principal de toda a máquina processual, visto que o processo, em sua função, a partir de uma conotação ainda não desatualizada, pretende-se como mecanismo jurídico capaz de reproduzir, em suas entranhas, a verdade que ocorrera fora e antes desse. De outra ponta, ao revés, a pouca atenção da comunidade jurídica dispensada a um tema tão candente, quando muito, relegado a notas de rodapé.

Ora, é paradoxal, conceber-se o processo como um instrumento garantidor de justiça, apto a reproduzir a concordância do fato ocorrido com as conclusões que daí derivarão, a partir do ideal chamado de “verdade substantiva”, e relegar as provas a um plano subsidiário.

Em suma, é optar por valer-se da pura e simples probabilidade de erro e acerto, com metade de chances para sim ou para não, flertando perigosamente com o acaso.

E, sobretudo, por tais razões, tais questionamentos tocam em acepções que resvalam em valores, como justiça, verdade, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica.

Tanto pior, pois!

CONCLUSÃO

Como um fecho panfletário, verbera-se, por tudo que se disse, por um despertar acadêmico à ilustre e desconhecida ciência da prova.

Assim, urge mais e melhores estudos sobre a Teoria Geral da Prova. Salvo alguns doutrinadores heróicos, pouco se tem escrito sobre um tema tão candente no cotidiano forense, tão entremeado de dúvidas e obscuridades, com uma importância tão grande, visto que se mostra como razão de ser do processo.

E por tal menção, o processo deve estar a serviço da jurisdição, legitimando-a e inserindo, em seu exercício, os valores constitucionais ínsitos.

Com tal desiderato, o processo deve ser pensado a partir da premissa da

efetividade da jurisdição, de forma a se alcançar a justiça material do caso concreto no mais breve tempo possível.

E por tais ponderações, a prova como instrumento processual talhado à busca da verdade, ainda que uma verdade possível, é a garantia de um processo justo, e a boa técnica na aplicação dos meios probatórios adstritos à peculiaridades fáticas do caso em julgamento, é a garantia de sua efetividade.

REFERÊNCIAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas Ilícitas**. São Paulo: Saraiva, 4ª ed., 2010.

CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: RT, 2001.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**,. 3ª ed., Roque Depalma Editor: Buenos Aires, 1958.

DINAMARCO, Cândido. **A Instrumentalidade do Processo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

JÚNIOR, João Penido Burnier. **Teoria Geral da Prova**. Edicamp: Campinas, 2009.

JÚNIOR, Fredie Didier; BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual**, Volume 02. Editora Podium: Salvador, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TARUFFO, Michele. **La Prueba De Los Hechos**. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

ATIVISMO JUDICIAL

Wilson Canci Júnior¹

RESUMO

Este artigo visa abordar o ativismo judicial, face às inúmeras mudanças nos modelos constitucionais presentes, de sorte que a própria compreensão e a prática tenham se modificado. A redemocratização em diversos países nas últimas décadas mostrou que o modelo constitucional se alterou no sentido de ampliar os direitos e garantias individuais. Daí advém o novo status ao qual foi elevado a constituição. Por fim, abordar-se-á a repercussão desse fenômeno jurídico no território pátrio, sobretudo perante ao posicionamento jurídico pró-ativo do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Ativismo judicial; Constituição Federal; Judicialização.

INTRODUÇÃO

O vocábulo ativismo pode ser empregado com mais de uma acepção. No âmbito da ciência do Direito, ele é empregado para designar que o poder judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

Deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, que, institucionalmente, incumbe ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo tanto litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) quanto às controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010).

Tourinho Leal (2010, p.24), assinala que mesmo se destacando a dificuldade em se fixar critérios objetivos para uma conceituação sobre o termo ativismo judicial, essa expressão está associada à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão pela qual adverte, que chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional.

Para ambos os autores, portanto, o ativismo judicial significa uma espécie de mau comportamento ou de má consciência do Judiciário acerca dos limites normativos substanciais do seu papel no sistema de separação de poderes do Estado Constitucional de Direito.

O ativismo judicial nasce com o surgimento do constitucionalismo social, especialmente com a ascensão dos direitos fundamentais e dos princípios que regem as constituições sociais.

Busca objetivamente a tornar efetivo o tão almejado Estado Democrático de Direito traçado pela Constituição Federal, traduzindo-se na efetiva participação ativa dos magistrados na proteção dos princípios constitucionais, por meio do

¹ Promotor público em Mato Grosso do Sul, especialista em Direito Público e Privado.

controle da atividade dos demais poderes, especialmente do Poder Legislativo em suas omissões e excessos.

Há no Brasil fortes opositores ao ativismo, que chegam a compará-lo ao Poder Moderador que existiu no Brasil Imperial, contudo, frente aos grandes avanços da sociedade, com o surgimento de questões ainda não reguladas pelo Direito, bem como frente à especial morosidade do Poder Legislativo, o ativismo se mostra a única solução imediata a problemas que não podem esperar pela criação legislativa.

ORIGEM E DEFINIÇÃO

A controvérsia sobre o termo ativismo judicial já surge quanto a sua origem e definição.

Quanto à origem, alguns autores afirmam que este fenômeno surgiu com a jurisprudência norte-americana.

Luís Roberto Barroso (2010), afirma que o ativismo judicial despontou com um matiz conservador, citando como exemplo a Suprema Corte Americana que utilizou ativismo para manter a segregação racial: “Foi na atuação proativa da Suprema Corte que os setores mais reacionários encontraram amparo para a segregação racial”.

Vanice Regina Lírio do Valle (2009, p.21), por sua vez, assevera que o termo ativismo judicial, nasceu com a publicação de um artigo na revista americana *Fortune*, pelo jornalista americano Arthur Schlesinger, numa reportagem sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, no qual ele traçou o perfil dos nove juizes da Suprema Corte. Ainda, segundo a autora, desde então, o termo vem sendo utilizado, normalmente, em uma perspectiva crítica quanto à atuação do poder judiciário.

Segundo o Professor Luiz Flávio Gomes (2009), há duas espécies de ativismo judicial:

há o ativismo judicial inovador (criação, ex novo, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso do art. 71 do CP, que cuida do crime continuado). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.

O Estado Democrático de Direito, agasalhado no artigo 1º da CF, tem como fundamento o princípio da soberania popular, e uma das suas características essenciais é a separação dos poderes, norma prevista no artigo 2º da CF como um

dos princípios fundamentais do Estado brasileiro.

A importância desse princípio é tamanha, que o constituinte originário elevou a separação dos poderes à categoria de cláusula pétrea, expressamente no artigo 60, §4º, inciso III da CF.

Em que pese o poder ser uno, indivisível e indelegável, este se decompõe em funções necessárias à plena realização da atividade governamental, ou seja, nas funções legislativa, executiva e jurisdicional.

Segundo José Afonso da Silva (2009, p. 108):

A função legislativa consiste na edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, denominadas leis. A função executiva resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis; não se limita à simples execução das leis, como às vezes se diz; comporta prerrogativas, e nela entram todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral e impessoal; por isso, é cabível dizer que a função executiva se distingue em função de governo, com atribuições políticas, co-legislativas e de decisão, e função administrativa, com suas três missões básicas: intervenção, fomento e serviço público. A função jurisdicional tem por objeto aplicar o direito aos casos concretos a fim de dirimir conflitos de interesse.

Vê-se que a autonomia para inovar o ordenamento jurídico foi deferida ao Poder Legislativo, que é composto de representantes eleitos pelo povo, por meio do sufrágio universal, atribuição esta, obviamente não deferida ao Poder Judiciário.

Não se pretende aqui, diminuir a função jurisdicional somente à aplicação mecânica da lei, uma vez que é indiscutível a competência do Poder Judiciário para atuar sobre o Poder Legislativo, especialmente para impedir os abusos de poder, num verdadeiro sistema de freios e contrapesos.

Outrossim, a função do Poder Judiciário, caracterizada sempre pela atuação no caso concreto, exige uma postura participativa do juiz na condução do processo, que não poderá deixar de julgar por ausência de lei, ou de regulamentação de lei, ou até mesmo em caso de omissão legislativa.

Posta a questão frente ao Poder Judiciário, o magistrado não se exime de julgá-la. A sociedade não pode aguardar a solução legislativa, uma vez que o problema a antecede.

O ativismo judicial surge então exatamente como o reflexo desta postura participativa do magistrado.

Neste diapasão, segundo Alexandre Garrido da Silva, citando C. Neal Tate (1996, p. 57):

o ativismo judicial constitui uma espécie de atitude ou comportamento dos juizes no sentido de “participar na elaboração de políticas que poderiam ser deixadas ao arbítrio de outras

instituições mais ou menos habilitadas (...) e, por vezes, substituir decisões políticas deles derivadas por aquelas derivadas de outras instituições”

Resta-nos discutir se o controle judicial de normas produzidas pelo Poder Legislativo é legítimo e respeita a democracia, frente às normas insculpidas pela Constituição Federal, e ainda, em caso positivo, quais são os limites desse controle.

CONSTITUCIONALIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial só é possível legitimamente em razão da margem de discricionariedade deixada ao julgador pelo legislador.

É permitido ao juiz que escolha livremente, dentre as normas existentes, a melhor, que se adapte ao caso concreto, segundo a sua discricionariedade.

Referida discricionariedade lhe garante a legitimidade da interpretação, própria do Poder Judiciário, intrínseca à atividade jurisdicional, insere ainda, a pré-compreensão do magistrado, que configura nítido caráter subjetivo.

O texto normativo somente terá capacidade de regulamentação a partir da atribuição de sentido que lhe dará o intérprete, de acordo com os seus próprios valores.

Contudo, os efeitos dessa interpretação se dá inter partes, dentro do caso concreto, não se cogitando da concepção de normas de efeito erga omnes, necessário para tanto, se faz a atuação do Poder Legislativo, escolhido pelo povo para esse mister.

Daí a advertência de Lenio Streck, citando Paulo Bonavides, acerca de uma possível ampliação da legitimidade interpretativa judicial (2005, p. 88):

a interpretação, quando excede os limites razoáveis em que há de conter, quando cria ou “inventa” contra legem (acrescentaria, contra a Constituição), posto que aparentemente ainda aí na sombra da lei, é pernicioso à garantia como à certeza das instituições.

Assim, apesar de ser interessante que o Poder Judiciário assumira uma atitude proativa, decisões ativistas devem ser eventuais, devendo ser coerente com o momento histórico vivido pelo país, pois, interferências irrestritas e inconsequentes na atividade parlamentar impedem a consolidação da democracia, até porque eiva de incredibilidade o Poder Legislativo (BARROSO, 2009, p. 77).

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO

Não há em nosso ordenamento jurídico, excludente de ilicitude para o aborto do feto anencéfalo, contudo, esta questão se colocou atual e com relação há

má formação congênita do feto há precedentes jurisprudenciais admitindo o aborto, nestes casos, mediante prévia autorização judicial (TJSP, RT 781/581).

Habeas corpus em favor do feto é admissível.

Contra hipótese do abortamento do artigo 128 do CP:

“O habeas corpus foi impetrado em favor do nascituro, ora no oitavo mês de gestação, contra a decisão do Tribunal a quo que autorizara intervenção cirúrgica na mãe para interromper a gravidez. Essa cirurgia foi permitida ao fundamento de sua vida pós-natal. A Turma, porém, concedeu a ordem, pois a hipótese em questão não se enquadra em nenhuma daquelas descrições de forma restrita no art. 128 do CP. Assim, não há como se dar interpretação extensiva ou analogia in malam partem; há que se prestigiar o princípio da reserva legal” (STJ, 5ª T. HC 32.159 – RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 12-2-2004).

Aborto autorizado por anencefalia do feto – STJ:

“Nesse contexto, certo é que a gestação infrutífera ora impugnada trará risco à própria saúde da gestante, que poderá sofrer por toda sua vida dos danos, senão os físicos, dos prejuízos psicológicos advindos do fato de carregar nove meses criança em seu ventre fadada ao fracasso. Por saúde, a própria Organização Mundial de Saúde pontifica que há de se entender o bem estar completo da pessoa humana, não só o físico, mas também psicológico. E aqui o gravame é duplo. E nem se diga que está se olvidando do direito à vida, garantia constitucional de todas as pessoas, assim entendidas todas aquelas já concebidas, na forma da reserva civil de seus direitos. É que, no caso dos autos, essa dita vida não se realiza, ainda que tomados todos os cuidados para preservação da mesma, eis que o laudo é categórico ao atestar a ausência de sobrevida neonatal (pós-parto) destes produto gestacionais, exceto por horas ou excepcionalmente dias, pela ausência de integridade dos tecidos cerebrais’. Não autorizar a conduta médica seria negar a própria aplicação da lei penal, eis que do ponto de vista criminal a realização do tipo previsto no art. 125 do Código Repressor requer dolo específico para interrupção da vida injustificada ou não-naturais, como bem acentua Aberto Silva Franco em sua obra ‘Aborto por indicação Eugênica’, Revista dos Tribunais, 1992, p.90: ‘(...) o preenchimento da área de significado desse dado compositivo da figura típica, deve ser buscado em campo extra-penal, na medicina, ou mais especificamente na biologia, na parte em que cuida do processo de formação da vida e das causas de sua interrupção.’ Portanto, plenamente justificada a interrupção da gestação uma vez coerente com os preceitos de proteção à vida e à saúde, garantida pela própria Carta Maior (...)” (HC 51.982-SP- Decisão concessiva de liminar- Min. Edson Vidigal – DJU 8-2-2006, p.207).

A INICIAL DA ADPF E OS FUNDAMENTOS DO PEDIDO

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), através do seu advogado Luis Roberto Barroso, ofereceu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) para, em caso de ocorrência de gestação de feto com anencefalia, nem os médicos e nem a gestante que decidir optar pela antecipação terapêutica de parto, no caso de feto portador de anencefalia, sejam, nos termos dos artigos penais referentes ao aborto, pelos crimes apenados.

Em nota prévia, o advogado esclarece que, antecipação terapêutica de parto não é aborto, mas não explica os motivos que diferenciam a antecipação terapêutica de parto do crime de aborto. Faz ao final, o discurso da importância do pronunciamento do STF sobre a matéria: “que tem profundo alcance humanitário, para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstá-los à atuação dos profissionais da saúde”.

No quesito hipótese, define o que é anencefalia, segundo a literatura médica. Informa que a inviabilidade de vida deste feto após o nascimento é 100% fatal e que em alguns casos (65%), o feto não consegue resistir ainda no útero, expõe a forma de detectar a anomalia (ecografia), o período gestacional (segundo trimestre de gestação) e a falibilidade do procedimento (praticamente nulo). Explicita que “uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável”. Afirma que, no caso da gestante, a permanência do feto anômalo no ventre é “potencialmente perigosa”, pois poderia gerar danos a sua saúde e até riscos de vida por causa dos óbitos ainda no ventre. Diz ainda que, “de fato, a má formação fetal em exame empresta a gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal”. Coloca a antecipação terapêutica, no caso de anencefalia, como a única forma “possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.”

Ainda em sua análise, explica que, diante do relato de riscos à vida da gestante e da inviabilidade do feto, a antecipação terapêutica de parto não poderia ser considerado aborto. Descreve o aborto, segundo a doutrina especializada, como “a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção)”, informa ainda que “a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos” e que no caso do feto com anencefalia, a morte é em decorrência da má formação congênita e que seu óbito é certo e inevitável, mesmo que sua gestação se dê no período normal (9 meses).

Para concluir sua hipótese, fez referência ao tempo de promulgação do Código Penal, a falta de tecnologias, naquele tempo, suficientes para detectar precisamente anomalias fetais e que o “anacronismo da legislação penal” não deveria servir de impedimento, ao acolhimento à direitos fundamentais contemplados pela

Constituição Federal.

No momento seguinte, demonstra as questões processuais relevantes e os fundamentos do pedido. Preliminarmente demonstra a legitimação ativa e a pertinência temática, isto é, a demonstração de interesse na ação, que no caso da CNTS é representar os trabalhadores da saúde, os médicos, enfermeiros ou outras categorias que possam vir a atuar no procedimento de antecipação terapêutica de parto, pois se estes profissionais participarem de procedimento fora da permissão legal, risco de vida da gestante e estupro, estarão sujeitos a ação penal pública.

Quanto ao cabimento da ADPF, declara que é uma arguição incidental e de natureza autônoma e que este assunto se enquadra nos três pressupostos de cabimento da arguição autônoma, ou seja, (I) a ameaça ou violação a preceito fundamental; (II) um ato do poder público capaz de provocar a lesão; (III) a inexistência de qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, ou seja, é a ADPF o procedimento legal capaz de levar ao judiciário esta questão de ordem e que a manifestação do STF, interpretando os dispositivos penais “conforme à Constituição” é o meio de suprir a lacuna temporal existente na legislação penal dada ao aborto e “explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.”

No mérito, o advogado procurou ponderar sobre os direitos da gestante e do nascituro, quando este tem potencialidade de vida, o que não figura no caso em exame, e por este dado busca o reconhecimento dos direitos fundamentais da gestante, “cujo interesse se possa eficazmente proteger”.

E na defesa deste direito objetivo, que de fato pode ser defendido, o postulante esclarece que, “a gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto esta protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação penal”. São eles, os princípios da dignidade da pessoa humana, analogia a tortura; Princípio da Legalidade, liberdade e autonomia da vontade e por fim o princípio do direito à saúde.

Ao que tange ao princípio da Dignidade da pessoa humana, explicitou que, esta é o “centro dos sistemas jurídicos contemporâneos”, alcançada em 1945, pós fascismo e nazismo. Confirma que este novo cenário “reaproxima” o direito e a ética, regata valores civilizatórios, reconhece normatividade aos princípios e cultivasse os direitos fundamentais. No Brasil, este cenário se deu com a promulgação da Constituição de 1988, que consagrou o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III). Este princípio “relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito quanto com as condições materiais de subsistência”. Menciona ainda que o “reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos autônomos” são decorrentes da veia da dignidade, pois são “atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano”, esclarecendo que tais direitos são oponíveis a toda coletividade e também ao Estado.

Classificou os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em duas partes, a saber:

1. Direitos à integridade física, englobando direito a vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e

2. Direito a integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros.

Na última parte, ao que tange o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, explicou a relevância desse direito ao caso em discussão. Explicitando que impor a uma mulher a obrigação de gestar um feto que sabe, com certeza, não ter condições de sobrevivência, causar-lhe-á dor, angústia e frustração, importando em uma violação de ambas as vertentes da dignidade acima explicitadas que são elas, a ameaça a integridade física e os danos a integridade moral e psicológica, fora que, conviver com a realidade e a lembrança de que o feto que nela cresce não poderá sobreviver, pode ser comparada à tortura psicológica. Lembrou, ao final, que a Constituição veda todo tipo de tortura e que a legislação infraconstitucional define a tortura como “uma situação de intenso sofrimento físico ou mental”.

Ainda, em se tratando de princípios, comenta sobre os princípios da legalidade, liberdade e da autonomia da vontade. A Constituição, em seu artigo 5º descreve que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, impondo ao ente público e ao particular vertentes distintas, pois para o público, somente é facultado agir por imposição ou autorização legal e para os particulares é considerado uma cláusula genérica de liberdade, por que se a lei não proíbe e nem impõe determinado comportamento, tem as pessoas, a autodeterminação de adotá-lo ou não.

O segundo princípio – liberdade – consiste que, ninguém terá de submeter-se a qualquer vontade que não seja a da lei e esta deve ser tanto formal quanto materialmente constitucional. Levando-se em conta a autonomia da vontade individual, que somente encontra limites ao imposto pela legalidade.

O terceiro princípio versa sobre a autodeterminação que toda pessoa humana capaz de se determinar possui. O Patrono esclarece que, no caso em tela, antecipação terapêutica de parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico, não encontra vedação no ordenamento jurídico pátrio. E que restringir a liberdade de escolha e a autonomia da vontade da gestante não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma de ponderação de valores.

E por último e não menos importante, o direito à saúde, elevado a categoria mundial de direito humano. Ressaltou que OMS descreve direito à saúde como “completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença”. Sendo então, em caso de antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico, o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da

gestante. Finalizando que impedir a realização importa em injusta e injustificável restrição ao direito à saúde.

Na parte que se faz referencia ao pedido, o emérito patrono, faz alusão que a técnica da interpretação seja conforme a Constituição.

A ADFP NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A referida ação foi interposta na Suprema Corte brasileira em meados de junho de 2004 e o relator fora o Ministro Marco Aurélio. Em relatório e primeira análise, o Ministro Relator, num esboço parcial da inicial verificou a admissibilidade da ADFP e o pedido, ao que se referia aos preceitos - dignidade da pessoa humana (art. 1º, IV), principio da legalidade, liberdade e autonomia (art. 5º. II) e da saúde (art.6º. e 196) - todos da Constituição e quais foram os atos do poder público, que causaram a lesão. No caso, os artigos do Código Penal Brasileiro - 124, 126 e 128 do CP – que tratam do aborto e suas excludentes. Analisou em seguida, o pedido de liminar cautelar, que tinha por objetivo suspender o andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como réus os profissionais da saúde que foram acusados de infringir o Código Penal nos incisos acima demonstrados e ainda, que fosse concedido às mulheres gestantes de fetos com anencefalia o direito se submeter à interrupção terapêutica de parto, até a resolução da matéria em definitivo pelo Egrégio Tribunal.

O Ministro Relator, diante das férias coletivas do Tribunal e a impossibilidade de exame próximo pelo Plenário, amparou-se no artigo 21, IV e V, do Regimento Interno do Tribunal e do artigo 5º, parágrafo 1, da Lei 9882/99, para conceder “ad referendum” o pedido de liminar. Levou em consideração que os direitos postulados na exordial possuíam relevância e proteção estatal e preocupou-se com o perigo de grave lesão que poderia ocorrer. Constatou que, no atual cenário judicial, o desencontro de entendimentos e a desinteligência de julgados, até chegar a uma decisão final emitida pelo Supremo só protelaria ainda mais a via crucis de uma mulher gestante de um feto com anencefalia, afinal seriam mais de 9(nove) meses e o objeto (feto) já teria se perdido, referencia ao caso do Habeas Corpus que perdeu o objeto na data de julgamento.

Reconhece que a dimensão dada á pessoa humana acaba por obstaculizar a possibilidade de coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Citam os direitos, fundamentos do pedido inicial, da saúde, da liberdade em seu sentido maior, da preservação da autonomia da vontade, da legalidade e da dignidade da pessoa humana para justificar essa dimensão e a impossibilidade de coisificar uma pessoa. Contrabalança o reconhecimento acima com o sentimento maternal, com os meses de gestação, com o amor e que mesmo diante da alteração física e estética, a mulher que gesta é suplantada pela alegria de ter em seu ventre a sublime gestação

e da dor que este ente gestador pode sofrer diante da deformação irreversível do feto. Estende o dano, integridade física e psicológica, não só a mulher, mas também ao próprio instituto da família, pois da maneira como descreve conclui-se que a mulher é a própria família.

Durante sua primeira análise da matéria, recebeu alguns pedidos de ingresso ao processo, na condição de *amicus curiae*, das seguintes entidades: da CNBB, da Católica pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e da Associação pelo Desenvolvimento da Família, Todos inicialmente negados.

Em agosto de 2004 submeteu o processo ao Pleno para referendo da liminar e o Colegiado deliberou aguardar-se o julgamento final. Logo em seguida enviou o processo para parecer da Procuradoria da República.

O Procurador da República à época, Cláudio Fonteles, negou que o Pleito, conforme apresentado na inicial, autorizava a interpretação conforme a Constituição e que o feto com anencefalia estaria amparado pelo princípio da primazia jurídica da vida e assim, pediu o indeferimento do pleito.

Em 20 de outubro de 2004, O Plenário do Supremo Tribunal federal, acolhendo a proposta do Ministro Eros Graus, se reuniu para analisar a matéria e referendou a primeira parte da concessão da liminar – sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, porém, numa situação um tanto conturbada revogou a segunda parte da liminar que reconhecia o direito da gestante em submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos. Analisou-se também, nesta mesma sessão, o cabimento da ADPF para tratamento do tema.

Diante dos questionamentos e de múltiplos entendimentos que a matéria suscitou, principalmente em face da manifestação do Procurador Geral da República, o relator entendeu necessário requisitar informações adicionais, conforme prevê o artigo 6º, parágrafo 1º da Lei 9882/99, para, em audiência pública, ouvir as entidades que acima suscitaram o pedido de ingresso no processo como *amicus Curiae* e abriu prazo para outras entidades se manifestarem ao ingresso para participarem da Audiência Pública.

As audiências ocorreram entre os dias 26 de agosto e 16 de setembro de 2008. Foram feitas quatro audiências (26/08; 28/08; 04/09 e 16/09) onde foram ouvidos vários segmentos da sociedade, desde entidades religiosas, sociedades médicas e genéticas, o Ministro da Saúde: José Gomes Temporão, entre outros.

Na oitiva do Ministro da Saúde ficou claro a eficiente estruturação do Sistema único de Saúde (SUS) em abrigar as gestantes que optem pela interrupção terapêutica de parto e serviu para a fundamentação jurídica do Advogado-Geral da União.

OS CAMINHOS DA ADPF NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Desde junho de 2004, ano inicial da ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF no. 54, o Supremo Tribunal Federal vem enfrentando os questionamentos desta ação, pois envolve questões de larga repercussão moral e religiosa em face de princípios constitucionais consagrados, tais como, dignidade da pessoa humana, autodeterminação, direito a vida e a saúde.

Os caminhos percorridos pela ADPF n.54 até os dias atuais: (I) o primeiro passo foi a interposição da ação que trouxe a margem esse debate tão latente de princípios. (II) A atitude ativista do Ministro ao conceder uma liminar possibilitando que mulheres gestantes de fetos com anencefalia poderiam se submeter a antecipação terapêutica de parto e a suspensão, até o fim do julgamento, dos processos penais que envolvem profissionais da saúde que em virtude da anencefalia realizaram a antecipação terapêutica de parto, a liminar vigorou por 4 (quatro) meses. (III) Manifestação do Procurador-Geral da República. (IV) O julgamento de suspensão da liminar. (V) os pedidos de ingresso como *amicus curiae* das entidades religiosas e científicas, técnicas, mães, etc. (VI) designação para data da audiência pública. (VII) vários despachos de requerimento de oitivas, de reconsideração, de juntada de documentos, dentre outros e os últimos e não menos importante (VIII) manifestação do Advogado Geral da União e do Procurador Geral da República.

O Supremo Tribunal Federal nos últimos anos tem estado à frente de várias questões de grande relevância para o Estado Democrático, principalmente ao que tange à direitos fundamentais não estabelecidos pelos ordenamentos infraconstitucionais.

O Ministro Eros Graus declarou em uma banca de dissertação da Universidade Estácio de Sá que o Ativismo é a consequência natural do Judiciário, competência esta em decorrência da própria Constituição.

Quando o direito envolve premissas morais e questões de grande repercussão não encontra base de sustentação tal alegação, haja vista a análise da posição e manifestação de seus ministros, neste caso, em face da interrupção terapêutica de parto para fetos com anencefalia.

Diante do pedido da liminar, o ministro relator Marco Aurélio, que entendeu presentes os motivos ensejadores da concessão da liminar pleiteada, acabando por decidir da seguinte maneira:

Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a

anomalia que atingiu o feto (ADPF/54/STF).

Tal decisão liminar foi baseada em anterior julgamento daquela Colenda Corte, em que o processo perdeu seu objeto pela demora da resolução, o que permitiu que a gestante que pleiteava autorização judicial para se submeter à interrupção terapêutica do parto desse à luz antes do julgamento final pelo Supremo (HC/ 84.025/STF).

Após tal decisão liminar, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) requereu sua entrada no feito na condição de *amicus curiae*, apresentando memorial, em que pleiteava a revogação da liminar, tendo em vista que o tema era da mais alta indagação, versando sobre o direito de nascer do feto portador de anencefalia, decisão que não poderia ser tomada pelo relator, monocraticamente, num juízo sumário, em que este acabaria legislando positivamente, fazendo nascer uma outra causa excludente de ilicitude do crime de aborto.

A CNBB aduziu ainda que o feto, mesmo portador de anencefalia, não pode ser coisificado, sendo, portanto, pessoa humana, também titular de dignidade e merecedor de ver prestigiado seus direitos.

A Procuradoria Geral da República, na ocasião de sua manifestação processual, ofereceu parecer manifestando-se contrário, tendo em vista que as causas extintivas de punibilidade possuem um sentido estrito, inequívoco e preciso, sendo estes o aborto para evitar que a mãe morra, e o aborto se a mãe, vítima de estupro, consente na prática do mesmo, sendo, pois, claro que o caso de anencefalia não consta no rol de excludentes previstas no Código Penal.

Assim, permitir o aborto no caso de feto portador de anencefalia seria flagrante ofensa ao direito à inviolabilidade do direito à vida.

Ainda sobre o julgamento da ADPF 54, foi formulada pela União dos Juristas Católicos, uma consulta ao Ministro aposentado do STF José Néri da Silveira, sendo que este claramente se manteve contrário às pretensões desta demanda, com base no princípio da ponderação de interesses (princípio da proporcionalidade), nos termos que se passa a expor, verbis:

O direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, caput), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao nascituro, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve.

Numa ponderação hierárquica dos direitos e valores concernentes à vida e à dignidade humana garantidas também ao nascituro anencefálico, vivo e em desenvolvimento no ventre materno, em face de invocados direitos fundamentais da gestante, quanto à dignidade de pessoa humana, liberdade e autonomia de vontade, no sentido de interromper a gravidez, do que resultaria a morte do feto, - não é possível deixar de fazer prevalecer o direito à vida

do nascituro, visto que a vida e a saúde da gestante não correm perigo de grave dano, nem sua dignidade de pessoa humana é ferida pelo fato dessa maternidade, valor constitucionalmente exaltado. A gestante – em mantendo o feto anencefálico em seu ventre, até o nascimento, com vida, do filho por ela gerado, com a grandeza da humanidade e revestido da dignidade de ser humano, – não terá sua dignidade pessoal diminuída, na linha da magna compreensão desse valor na ordem constitucional, nem sua liberdade ameaçada ou comprometida, mas, ao contrário, – revestida do valor constitucional e humano que se confere à maternidade, – cumpre vê-la merecedora de mais respeito e admiração por seus concidadãos, o que significa ter sua dignidade pessoal elevada, porque, acima de tudo, soube amar até o fim e é somente pelo amor que o ser humano pode realizar sua perfeição e felicidade.

Não cabe dar prevalência ao que se pretende na inicial, que instrui a Consulta, porque isso importaria em destruir a vida do ser vivo e em desenvolvimento no útero materno, ou seja, fulminar, irreversivelmente, o direito fundamental à vida do feto anencefálico, antecipando-lhe a morte, eliminando uma vida que, mesmo se houver de ser breve, embora indeterminado o momento do óbito, nem com isso deixará de ser vida humana protegida pela Constituição e as leis, com a nobreza do ser humano (ALVES JR., 2007).

O plenário do Supremo Tribunal Federal deliberou acerca da liminar deferida pelo Ministro Marco Aurélio, ocasião em que ficou decidida a revogação da liminar quanto à permissão do aborto, mantendo esta em relação à suspensão dos processos em curso.

Ao analisar o caso, o Ministro Carlos Britto acompanhou o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, pois este defendeu que o feto portador de anencefalia não era uma pessoa viável fora do ventre materno, que seria uma espécie de Unidade de Terapia Intensiva para esse ser, não podendo este sobreviver fora do organismo da mãe, pelo que, não haveria sentido obrigar a gestante a uma gravidez da qual não teria como resultado um começo de vida humana.

Seguiram essa posição os Ministros Celso de Mello e Sepúlveda Pertence, posicionando-se a favor da manutenção da liminar.

Em sentido contrário, o Ministro Eros Grau colacionou que o feto anencefálico é uma pessoa humana e não uma coisa (objeto), não havendo no caso risco de morte para as mães-gestantes de fetos com essa patologia, e ainda se manifestou no sentido de que o risco de grave e irreversível dano era do feto anencefálico e não da gestante, motivo pelo qual, a liminar deveria ser imediatamente revogada.

Acompanhando o Ministro Eros Grau, o Ministro Cezar Peluso argumentou que o feto é ser humano, e a brevidade de sua vida não lhe retira a proteção penal de sua vida intrauterina. Por fim, ainda trouxe a colação que o

sofrimento suportado pela gestante não a degrada, pois esse sentimento faz parte da própria experiência humana, não sendo motivo bastante para a permissão do abortamento em tais casos.

Os Ministros Gilmar Mendes e Carlos Veloso, igualmente, votaram contra a manutenção da liminar, o primeiro sob o argumento de que a matéria era muito delicada, e poderia levar a uma mutação constitucional por meio da Jurisprudência daquele Tribunal, o que não poderia ocorrer por meio de uma via tão estreita como a medida cautelar. O segundo, Ministro Carlos Veloso, entendeu que a cautelar não poderia subsistir, haja vista não haver risco de dano iminente para a gestante, mas sim para os fetos anencefálicos, e sopesando o direito da gestante e do feto, este optou pelo direito à vida do anencefálico.

Votaram em sentido contrário à manutenção da liminar, além dos já aqui citados, os Ministros Joaquim Barbosa, Ellen Gracie e Nelson Jobim, motivo pelo qual a liminar foi revogada.

A decisão do STF em razão da liminar:

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – PROCESSOS EM CURSO – SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a arguição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal (ADPF/54/STF).

ADPF – LIMINAR – ANENCEFALIA – INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ – GLOSA PENAL – AFASTAMENTO – MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em arguição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia (ADPF/54/STF).

Essa decisão foi baseada, sobretudo, no fato de que grande parte dos Ministros consideraram muito perigoso que uma decisão monocrática num juízo sumário de mérito tivesse o condão de permitir em todos os casos a antecipação terapêutica do parto, sendo mais acertado que tal decisão fosse decidida pelo pleno ao final do julgamento, além dos julgadores mostrarem-se claramente divergentes quanto ao mérito do processo.

Quanto à suspensão dos processos e efeitos de outras decisões, esta se manteve, pois tais causas tinham o julgamento ora em comento como sua prejudicial lógica.

Concluindo sobre a respeito do tema, vejamos ainda alguns comentários doutrinários aos quais sou favorável.

O posicionamento do professor Luiz Regis Prado (2011), em seu entendimento diz, “que a mulher que pratica aborto de feto anencefálico não comete crime”, penso da mesma forma, pois a perspectiva de vida ultraterina pode ser de segundos, minutos, horas ou momentâneos dias, sem respectivas futuras, a interrupção da gravidez em casos assim não se dirige ao cumprimento da função positivamente valorada do ponto de vista social, já que o anencefalo não é biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável, só se permitindo caracterizá-lo em um processo de morte.

Concluindo o ilustre doutrinador, “é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a consequência falta de um resultado típico. Trata-se, portanto, de fato o desvalor da ação, considerada essa postura dogmática preferível a qualquer outra.”

É desnecessário qualquer permissivo legal para autorizar a mulher antecipar o parto de feto anencefalo, para tanto faz uso da teoria da tipicidade conglobante, ou seja, que aduz que o fato somente será típico se for materialmente lesivo ao bem jurídico tutelado e que a conduta de abortar um feto que não possui expectativa de vida extrauterina, embora formalmente típica, materialmente atípica. Enquanto a dignidade da pessoa humana, não deve o direito penal exercer o controle de um grupo social, étnico e religioso majoritário sobre grupos minoritários.

A Constituição Federal de 1988, tem como destaque à dignidade da pessoa humana, como valor fundamental e expressão direito à vida, sendo inegável que este fundamento estaria sendo violado em se submeter a gestante o sofrimento prolongado durante a gestação com a certeza de que está se desenvolve em seu ventre um ser que jamais viverá plenamente e morrerá, senão ainda dentro do seu útero, logo após o parto.

Para Bittencourt, sob o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana, aduzir que o aborto anencefálico, diante da ausência de fundamento da censura social, se realizado, é causa de inexigibilidade de conduta diversa, já que nestas circunstâncias, como questiona pelo estudioso, quem poderá recriminar a mulher que busca o aborto? O autor questiona a autoridade moral do Estado em exigir dessa gestante que aguarde o ciclo biológico, mantendo em seu ventre um ser inanimado “que quando a natureza resolver expeli-lo, não terá outra alternativa senão pranteá-lo, enterrá-lo ou cremá-lo.

O princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado o dever de proporcionar a todo ser humano condições para que possa viver dignamente; assim, não é razoável privar a gestante da sua liberdade e submetê-la a obrigação de carregar por nove meses um feto que não sobreviverá.

Como operador de direito, não poço fugir da realidade que nos rodeia, nem fechar os olhos para a lentidão e “burocracia” da máquina judiciária que, por vezes, embora autorize o pedido, chega tardia, sem eficácia e com a intensificação

do sofrimento diante da espera, papéis e procedimentos necessários para alcançar o fim almejado.

O direito é uma ciência humana e deve ser utilizada em prol do homem, visando satisfazer seus anseios e possibilidade de vida digna em sociedade, devemos se não amar nossos semelhantes, ao menos respeitar suas convicções e usar a tecnologia em conhecimento em favor de todos. Desta maneira espera-se que o Supremo Tribunal Federal se manifeste-se no sentido em que coloque um ponto final na discussão com o reconhecimento da atipicidade do aborto anencefálico.

CONCLUSÃO

O Poder Judiciário brasileiro vem ampliando, nos últimos tempos, o seu raio de atuação, passando a assumir um papel mais ativo em discussões de cunho político.

Tal fato se dá pela crescente busca da sociedade por “direitos” ainda não reconhecidos, ou mesmo regulamentados pelo poder Judiciário, que se encontra muito aquém da evolução da sociedade brasileira.

Leis ultrapassadas, ausências legislativas, omissões chegam todos os dias às portas do Poder Judiciário, buscando a atualização que o Poder Legislativo não lhes deu.

Desta forma, o Poder Judiciário, ao conciliar a limitação dos poderes e o respeito aos direitos fundamentais com a democracia supre a carência do Poder Legislativo, gerando muita controvérsia.

O que deve ser levado em conta, nesses casos, é a defesa dos valores fundamentais, mesmo que para isso se faça existir um confronto entre os dois Poderes.

A limitação do poder político e a garantia à soberania popular, bem como a garantia aos direitos dos cidadãos são pilares do sistema democrático constitucional, e devem coexistir, mesmo que em alguns casos, em maiores ou menores proporções.

Por tais razões, o Supremo Tribunal Federal, tido como o guardião da Constituição, deve ser comedido em suas ingerências às deliberações parlamentares, limitando-se, nestes casos, a resguardar o sistema democrático e os direitos fundamentais, não devendo, de forma alguma, a Corte Suprema avocar para si a tarefa de inovar na ordem jurídica.

Assim, conclui-se que não há inconstitucionalidade na limitação do Poder Legislativo pelo Judiciário, desde que tal limitação seja imposta por uma jurisdição constitucional exercida dentro dos limites autorizados pela Constituição, o que fará com que a fiscalização do Poder Judiciário sobre o Legislativo seja, antes de um risco, uma garantia para a democracia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. **Ativismo judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19512>>. Acesso em: 2 jan. 2012.

ALVES JR., Luís Carlos Martins. **O direito fundamental do feto anencefálico. Uma análise do processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** nº 54. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10488>>. Acesso em: 29 de janeiro 2012.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Mini código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, **Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 29 de janeiro de 2012.

BITENCOURT, César Roberto. **Código penal comentado**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. **Ativismo judicial em crise**. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2137, 8 maio 2009. Disponível em: <http://http://jus.com.br/revista/texto/12781>. Acesso em: 29 de janeiro de 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 2, p.143-165.

DINIZ, Debora. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Debora. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Conselho regional de medicina do estado da Bahia. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Debora. **Anencefalia. O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília: Letras Livres, 2004.

FERNANDEZ, Atahualpa. **Ativismo judicial**. Revista jus vifilantibus. <http://jusvi.com/pecas/40388/2> acesso em 02 de janeiro de 2012.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 8 fev. 2012.

LEAL, Saul Tourinho. **Ativismo ou altivez? Outro lado do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Editora Forum, 2010, p.24.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEGRELLEY, Leonardo Araújo. **O ativismo judicial e seus limites frente ao estado democrático**. Texto disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3684.pdf>. acesso em 13/02/2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. 4ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 9ª Ed. rev. Ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, vol.2, p.113-135.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 129-138.

SILVA, Alexandre Garrido da; Vieira, José Ribas. **Justiça transicional, direitos humanos e a seletividade do ativismo judicial no Brasil**. Revista da Faculdade de Direito Candido Mendes, Rio de Janeiro, v. 1, n. 13, dez. 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **O efeito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica**. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, vol. 1, n. 3, p. 83-128, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito penal**. 1ª ed. vol. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

VALLE, Vanice Regina Lírio do (org.). **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal Federal**. Laboratório de Análise Jurisprudencial do STF. Curitiba: Juruá. 2009, p. 21.

PONDERAÇÕES SOBRE APLICAÇÃO DA ARBITRAGEM NA SEARA CONSUMERISTA

Alexandre Gazetta Simões ¹

RESUMO

Este trabalho busca justificar a aplicação do procedimento arbitral a litígios que tenham como fundamento questões derivadas de uma relação de consumo. Para tanto, após uma breve explicação do instituto da arbitragem, defende a aplicação das duas modalidades de convenção de arbitragem à seara consumerista. Portanto, postula, em primeiro enfoque, considerando o paradigma traçado pelo Código de Defesa do Consumidor - evidenciando, assim, o que seja uma relação de consumo - a utilização pelas partes, fornecedor e consumidor, do compromisso arbitral. Em uma segunda abordagem, aventando a teoria geral dos contratos civis, sob o enfoque do direito consumerista, defende a possibilidade de utilização da cláusula compromissória, em contratos que tenham como pano de fundo, relações consumeristas, advogando a tese segundo a qual, dada a importância da arbitragem em nosso atual panorama jurídico, não se justifica o seu afastamento, apoditicamente, da seara consumerista.

Palavras-chave: Contratos; relação de consumo; consumidor; fornecedor; arbitragem.

CONCEITO E APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM.

A arbitragem corresponde a uma alternativa que faceia com a situação de esgotamento estrutural que sofre o Poder Judiciário.

Por suas características peculiares, notadamente por sua rapidez e consensualismo, alcança, em suas soluções propostas aos problemas apresentados à sua apreciação, respostas eficientes, que vem ao encontro das expectativas nutridas pelas partes, ao nomearem o árbitro.

Não é sem razão que Mauro Capelleti (1994, p. 97), ao tratar sobre os meios alternativos de solução de disputas, pondera que:

Devemos estar conscientes de nossa responsabilidade; é nosso dever contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; entre essas necessidades estão seguramente as de desenvolver

¹ ALEXANDRE GAZETTA SIMÕES, Graduado em Direito (ITE-BAURU), Pós Graduado com Especialização em Gestão de Cidades (UNOPEC), Direito Constitucional (UNISUL), Direito Constitucional (FAESO); Direito Civil e Processo Civil (FACULDADE MARECHAL RONDON) e Direito Tributário (UNAMA), Mestrando em Teoria do Direito e do Estado (UNIVEM), Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de graduação em Direito (EDUVALE AVARÉ).

alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo; daí o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo de velocidade sem precedente.

Assim, os métodos alternativos de solução de conflitos, apesar de terem seus registros constantes de épocas recuadas da história humana, com a Arbitragem, notadamente sobre o enfoque da Lei 9307/96, ganharam fôlego, não causando espécie; ao revés, sendo oportuno, que as partes pacifiquem um determinado litígio, sem a necessidade de utilização de um processo judicial perante o Judiciário.

Tal instituto, portanto, tem sua aplicação adstrita à autonomia privada, objetivando a composição de litígios advindos de direitos patrimoniais disponíveis. Nesse sentido, quanto a uma possível conceituação da arbitragem, Luiz Antonio Scavone Júnior (2010, p. 15) define-a da seguinte forma:

A arbitragem pode ser definida como o meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis através do árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida, que apresentará uma sentença arbitral.

Por sua vez, Carlos Alberto Carmona (2009, p. 31), apontando as principais características da arbitragem, explica que:

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.

Assim, pessoas maiores e capazes podem se valer da arbitragem, a fim de dispor sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Por tal razão, o artigo 1º da Lei 9307/06, estabelece que: “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”.

De outra parte, a fonte do procedimento arbitral é a convenção de arbitragem, a qual corresponde ao negócio jurídico, por meio do qual as partes buscam a solução do litígio valendo-se de um árbitro.

Nesse sentido, o Art. 3º da Lei 9307/96, estabelece que: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Tal gênero negocial compõe-se de duas espécies; portanto, a cláusula

compromissória, e o compromisso arbitral.

Assim, quanto a cláusula compromissória, trata-se de uma convenção de arbitragem prévia, por meio da qual as partes decidem que se sobrevier um conflito relativo àquele negócio jurídico que acabou de ser celebrado, esse conflito deverá ser resolvido pelo árbitro.

Portanto, caracteriza-se por ter os seus olhos voltados para o futuro. Assim, caso sobrevenha um conflito, o mesmo deverá ser resolvido por um árbitro.

Nesse sentido, o Art. 4º, da Lei 9307/96, estabelece que: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Por seu turno, o compromisso arbitral pressupõe um conflito já existente. Desse modo, na situação de existir um conflito, as partes resolvem que aquele conflito deve ser resolvido por árbitros.

Assim, o Art. 9º, da Lei 9307/96, estabelece que: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Frise-se, de outra parte, que o compromisso arbitral, visto que se refere a um conflito concreto, pode ser precedido de uma cláusula compromissória. Assim, estabelecida a cláusula compromissória, caso o conflito apareça, ante a necessidade de regulamentar a arbitragem, definindo o modelo de arbitragem. Por tal razão, celebra-se uma convenção de arbitragem.

CONCEITO E PARADIGMA ATUAL DA FIGURA CONTRATUAL.

Inicialmente, é necessário ponderar que o contrato nada mais é que do uma modalidade de fato jurídico.

Dessa forma, o contrato consiste em um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, mediante o qual uma ou mais vontades se harmonizam em um denominador comum, de modo a que possam produzir resultados jurídicos obrigacionais, conforme as disposições legais.

Nesse sentido, quanto ao conceito de contrato, Paulo Nader (2010, p. 09) explica que: “Na acepção atual, contrato é acordo de vontades que visa a produção de efeitos de conteúdo patrimonial. Por ele, cria-se, modifica-se ou extingue-se a relação de fundo econômico”.

Assim, como já referido, o contrato é uma declaração negocial. No entanto, o contrato é uma declaração por meio da qual as partes perseguem interesses, mas condicionados a parâmetros estabelecidos no Código Civil, como a função social e a boa-fé objetiva.

Por tais razões, o exercício da liberdade de celebração contratual,

denominada de autonomia da vontade, em substituição à autonomia absoluta, conforma-se a uma significação principiológica.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz (2009, p. 24) explica que:

Assim, o princípio da autonomia da vontade é o poder conferido aos contratantes de estabelecer vínculo obrigacional, desde que se submetam às normas jurídicas e seus fins não contrariem o interesse geral, de tal sorte que a ordem pública e os bons costumes constituem limites à liberdade contratual.

Portanto, o conceito de autonomia absoluta, tão em voga na seara civilista, no século XIX, fora substituída pela autonomia privada, a qual apresenta um caráter limitado.

Esse novo parâmetro, inaugurado pelo Código Civil de 2002, é evidenciado por Maria Helena Diniz (2009, p. 22), a qual, em trecho de sua obra, explica que:

É preciso não olvidar que a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo. Pelo Código Civil, no art. 421, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (CF, art. 1º, IV, 5º, XXIII, e 170, III).

Nessa mesma toada, ainda Maria Helena Diniz (2009, p. 27) conclui que:

O princípio da autonomia da vontade está atrelado ao da socialidade, pois, pelo art. 421 do Código Civil, declarada está a limitação da liberdade de contratar pela função social do contrato. Esse dispositivo é mero corolário do princípio constitucional da função social da propriedade e da justiça (LICC, art. 5º), norteador da ordem econômica. O art. 421 é, como já dissemos, uma norma principiológica que contém uma cláusula geral: a função social do contrato. O art. 421 institui, expressamente, a função social do contrato, revitalizando-o, para atender aos interesses sociais, limitando o arbítrio dos contratantes, para tutelá-los no seio da coletividade, criando condições para o equilíbrio econômico-contratual, facilitando o reajuste das prestações e até mesmo sua resolução.

Quanto a feição do contrato, em nossa sociedade atual; claro se afigura que a presença dos contratos paritários, cada vez mais se torna escassa; predominando, atualmente, ante a realidade da sociedade de massa; os chamados contratos de adesão; o quais se caracterizam, por sua conformação, pela imposição do poder econômico sobre os contratantes, consumidores; mediados pelos contratados, chamados fornecedores, todos se movimentando no cena de uma relação de consumo.

Nesse sentido, Paulo Nader (2010, p. 47) pontua que:

Os contratos gré a gré ou amigáveis, chamados ainda paritários, formam-se mediante diálogo entre as partes, diretamente, ou por representantes. O ajuste final surge como o resultante da conveniência no momento da declaração de vontade. Nem sempre as partes obtêm as condições desejadas; a harmonização dos interesses às vezes não é alcançada. Mazeaud, Mazeaud e Chabas consideram imprópria a denominação, entendendo que a grande massa de acordos nasce é da imposição por uma das partes, geralmente a mais forte economicamente. Quando se efetua uma compra em estabelecimento comercial o preço e as condições previamente se acham definidos, não ensejando, pois negociação entre os contratantes.

Contrato de Adesão, portanto, é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente, como por exemplo, o contrato de prestação de energia elétrica, ou mesmo aquele contrato estabelecido de forma unilateral pelo fornecedor de produtos ou serviços, como por exemplo, o contrato de telefonia celular; sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Tal contrato tem previsão no Art. 54 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, o referido artigo de lei estabelece que:

Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

Portanto, em tal modalidade contratual, o consumidor não participa substancialmente de sua elaboração. Ademais, ao consumidor não é dada a possibilidade de modificar suas cláusulas.

Desse modo, inicialmente, como já fora referido no item anterior, todos os contratos deverão velar por sua transparência.

Ao encontro desse princípio, o Art. 46 do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que:

Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

Tal princípio possui derivações que podem ser localizadas tanto no Código Civil, quanto no Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o Código Civil evoca os princípios da função social do contrato,

da boa-fé objetiva, além da eticidade, dando um embasamento constitucional a partir da inserção, na seara contratual, de princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Rômulo Russo Júnior (2006, pp. 03 e 04). pondera que:

O que se ergue, na verdade, é que o contrato passa a receber, com unidade, a saudável influência dos princípios da ordem constitucional vigente (tais como: a dignidade da pessoa humana, o respeito ao meio ambiente, à justiça social, a livre iniciativa, dentre outros), através dos quais poder-se-á passar a dar uma certa concretude ao equilíbrio contratual, corrigindo-se ou ao menos se atenuando, por meio das cláusulas gerais da boa-fé objetiva, função social e probidade e dos referidos deveres anexos ou laterais, o desequilíbrio das forças econômicas dos contraentes.

Portanto, o Código Civil, delineando novas linhas gerais voltadas à reconstrução da teoria geral dos contratos, evidencia que o contrato somente pode se justificar se a sua motivação for adstrita ao interesse social.

Assim, aquele diploma, em seu Art. 421, estabelece que: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Por seu turno, em seu Art. 422, determina que: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Nesse mesmo passo, com relação aos contratos de adesão, acima referidos, o Código Civil, em seu Art. 423, determina que: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”. Ainda, em seu Art. 424, estabelece que: “Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Por seu turno, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 54, § 4º, determina que as cláusulas contratuais impositivas de obrigações ao consumidor, deverão apresentar redação clara, quando nos referimos a contratos de adesão. Ainda, o seu artigo 47, estabelece que: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”.

Ainda nessa linha de raciocínio, considerando a sistemática professada pelo Código de Defesa do Consumidor, ofendem-se seus princípios fundantes, quando cláusula contratual restringe direitos ou obrigações fundamentais, ou quando se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, assim como o interesse das partes; além de outras circunstâncias peculiares ao caso.

É o que dispõe o Art. 51, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, a qual estabelece em seu teor que:

Art. 51. [...]

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vontade que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

E nesse sentido, o referido Art. 51, do Código de Defesa do Consumidor, em seu caput, estabelece que: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que”.

Nesse sentido, quanto a nulidade, Carlos Alberto Bittar (BITTAR, 2007, p. 258) explica que:

Nulo é o negócio jurídico que se perfaz com inobservância de pressupostos e de requisitos substanciais, gerais ou especiais, ou que, quanto à causa, ou, aos fins, se conclui em frontal discordância com o ordenamento jurídico (assim, por exemplo, com agente absolutamente incapaz, com objetivo ilícito, com motivos ilícitos; com formas inadequadas).

A nulidade investe, portanto, contra elementos essenciais à formação válida do negócio, e relacionadas a valores que interessam a toda sociedade.

Portanto, considerando as derivações constantes do Código do Consumidor, as chamadas cláusulas abusivas são nulas de pleno direito. Ou seja, a tais cláusulas lhe são negadas qualquer efeito jurídico; independentemente do intento do fornecedor, bastando a verificação de sua ocorrência, em um contrato de fundo consumerista, conforme o elenco legal.

DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E DA RELAÇÃO DE CONSUMO.

O Código de Defesa do Consumidor, como resposta normativa do Direito à Sociedade de Consumo, considerando a realidade brasileira; passou a disciplinar os fatos adstritos ao universo consumerista; buscando, a partir de um mandamento constitucional, a concretização da regra de justiça material, fundada na constatação da vulnerabilidade do consumidor.

Para tanto, apresentou-se como uma lei principiológica, vicejando em um microsistema legislativo, com aplicabilidade em toda relação jurídica que se constitua em relação de consumo.

Nesse sentido, aclarando esses postulados, Rizzatto Nunes (2008, p. 66)

pondera que:

Como lei principiológica entende-se aquela que ingressa no sistema jurídico, fazendo, digamos assim, um corte horizontal, indo, no caso do CDC, atingir toda e qualquer relação jurídica que possa ser caracterizada como de consumo e que esteja também regrada por outra norma jurídica infraconstitucional. Assim, por exemplo, um contrato de seguro de automóveis continua regulado pelo Código Civil e pelas demais normas editadas pelos órgãos governamentais que regulamentam o setor (Susep, Instituto de Resseguros etc.), porém estão tangenciadas por todos os princípios e regras da lei n. 8078/90, de tal modo que, naquilo que com eles colidirem, perdem eficácia por tornarem-se nulos de pleno direito.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor apresentando-se como norma de ordem pública, assim como, de interesse social; tem, em sua aplicabilidade, preponderância sobre outras normas, que com ele possam a vir a colidir. Sua aplicabilidade está adstrita à vinculação com uma relação de consumo.

Como já referido, a presunção de vulnerabilidade do consumidor baseia-se em um tripé, qual seja, a vulnerabilidade técnica, jurídica e econômica.

Assim, quanto a vulnerabilidade técnica, essa se manifesta pela ausência de conhecimentos específicos em relação ao produto ou ao serviço. Este desconhecimento torna o consumidor suscetível de ser enganado ou prejudicado.

Por seu turno, a vulnerabilidade econômica, trata-se é falta de conhecimentos quanto a direitos, instrumentos contratuais e remédios jurídicos para solucionar eventuais problemas. Manifesta-se também no curso do processo, pois o consumidor é litigante eventual, enquanto o fornecedor é litigante habitual. E justamente por estar habitualmente envolvido em processos judiciais, os procuradores dos fornecedores são especialistas, conhecem em detalhes a orientação do tribunal, pré-constituem as provas, beneficiam-se com a demora do processo, e, caso percam, podem orientar o repasse do prejuízo aos demais consumidores.

Finalmente, a vulnerabilidade econômica provoca um desequilíbrio na negociação, pois o consumidor possui poder de barganha inversamente proporcional a seu poder de compra.

Ainda, pode ser aventada a chamada vulnerabilidade psíquica manifesta-se pelo uso das mais diversas técnicas de venda que induzem o consumidor a comprar o que ele não precisa, não quer, e muitas vezes, também o que não pode pagar.

Por tal razão o Art. 4º do Código de Defesa do Consumidor, ao regulamentar a política nacional de consumo, estabelece que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus

interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.

Assim, o âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor está adstrito à proteção do consumidor, pressupondo uma relação jurídica desigual, ante a concepção da idéia de vulnerabilidade do consumidor.

Portanto, considerando as noções exaradas, tem-se que a noção do que seja uma relação jurídica mostra-se de fundamental importância para o entendimento do espectro de abrangência de qualquer norma.

Nesse sentido, as palavras de Miguel Reale (REALE, 1995, p. 211) são proverbiais, ao explicar que:

[...] as normas jurídicas projetam-se como feixes luminosos sobre a experiência social: e só enquanto as relações sociais passam sob a ação desse fecho normativo, é que elas adquirem o significado de relações jurídicas. (...) Quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa

realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica.

Assim, ao se buscar fixar o alcance das normas jurídicas é necessário verificar e analisar os componentes da respectiva relação jurídica que nela se subsumem; notadamente quando ocorre um concurso aparente de normas.

E nesse sentido, quanto a determinação do âmbito de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, o próprio diploma normativo, em seu artigo de abertura propugna pela proteção e a defesa do consumidor, estatuinto normas de ordem pública nesse aspecto, em atendimento ao imperativo constitucional, conforme determinam os Arts. 5º, XXXII, e 170, V, da Constituição Federal.

Nesse diapasão, o Código de Defesa do Consumidor, em seus Arts. 2º e 3º, trata da conceituação do que, para os seus efeitos, vêm a ser consumidor, fornecedor, produtos e serviços.

Assim, verifica-se que a primeira preocupação do legislador fora a de estabelecer parâmetros para a identificação dos componentes da relação jurídica de consumo, do qual trata primordialmente a lei sob comento.

Nesse sentido, Celso Marcelo de Oliveira (jus.uol.com.br/revista/texto/2741), buscando evidenciar as hipóteses dos atos jurídicos de consumo, explica que:

A partir das definições, pode-se propor uma classificação tripartida para os atos jurídicos de consumo - para a qual em muito contribui a experiência vinda da divisão clássica do direito privado brasileiro e as construções doutrinárias desenvolvidas no seu âmbito para a tipificação dos atos de comércio -, a saber: I – Os atos de consumo próprios ou por essência: são os atos de consumo por excelência, de regra praticados pelo consumidor nas pontas finais da cadeia de circulação dos produtos e serviços; II – Os atos de consumo por acessão ou dependência: são os atos de consumo próprio praticados pelos fornecedores para a viabilização do seu empreendimento e alavancagem das atividades da sua agência produtora de consumo, no fluxo circulatório de bens nos setores primário, secundário e terciário da economia; III- Os atos de consumo por força de lei: são os atos de consumo objetivos, cujas relações jurídicas são submetidos mandatoriamente, por força de lei, à disciplina regulatória - direta ou incidental - do Código de Defesa do Consumidor e seus consectários normativos, independentemente da qualificação ou funcionalidade dos sujeitos envolvidos na relação jurídica

Nesse sentido, partindo-se da premissa de que a relação jurídica é composta por um sujeito ativo - assim entendido como o beneficiário da norma -, um sujeito passivo - aquele sobre o qual incidem os deveres impostos pela norma -, um objeto - que se identifica com o bem sobre o qual recai o direito -, e um “fato propulsor” - assim considerado como o tipo de vínculo que liga o sujeito ativo ao sujeito passivo -, deve-se analisar a relação de consumo sob o ponto de vista de

cada um de seus componentes. Desse modo tem-se, o consumidor, o fornecedor, o produto ou serviço, e o seu fato propulsor, seja ele de natureza contratual ou extracontratual.

Em prosseguimento, uma vez identificados os elementos componentes da relação jurídica de consumo, poder-se-á, com clareza, mensurar a “ação do facho normativo” da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, vale ressaltar que a utilidade da correta identificação dos elementos componentes da relação jurídica de consumo prende-se, também, à necessidade da observância do princípio da legalidade previsto no Art. 5º da Constituição Federal, considerando ser, o Código de Defesa do Consumidor, um estatuto multidisciplinar, definindo em seu bojo inclusive tipos criminais, a par de regras de comportamento mais gravosas em cotejo com as estabelecidas pelo Código Civil e pelo Código Comercial.

Nesse diapasão, as relações de consumo são as relações jurídicas por excelência, as quais envolvem sempre, basicamente, duas partes bem definidas. Como primeira parte, uma relação tendo como vértices, de um lado um adquirente de um produto ou serviço (consumidor); de outro o fornecedor ou vendedor de um produto ou serviço (produtor/fornecedor).

Desse modo, Newton De Lucca (2003, pp. 136-137) pondera que:

[...] por exemplo, em trabalho que merece ser citado à exaustão pelos estudiosos do direito do consumidor no Brasil, parece identificar ambos os conceitos ao afirmar que “a relação de consumo não se verifica entre simples particulares e que os produtos e serviços de que trata devem ser colocados no mercado por um sujeito no exercício de sua atividade empresarial

Como segunda parte, tem-se o objeto destinado a satisfação de uma necessidade privada do consumidor.

Portanto, o Código de Defesa do Consumidor fora criado para disciplinar as relações de consumo em geral.

Portanto, para aferir com precisão a existência de uma relação de consumo, é indispensável ter conhecimento prévio de dois conceitos fundamentais, necessários para se identificar tal relação, quais sejam: consumidor e fornecedor.

Do Consumidor.

Assim, consumidor, à luz do Art. 2º da Lei 8078/90, é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.

Desse modo, o consumidor é caracterizado pelo ato de retirar o produto ou serviço de circulação do mercado. O critério adotado por tal corrente é objetivo, a partir dessa análise, buscando basear-se em um conceito jurídico.

Tal corrente é chamada de Maximalistas.

Por sua vez, uma segunda corrente defende que a caracterização do consumidor não deve se basear, tão somente em um critério fático, mas dever-se-á agregar um critério econômico, a fim de se alcançar a derivação do termo.

Portanto, além da destinação fática, consistente em retirar o produto ou serviço do mercado, é necessário não utilizar os mesmos para auferir renda.

Assim, para a caracterização do consumidor adota-se um critério subjetivo. Assim como, adotou-se, nesse ponto de vista, o critério econômico.

Tal corrente é denominada de Finalistas.

Entretanto, um elemento de conjunção entre essas duas correntes se mostra, justamente, fulcrada no elemento de vulnerabilidade do consumidor.

Desse modo, o consumidor é aquele sujeito imbuído de vulnerabilidade.

Nesse sentido, Eliane M. Octaviano Martins (http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7104) pondera que:

Inobstante serem detectados inúmeros entendimentos diversos acerca do exato alcance do conceito de vulnerabilidade, prepondera a exegese que sustenta dever ser a vulnerabilidade compreendida no sentido técnico, jurídico e socioeconômico.

E prossegue, concluindo que:

Infere-se, portanto, que tais sentidos importam na configuração de não ter o consumidor conhecimentos em relação aos aspectos jurídicos do negócio e as suas repercussões econômica além de não se encontrar, geralmente, na mesma condição social e econômica do fornecedor parte com que negocia. Efetivamente, como regra, as conclusões adotadas pela teoria subjetiva ou finalista estão calcadas nos seguintes pressupostos: i) o conceito de consumidor deve ser subjetivo e permeado pelo critério econômico e da vulnerabilidade; ii) a expressão “destinatário final” deve ser interpretada restritivamente.

O Superior Tribunal de Justiça, a partir dos preceitos conceituais enumerados, manifesta-se também nesse sentido, levando em consideração a vulnerabilidade do consumidor, a temperar a corrente finalista; também chamada de Teoria Finalista Mitigada.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min.

Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial. (RESP 200702835038, NANCY ANDRIGHI, STJ - TERCEIRA TURMA, 13/10/2010)

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA. DESPACHO SANEADOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 2º DO CDC. ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”.

(...)

3. No tocante ao segundo aspecto – inexistência de relação de consumo e conseqüente incompetência da Vara Especializada em Direito do Consumidor – razão assiste ao recorrente. Ressalto, inicialmente, que se colhe dos autos que a empresa-recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva.

Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor. Ora, in casu, a questão da hipossuficiência da empresa recorrida em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes: REsp. 541.867/BA, DJ 10.11.2004).

4. Por tais fundamentos, CONHEÇO PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL, E, NESTA PARTE, DOU-LHE PROVIMENTO, para, afastando a relação de consumo, determinar a incompetência absoluta do Juízo de Direito da 11ª Vara Especializada da Defesa do Consumidor para processar e julgar o feito. Reconheço, outrossim, a nulidade dos atos processuais

praticados e determino a distribuição do processo a um dos Juízos Cíveis da Comarca de Vitória/ES.
(REsp 661145/ES, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 28/03/2005, p. 286)

Assim, o consumidor, não dispondo, por si só, de controle sobre a produção de bens de consumo ou prestação de serviços que lhe são destinados, arrisca-se a submeter-se ao poder e condições dos produtores daqueles mesmos bens e serviços, tendo ao fundo o que se denomina de Direito do Consumidor, que pode ser conceituado como o agrupamento de normas jurídicas que visam regular as relações estabelecidas entre a pessoa do consumidor e do fornecedor.

Do Fornecedor.

O fornecedor, por sua vez, é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços (Art. 3º da lei 8078/90).

Desse modo, como se observa pelos conceitos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor acerca das figuras de consumidor e fornecedor, é imprescindível que se tenha como entes formadores da relação de consumo essas duas figuras em pólos distintos, devendo o consumidor figurar em um pólo da relação e o fornecedor em outro.

Entretanto, a abordagem doutrinária sobre os conceitos de consumidor e fornecedor são muita amplas e trazem consigo muitas dúvidas acerca da sua definição e utilização.

Assim, como adverte Newton De Lucca (2003, p. 133): “Entende-se, de maneira geral, que a expressão “fornecedor”, no CDC, abrange todos os participantes do ciclo produtivo-distributivo”.

Conclui-se, portanto, que como fornecedor poderá ser considerado todos os quais propiciem a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, de forma a atender às necessidades do consumidor.

Dessa forma, o ponto nodal reside na vinculação legal à palavra destinatário final, de fundamental importância para se determinar essa figura.

Assim, mais uma vez, tem-se que destinatário final é aquela pessoa, física ou jurídica que adquire ou se utiliza de produtos ou serviços em benefício próprio, ou seja, é aquele que busca a satisfação de suas necessidades através de um produto ou serviço, sem ter o interesse de repassar este serviço ou esse produto a terceiros.

Portanto, caso este produto ou serviço seja repassado a terceiros, mediante remuneração, inexistente a figura do consumidor e surge imediatamente a

do fornecedor.

Adentrando aos meandros da conceituação de fornecedor, importante repisar que esse não necessita ser uma pessoa jurídica, uma vez que o texto legal traz a figura dos entes despersonalizados, podendo se entender assim por uma interpretação lógica, que também podem figurar como fornecedores aqueles que praticam atividades definidas em lei, quanto ao fornecimento de produtos e serviços, mesmo que atuando economia informal.

Frise-se que os entes de direito público, os quais prestam serviços essenciais à sociedade, como serviços de fornecimento de água, luz e esgoto também se enquadram na figura de fornecedores com base no Art. 3º da lei 8078/90. Finalmente, a sedimentar qualquer dúvida quanto ao conceito de fornecedor, Fabio Ulhoa Coelho (1999, p. 82) ensina que:

Fornecedor é a pessoa que desenvolve atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado, e consumidor aquela que os adquire como destinatário final. Sempre que a relação jurídica ligar um exercente de atividade de oferecimento de bens ou serviços ao mercado ao destinatário final destes, ela é uma relação de consumo e sua disciplina será a do regime de tutela do consumidor.

Portando, valendo-se mais uma vez do Art. 3º do Código de Defesa do consumidor, a título de fecho, evidenciando-se o caráter abrangente da definição legal; como fornecedor, podem ser enquadradas todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, bem como os entes despersonalizados, que “desenvolvam atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

DA APLICAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL NO ÂMBITO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

Ao se pretender uma imbricação, entre a temática da medição e arbitragem e a seara consumerista, é necessário que se faça uma diagnose inicial, visto que discussão comporta algumas derivações.

Portanto, um primeiro ponto exsurge de se saber se é possível a utilização do procedimento arbitral nas relações de consumo.

Assim, evocando o gênero convenção de arbitragem, é necessário saber, quando da aplicação do procedimento arbitral a uma relação de consumo, a quais das espécies estamos nos referindo, nesse momento.

Dessa forma, ao tratarmos de uma abordagem que leva em consideração o compromisso arbitral, não nos parece que exista qualquer empecilho que obste a escolha da via arbitral, pelo consumidor, em uma relação de consumo.

Ocorre que pela natureza do compromisso arbitral, o qual pressupõe o

conflito instaurado entre as partes e podendo contar com a assistência do Poder Judiciário, escudando-lhe a livre manifestação de vontade, não existe violação ao Código de Defesa do Consumidor, à aplicação da heterocomposição.

Nesse sentido aponta a Lei 9099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis, asseverando, em seus Arts. 24 a 26, a possibilidade de instaurar-se juízo arbitral após o ajuizamento da ação na justiça estatal.

Nesse sentido, Luiz Antonio Scavone Junior (2010, p. 27) explica que:

Entendemos, seguindo a maioria da doutrina, que nada obsta que o consumidor, depois do conflito instaurado, com o Judiciário à sua disposição – já que não existe cláusula arbitral no contrato ou a existente é nula -, resolva firmar um compromisso arbitral manifestando livremente sua vontade e, nessa medida, resolva submeter esse conflito a um árbitro.

Ao revés, ao se pontuar a cláusula compromissória, a discussão toma um matiz diferenciado.

Nesse sentido, como já referido, o Art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, estabelece que são nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos ou serviços que determinem a utilização compulsória de arbitragem.

Portanto, a lei veda que se imponha, por disposição contratual, a via da arbitragem ao consumidor. Fundamenta tal imperativo na presunção de vulnerabilidade do consumidor, princípio fundante do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, qualquer cláusula nesse sentido, determinando a utilização compulsória da arbitragem, é nula de pleno direito.

Entretanto, tal conclusão não pode ocorrer de forma absoluta, visto que o banimento da seara consumerista, está adstrito à utilização compulsória da arbitragem, consubstanciada em uma cláusula arbitral.

Portanto, ao fornecedor é dado o ônus de provar que a anuência do consumidor à referida cláusula não fora feita de forma compulsória.

Nesse sentido, Luiz Antonio Scavone Junior (2010, p. 28) pondera que:

Entendemos que essa possibilidade demanda a prova, pelo fornecedor, de que não determinou a utilização compulsória da arbitragem ao firmar a cláusula arbitral, o que feriria o inciso VII, do art. 51, da Lei 8078/1990.

Nesse caso, alegada a insubsistência da cláusula arbitral, militará a favor do consumidor a presunção de invalidade, cabendo ao fornecedor provar que a cláusula não foi imposta, notadamente diante das peculiaridades do negócio firmado e das condições pessoais do consumidor (forma do negócio, idade, instrução, capacidade econômica).

Do mesmo modo, José Geraldo Brito Filomeno (2007, pp. 87 e 88), ao comentar sobre o tema, citando Nelson Nery Júnior, pondera que:

Ao comentar igualmente referido dispositivo, o ilustre processualista Dr. Nelson Nery Jr. Pondera que a “escolha pelas partes de um árbitro para solucionar as lides existentes entre elas não significa renúncia ao direito de ação nem ofende o princípio constitucional do juiz natural; com a celebração do compromisso arbitral, as partes estão transferindo, deslocando a jurisdição”.

[...]

Nery Jr conclui seu pensamento a respeito, ponderando que “o juízo arbitral é importante fator de composição de litígios de consumo; razão por que o Código não quis proibir sua constituição pelas partes do contrato de consumo; a interpretação a contrario sensu da norma sob comento indica que, não sendo determinada compulsoriamente, é possível instituir-se a arbitragem; [...]”.

Quanto ao contrato de adesão na seara consumerista, as mesmas medidas devem ser aplicadas a esse, com um detalhe, que reforça o princípio da transparência, consoante o disposto no Art. 4º, §§ 1º e Art. 2º, da Lei 9307/96.

Tais dispositivos legais estabelecem que:

Art. 4º [...].

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Frise-se, portanto, que sob tal ponto de vista, os contratos de consumo, sejam de adesão ou não, quanto ao compromisso arbitral não há ressalvas a serem feitas, podendo-se valer do procedimento arbitral, na medida em que as partes se comprometem a submeter seus litígios à decisão de um árbitro, após a ocorrência dos mesmos.

Quanto à cláusula compromissória, em uma análise inicial, por conta do disposto no Art. 51, VII, do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que no âmbito contratual, tendo como objeto uma relação de consumo, a mesma é vedada.

No entanto, como referido, tal proibição somente poderá ocorrer, acoimando de nula a cláusula compromissória, se o fornecedor não lograr demonstrar que a escolha pelo procedimento arbitral se deu de forma livre, sem qualquer traço de imposição; além disso, demonstrar que a escolha, por parte do consumidor, fora feita de forma consciente, a partir das circunstâncias objetivas que nortearam a celebração do contrato.

Quanto aos contratos de adesão, que decorreram de uma relação de consumo, tem-se que as circunstâncias acima evidenciadas, sob nosso ponto de vista, verificam-se.

Assim, se demonstrado, pelo fornecedor, a vontade consciente e livre do consumidor de optar pela via arbitral, não nos parece que tal cláusula compromissória deva ser declarada nula, de forma apodítica.

Entretanto, nesse ponto, todas as cautelas deverão ser tomadas, observando-se todas as determinações legais, de modo a se evidenciar o inequívoco convencimento do consumidor, além de se demonstrar o seu esclarecimento quanto as conseqüências de seu ato.

Assim, além do Art. 4º, §§ 1º e 2º, da Lei 9307/96; o fornecedor deverá observar o disposto nos Art. 54, §§ 3º e 4º, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, tem-se que:

Art. 54 [...]

§ 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. (Redação dada pela nº 11.785, de 2008)

§ 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

De outra parte, é necessário esclarecer que tal matéria não é pacífica na doutrina, existindo posicionamentos no sentido de se vedar, de forma peremptória, a aplicação da arbitragem à seara consumerista.

Assim, outros doutrinadores, como Claudia Lima Marques, opõem-se à utilização do procedimento arbitral na seara consumerista, aduzindo que os órgãos arbitrais, ao serem mantidos por organizações representativas de fornecedores, violariam a proteção e o direito do consumidor, considerando a sua vulnerabilidade e hipossuficiência processual.

Do mesmo modo, Leonardo Roscoe Bessa (2010, p. 349) também perfilha tal entendimento, se opondo à utilização do procedimento arbitral às relações de consumo. Nesse sentido, aduz que:

Em que pese o cuidado da Lei 9037/96 com a vontade real do aderente, a doutrina sustenta majoritariamente que, em face da vulnerabilidade do consumidor, principalmente quando pessoa natural, a instituição da arbitragem em contratos de adesão é extremamente desvantajosa para o consumidor e, portanto, nula de pleno direito.

Ainda nessa seara, Leonardo Roscoe Bessa (2010, p.349) aduz que o imperativo constitucional previsto no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal,

somado ao artigo 1º do Código de Defesa do Consumidor, assim como os artigos 1º c.c. 25, da Lei 9307/96, vedaria a utilização da arbitragem na seara consumerista.

Aduz que as normas do Código de Defesa do Consumidor, fossem de natureza processual ou material, teriam caráter indisponível, aplicando-se o teor do artigo 25 da Lei de Arbitragem, caso a matéria submetida ao procedimento arbitral tivesse o matiz consumerista.

CONCLUSÃO

A Arbitragem representa importante papel no panorama social atual.

Tal importância, como meio alternativo de composição de controvérsias, revela-se no esgotamento do Poder Judiciário em dar solução a contento, a todos os litígios que lhe são submetidos, seja pela demora em apresentar uma solução, seja por razões várias que perpassam a gargalos sistêmicos, que se apresentam desde a primeira instância até a última instância, abarcando os tribunais de superposição como um todo. Ou mesmo, se mostram no procedimento judicial, que já apresenta sinais de esgotamento, preso a grilhões legais, que não pode dispor.

A Arbitragem, por seu turno, é fundamentada na preocupação com um procedimento célere, sendo inclusive causa de nulidade a não observância dos prazos legais para a celebração da sentença arbitral.

Além disso, também existe a preocupação com a preservação do contraditório, além da par conditio, também como requisito de validade da sentença arbitral.

O árbitro goza de conhecimentos especializados, além de ser imparcial; facultado às partes aduzir o eventual impedimento ou suspeição do mesmo.

De outra parte, a moderna acepção contratual é o foco pelo qual as relações consumeristas são moldadas, amparando-se, o consumidor, na sistemática construída pelo Código de Defesa do Consumidor, além da figura do dirigismo contratual.

Desse modo, o afastamento, pura e simplesmente, do âmbito do consumidor, a alternativa do procedimento arbitral. parece-nos um contra-senso, na medida em que, em muitos casos concretos, a arbitragem poderia representar a melhor alternativa ao consumidor, mesmo que consideramos a realidade contemporânea, representada pela utilização generalizada dos contratos de adesão.

Portanto, a utilização da via arbitral, mesmo que com previsão derivada de uma cláusula compromissória deverá ser analisada caso a caso, seja pelas razões que fundamentem sua aplicabilidade, seja pela vantagem que possa representar às partes, notadamente ao consumidor; conceitualmente, a parte mais fraca da relação jurídica de consumo.

REFERÊNCIAS

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; Bessa, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BITTAR, Carlos Alberto Bittar. **Teoria Geral do Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Editora, 2007.

CAPPELLETI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**, in Revista de Processo, nº 74, ano 19, abril-junho de 1994.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo– Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

COELHO, Fabio Ulhoa, **Manual de Direito Comercial**, 10ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 230, 23 fev. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4832>>. Acesso em: 19 ago. 2011.

DE LUCCA, Newton. **Direito do Consumidor, Teoria Geral da Relação de Consumo**. Quartier Latin. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**. Vol 3. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. São Paulo: Atlas, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; , Nelson Nery; DENARI, Zelmo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**, 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

JÚNIOR, Luiz Antonio Scavone. **Manual de Arbitragem**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

JÚNIOR, Rômulo Russo. **Responsabilidade Pré-Contratual**. Salvador: JusPodivm, 2006.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **A incidência do Código de Defesa do Consumidor nos contratos marítimos de transporte de mercadorias**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 72, 01/01/2010 [Internet]. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7104. Acesso em 19/08/2011.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 3ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **ADIN 2591: o direito do consumidor e os bancos**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 55, 1 mar. 2002. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/2741>. Acesso em: 19 ago. 2011.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 22ª edição, 1995.

PODERES DO RELATOR FACE AO RECURSO INOMINADO

Marcus Rogério Tonoli¹

RESUMO

Os juizados especiais buscam agilizar o acesso ao poder judiciário, por parte dos litigantes. Para isso foi estabelecido um valor de até 40 salários mínimos para os processos que devem ser abertos nos juizados. Assim, a celeridade processual como princípio processual previsto na lei de juizados especiais nº 9.099/95 tornou possível o fácil acesso e a diminuição de demandas na justiça comum. Para a aplicação da lei de juizados em seu âmbito, faz-se necessário a utilização subsidiariamente do Código processual civil. É de extrema importância sua utilização, uma vez que sua aplicação se dá de forma abrangente, abarcando todas as áreas e as ações específicas, pois contem em si os princípios norteadores do bom andamento processual. Com o advento do art. 557 do CPC, foram expandidos os poderes do relator nos juizados especiais, ao mesmo tempo em que restringiu e limitou sua decisão monocrática ao questionamento por meio do recurso chamado Agravo Regimental. No tocante ao Recurso inominado (recurso sem nome ou previsão legal), ou mais conhecida como apelação, os poderes do relator são avaliar os pressupostos objetivos e subjetivos do recurso e ao mesmo tempo ter possibilidade da retratação.

Palavras-chave: Juizado especial, celeridade processual, CPC, Poderes do relator, Agravo Regimental e Recurso Inominado.

ABSTRACT

The special courts seek to expedite access to the judiciary on the part of litigants. For this we established a value of up to 40 minimum wages for the processes that the courts should be opened. Thus, speed of the procedure as prescribed by law procedural principle of special courts No. 9099/95 made possible the easy access and reduced demands on the regular courts. For the application of the law courts in its scope, it is necessary to use alternative code of civil procedure. It is extremely important use, since it is applied in a comprehensive manner, covering all areas and the specific actions, because it contains within itself the guiding principles of proper conduct proceedings. With the advent of art. 557 of the CPC, have expanded the powers of the Special Rapporteur on the courts at the same time restricted and limited its decision monocratic to questioning by the Regimental feature called Aggravation. Concerning the Appeal unnamed (unnamed feature or legal provision), or better known as an appeal, the powers of the rapporteur is to assess the objective and subjective assumptions of the resource at the same time having

¹ Advogado. Possui graduação em Direito pela União das Faculdades dos Grandes Lagos (UNILAGO - 2007), Especialista em Direito Privado pela Escola Paulista da Magistratura (EPM - 2010).

the possibility of retraction.

Keywords: special court, promptness, CPC, Powers of the rapporteur, Regimental and Aggravation Resource Nameless.

INTRODUÇÃO

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais tiveram origem através da Lei n. 9.099, de 1995 (Lei do Juizado especial civil e criminal), com o intuito de facilitar o acesso da sociedade ao Poder Judiciário, decidindo os processos considerados de “pequenas causas”, e, também, desafogar o número de causas que tramitam na justiça comum, de maneira a possibilitar uma maior celeridade processual dos feitos. O juizado oferece uma prestação jurisdicional, por meio de um procedimento sumaríssimo, em que se busca seguir os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, celeridade e economia processual, que são princípios processuais dos juizados especiais.

No desejo de oferecer celeridade aos julgamentos das demandas judiciais, eis que surge o artigo 557 do Código de Processo Civil (CPC), introduzido pela Lei n. 9.756/98, no qual o relator terá a autonomia de negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em discordância com a súmula ou com jurisprudência específica do tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Será abordado nesse artigo, o juizado especial, sua criação e sua finalidade, a estrutura recursal dos juizados especiais, em especial atenção ao recurso inominado, e, finalmente, os poderes do relator em face ao recurso inominado.

Para a apresentação dos temas referidos acima serão utilizados como base a doutrina e a jurisprudência dos tribunais, uma vez que são os fundamentos analisados por doutrinadores e operadores de direitos especializados na observação e análise da ciência do direito.

A intenção desse presente trabalho é demonstrar, de maneira ampla, a compatibilidade e conveniência da aplicação do artigo 557 do CPC nos colegiados Recursais dos Juizados Especiais, possibilitando certa autonomia e poder ao Relator em face dos recursos, em especial o Recurso Inominado, que é objeto de análise desse trabalho.

JUIZADO ESPECIAL – NOÇÃO GERAL

O Juizado especial foi criado com o intuito de possibilitar um maior e fácil acesso à sociedade ao poder judiciário. Trata-se de um órgão jurisdicional vinculado à justiça comum estadual, que se destina à solução de lides de menor complexidade de fato.

Sua competência material refere-se: a causas de até 40 (quarenta) salários

mínimos, às do art. 275, II, CPC, ao despejo para uso próprio e às possessórias de imóveis de valor até 40 salários mínimos (art. 3, Lei 9.099/95). A competência territorial seguirá a disciplina do art. 14 da lei 9.009/95.

ESTRUTURA RECURSAL DO JUIZADO – LEI 9.009/95

A Lei 9.099/95, referente aos recursos cabíveis no Juizado Especial, optou por reduzir o número de recursos em comparação aos permitidos pelo CPC, simplificando e reduzindo o processo, de maneira que restringiu as diferentes formas de manifestação de inconformismo basicamente ao Recurso Inominado, e mesmo assim, para não ver violado o princípio constitucional ínsito do duplo grau de jurisdição. O Recurso Inominado, que equivale ao Recurso de Apelação, serve para atacar sentenças desfavoráveis submetendo o processo à análise de um órgão colegiado, formado por 3 (três) juizes de 1º grau de jurisdição, denominado Turma Recursal Cível, (§ 1º, art. 41 da Lei 9.099/95 e art. 2º inciso V da lei 2.556/96). O Regimento Interno das Turmas Recursais (Resolução 06/99 do Conselho de Magistratura do RJ) alterou sensivelmente este dispositivo.

Dispõe o art. 41 da Lei 9.099/95 que “Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio juizado.”

Não são passíveis de serem submetidos à nova apreciação, portanto, os casos onde houver conciliação homologada ou laudo arbitral, atendidos os pressupostos que a própria lei elenca nos arts. 24, 25 e 26. Com relação à interposição de recurso para ver modificada a sentença de primeira instância, o procedimento é similar ao do CPC, com as peculiaridades da lei especial.

Diverso do CPC é o fato de que o recurso em regra é recebido somente em seu efeito devolutivo, podendo, a pedido do recorrente ou de ofício, o juiz dar-lhe efeito suspensivo para evitar dano irreparável para a parte. Vale dizer que a execução provisória é cabível em sede de Juizados Especiais Cíveis, devendo-se, para isso, observar o procedimento estatuído nos arts. 587 e 588 do CPC, aplicado de forma subsidiária à lei 9.099/95. Diverso, também, é o fato de não ser possível qualquer outro tipo de recurso além do pedido de revisão da sentença de primeira instância. A parte inconformada interpõe Recurso Inominado à Turma Recursal e pronto, nenhuma outra interferência lhe é possível.

Pelo exposto acima, pela total falta de previsão ou omissão por parte do legislador, parece que a única possibilidade de recurso, após a sentença, com o fito de reformá-la, é realmente a via do Recurso Inominado.

A questão dos Embargos de Declaração, previstos nos arts. 48, 49 e 50 da lei 9.099/95, será tratada mais adiante, entretanto, como sabe-se, trata-se de pedido de esclarecimento ao Juiz prolator da sentença para que afaste obscuridade,

suprima omissão, ou elimine contradição que porventura exista no julgado.

Nesses caminhos legalmente instituídos para satisfazer o inconformismo dos advogados militantes, no que tange não só às decisões terminativas, mas também às decisões interlocutórias, é que vêm surgindo teses e/ou práticas processuais com o intuito de viabilizar pretensões jurídicas aproveitando-se de brechas ou de omissões legais.

Mas especificamente, trata-se das possibilidades do recurso contra decisões interlocutórias em sede de Juizados Especiais Cíveis, passando, também, pelo ataque às decisões proferidas pelo juízo ad quem, por serem, ao que parece, uma das questões que mais afligem os advogados que militam nesta nova modalidade da justiça.

OS RECURSOS PREVISTOS NO CPC E A LEI 9.099/95

Abaixo, o art. 496, CPC, elencando os recursos disponíveis que serão aplicados, quando possível, em sede de Juizados.

Dispõe o art. 496 do CPC: que

“São cabíveis os seguintes recursos: I – apelação; II – agravo; III – embargos infringentes; IV – embargos de declaração; V – recurso ordinário; VI – recurso especial; VII – recurso extraordinário; VIII – embargos de divergência em recurso especial e em recurso extraordinário.

Os recursos Ordinário, Especial e Extraordinário, bem como seus embargos, não serão tratados nesse trabalho, uma vez que trata-se de matéria constitucional, fugindo ao escopo do trabalho ora elaborado.

DA APELAÇÃO

Como já referido anteriormente, o (Recurso Inominado) ou o recurso de apelação, da forma como foi concebido pelo CPC, não foi recebido pela Lei 9.099/95. A lei dos Juizados Especiais Cíveis disciplinou a questão no arts. 41 e parágrafos, 42 e parágrafos e 43, alterando, inclusive, a nomenclatura do próprio recurso, ou, se preferirem, omitindo a sua nomenclatura.

Observe o artigos da lei de juizados Especiais, no que tange ao recurso:

Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio Juizado.

§ 1º O recurso será julgado por uma turma composta por três Juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado.

§ 2º No recurso, as partes serão obrigatoriamente representadas por

advogado.

Art. 42. O recurso será interposto no prazo de dez dias, contados da ciência da sentença, por petição escrita, da qual constarão as razões e o pedido do recorrente.

§ 1º O preparo será feito, independentemente de intimação, nas quarenta e oito horas seguintes à interposição, sob pena de deserção.

§ 2º Após o preparo, a Secretaria intimará o recorrido para oferecer resposta escrita no prazo de dez dias.

Art. 43. O recurso terá somente efeito devolutivo, podendo o Juiz dar-lhe efeito suspensivo, para evitar dano irreparável para a parte.

RECURSO ‘INOMINADO’

De início, cumpre ressaltar, que o recurso estabelecido pela lei 9.099/95 carece de denominação específica, e ainda, para que não haja confusão com outros recursos existentes em nosso ordenamento processual, posto a sua peculiaridade, é denominado de Recurso Inominado, ou simplesmente Recurso, como dispõe a lei, estando este entendimento ombreado por boa parte de nossos juristas.

Dispõe o art. 41 da lei 9.099/95 que “Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou laudo arbitral, caberá recurso para o próprio juizado.” (g.n)

O Recurso Inominado, tratado no art. 41 da lei dos Juizados Especiais Cíveis, equipara-se ao Recurso de Apelação, tratado nos arts. 513 a 521 do CPC. A parte que não se conforma com a sentença de primeira instância, desejando que essa seja reformada, interpõe um Recurso Inominado para a Turma Recursal. A turma Recursal é um órgão colegiado constituído por 3 (três) juizes togados de primeiro grau de jurisdição, § 1º do art. 41 da lei 9.099/95.

Entretanto, cumpre ressaltar que, mesmo que a Lei 9.099/95 disponha em seu § 1º do art. 41 que os recursos serão julgados por uma turma formada por 3 (três) juizes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição, e de a Lei Estadual 2.556/96, em seu art. 16, ratificar esta disposição, as resoluções 01/98 e 06/99, ambas do Conselho de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, a segunda revogando a primeira, tendo, ainda, a última o cunho de anteprojeto de Regimento Interno das Turmas Recursais Cíveis, dispõe de maneira diversa, posto que no anteprojeto o § 1º do art. 1º dispõe que as Turmas Recursais serão compostas por 4 (quatro) juizes togados, todos titulares, preferencialmente em exercício nos Juizados Especiais.

Pode-se destacar algumas diferenças entre os dois institutos:

O Recurso inominado é julgado pela Turma Recursal, uma vez que trata-se de unidade jurisdicional autônoma e independente, na forma do art. 5º da lei 2.556/96, que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dispondo ainda sobre

sua organização, composição e competência, já a Apelação é julgada pelo Tribunal.

Não é possível o juízo de admissibilidade pelo juízo a quo nos Juizados Especiais. (enunciado nº 2, aviso 8/97, 1ª Reunião entre Juízes integrantes das Turmas Recursais Cíveis), o que seria hipótese de agravo, como abordarei mais adiante.

O Recurso Inominado, diferentemente da Apelação, é recebido somente em seu efeito devolutivo, exceto se pedido pela parte para que seja recebido, pelo coligado, em seu duplo efeito, devendo alegar dano irreparável, (art. 43 da Lei 9.099/95). No entanto, que do não recebimento do Recurso em seu duplo efeito, quando requerido, caberá à parte, primeiramente, pedido de reconsideração à própria Turma recursal, que, negando-o, facultará ao recorrente a via da Reclamação.

O prazo para interposição do Recurso Inominado é de 10 (dez) dias, contados da ciência da sentença (art. 42 da Lei 9.099/95), e não de 15 (quinze) dias, prazo do CPC.

Não obstante, haverá a integração do CPC, exceto nos casos dos arts. 518 e parágrafo, 519 e parágrafo, 520 nos incisos I, II, III e VI, e, 521 primeira parte, por conterem matéria regulada ou conflitante com a lei 9.099/95.

PODERES DO RELATOR EM FACE DO RECURSO INOMINADO

O Código de Processo Civil, em seu artigo 557, caput, possibilitou ao relator, mediante uma decisão singular, negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou que contrarie súmula ou jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ou do Supremo Tribunal Federal (STF).

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1o-A Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 1o Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

§ 2o Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo

valor. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Art. 559. A apelação não será incluída em pauta antes do agravo de instrumento interposto no mesmo processo.

Parágrafo único. Se ambos os recursos houverem de ser julgados na mesma sessão, terá precedência o agravo.

O legislador atribuiu poderes ao relator, possibilitando, por meio de uma decisão monocrática, a negação do seguimento ao recurso manifestamente inadmissível antes de seguir à julgamento pelo órgão colegiado do juizado especial.

De acordo com o entendimento do referido artigo, o recurso se torna inadmissível quando não preenche os pressupostos recursais objetivos e subjetivos.

No entendimento de Humberto Theodoro Júnior, os pressupostos objetivos são: recorribilidade da decisão; tempestividade; singularidade recursal (princípio da uni-recorribilidade); preparo; adequação; forma; e motivação. O pressuposto recursal subjetivo é a legitimidade para recorrer.

Diante disso, o relator averiguando que o recurso se encontra fora do prazo legal, imediatamente, negar-lhe-á seguimento, não havendo necessidade de ir a julgamento pelos desembargadores, o que seria uma maneira de dilatar o prazo. Esse poder que é conferido ao Relator tem a função de suprimir a eventual falha do juízo a quo que deu seguimento ao recurso intempestivamente. Seria uma forma de reter o andamento do recurso que pela lei tem caráter intempestivo – fora do prazo.

Dessa maneira, isso possibilita sobremaneira ao relator visualizar que o recurso se encontra prejudicado. Nas palavras de Barbosa Moreira, revela-se prejudicado o recurso perde o objeto, “e, por conseguinte, cai no vazio o pedido de reforma ou anulação: v.g., se o Juiz a quo reforma in totum a decisão agravada, prejudicado fica o agravo”.

Tão logo, terá poder o relator de decidir individualmente as questões de mérito, quando negar seguimento ao recurso que se apresenta manifestamente improcedente, ou no caso da pretensão recursal contrariar súmulas do próprio Tribunal, do STJ ou do STF.

Por improcedência, compreende-se o recurso que tem uma pretensão sem fundamento, sem qualquer possibilidade jurídica favorável ao recorrente. De acordo com Paulo Affonso Leme Machado:

“... manifestamente infundada significa a ausência de suporte fático

e jurídico para a ação, desde o seu nascedouro e de forma clara, indubitosa, inconteste”.

A novidade trazida pela Lei nº 9.756, de dezembro de 1998, acrescentou os parágrafos 1º-A e 2º ao artigo 557 do CPC, transmitindo a possibilidade e o poder ao relator de bloquear o andamento de recursos intempestivos, sem fundamentos e sem os pressupostos objetivos e subjetivos previstos.

Hoje, o relator pode de imediato dar provimento ao recurso, quando a decisão do juízo a quo (de primeira instância) for diversa à súmula ou jurisprudência dominante do STJ ou do STF.

Portanto, o relator possui poderes para negar seguimento, negar provimento e até dar provimento, sem dar ouvido à opinião dos outros desembargadores. Logo, sua decisão é monocrática e individual, não estando sujeita às objeções dos outros desembargadores.

Se alguma das partes se sentir lesada com a decisão do relator, poderá interpor agravo interno (antigo agravo regimental) no prazo de 5 dias, cabendo a retratação do relator ou apresentar o processo em mesa para votação do órgão em colegiado.

Se for provido o agravo interno, terá seguimento o recurso principal e será apreciado pelo próprio Tribunal, caso em que a decisão do relator será substituída pela decisão colegiada.

Porém, caso o agravo seja intempestivo ou quando inepta a petição recursal, o colegiado não o conhecerá, mantendo-se a decisão singular proferida pelo relator.

O § 2º, do artigo 557, CPC, tem o intuito de aplicar ao agravante multa de 1 a 10% sobre o valor da causa, quando seu agravo interno for manifestamente inadmissível. É duramente punível qualquer ato que tem o objetivo de prolongar e atrapalhar o bom andamento do processo.

O agravo interno possui uma dupla finalidade, pois além de limitar os poderes inerentes ao relator, possibilita o reexame da matéria que foi decidida monocraticamente.

Esta prerrogativa dada ao relator objetiva atender e obedecer ao princípio da celeridade processual sem, entretanto, ultrapassar os garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como o devido processo legal.

CONCLUSÃO

Diante disso, pode-se concluir que o relator possui o poder de se retratar de sua decisão, tão logo o código de processo civil estendeu os poderes ao relator nos juizados especiais, possibilitando a análise criteriosa de aspectos objetivos e subjetivos concernentes aos pressupostos processuais. Porém, seu poder é limitado

através do direito que uma das partes em litígio por questionar sua decisão, a isso chama-se Agravo Interno ou Regimental. Dá-se o nome regimental ao recurso que visa questionar decisão aferida por membro do tribunal ou colegiado. É questão discutida sobre ato de juiz ou desembargador que somente pode ser questionada e decidida pelo tribunal ou colegiado. Regimento (regimental) ordem interna do tribunal.

Quanto ao Recurso inominado, também conhecido como Apelação instaurada nos Juizados, trata-se de recurso que objetiva contestar decisão do juízo a quo. Na apreciação do recurso inominado pelo relator, a este caberá receber e dar provimento ao recurso antes de encaminhá-lo ao colegiado. O art 557 do CPC expandiu os poder do relator nos juizados especiais, uma vez que deu a possibilidade de se retratar de sua decisão, receber e analisar os pressupostos objetivos e subjetivos do recurso. O juízo de retratação é uma ferramenta eficaz, contribuindo para a celeridade processual, pois o relator tem a possibilidade de retratação, o que não estenderia o processo para apreciação do colegiado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **LEI Nº 9.099**, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: (www.planalto.gov.br). Acesso em: 01/10/2011.

BRASIL. **LEI Nº 5.869**, DE 11 DE JANEIRO DE 1973. Código de Processo Civil. Disponível em: (www.planalto.gov.br). Acesso em: 01/10/2011.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e Prática dos Juizados Especiais Cíveis**. 6. ed. atual. e ampl. com a Lei n. 10.259/2001 (Lei dos Juizados Federais). São Paulo : Saraiva, 2003.

CUNHA, J. S. Fagundes. **Recursos e os Juizados Especiais**. Revista Jurídica, n. 227/123. fev.1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel & CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

LUIZ, Gilberto Antonio. **Algumas considerações sobre o “quinto constitucional”, em face do “colégio recursal”, instituído pela lei nº 9.099/95**. Jornal Síntese n. 13. mar. 1998.

MACHADO, Paulo Affonso Ieme. **Ação Civil Pública e Tombamento**. São Paulo : RT, 1996.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 8. ed., Rio : Forense, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo : Saraiva, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 39. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2003.

Solicita-se permuta - Exchange requested - On demande echange - Rogamos
canje - Wir bitten um austausch

Contato para permuta:

Biblioteca Juçara Beatriz Mansur Salomão
Faculdade Eduvale de Avaré
Avenida Prefeito Misael Euphrásio Leal, 265
CEP 18705-050 Avaré SP Telefone (14) 3731-1084
biblioteca@eduvaleavare.com.br

Correspondência e artigos para publicação deverão ser encaminhados aos
cuidados de:

Revista Ethos Jus
Faculdade Eduvale de Avaré
Avenida Misael Euphrásio Leal, 265
18705-050 - Avaré - SP
Telefone: (14) 3733-8585
revistaethos@eduvaleavare.com.br