

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Revista da **EMERJ**

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 8 - Nº 32 - 2005



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 8 - n. 32 - 2005

Outubro/Novembro/Dezembro

Rio de Janeiro

© 2005, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Des. Semy Glanz; Des. Laerson Mauro; Des. Sergio Cavalieri Filho; Des. Wilson Marques; Des. Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento; Des. Jorge de Miranda Magalhães; Des. Luiz Roldão de Freitas Gomes; Min. Luiz Fux; Des. Letícia de Faria Sardas; Des. José Carlos Barbosa Moreira; Des. Décio Xavier Gama; Des. Jessé Torres Pereira Júnior.

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

Editor: Irapuã Araújo (MTb MA00124JP); *Editores:* Valéria Monteiro de Andrade; **Edição website:** Jaqueline Diniz; *Capa:* André Amora; *Revisão ortográfica:* Suely Lima, Thereza Andrade e Wanderlei Lemos.

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Tiragem: 5.000 exemplares

Revista da EMERJ. v. 1, n. 1 -
EMERJ, 1998.

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

V. 1, n. 4, 1998: Anais da 4ª Semana de Integração Jurídica Interamericana

Número Especial 2003. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte I, fevereiro a junho 2002.

Número Especial 2004. Anais dos Seminários EMERJ Debate o Novo Código Civil, parte II, julho/2002 a abril/2003.

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Av. Erasmo Braga, 115/4º andar - CEP: 20026-900 - Rio de Janeiro - RJ

Telefones: (21) 2588-3400 / 2588-3471 / 2588-3376 - Fax: (21) 2533-4860

www.emerj.rj.gov.br - emerjpublicacoes@tj.rj.gov.br



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



EMERJ

Apresentação

A CRIAÇÃO DO COLÉGIO PERMANENTE DE DIRETORES DE ESCOLAS DA MAGISTRATURA - COPEDEM

Na Revista anterior, edição nº 31, deixamos de divulgar o magnífico artigo que resultou da conferência proferida pelo Professor Evanildo Bechara, porque não fora revisto, em definitivo, pelo seu autor. Como então prometido, a divulgação do trabalho sai agora, separadamente de outra que, no mesmo dia, proferiu o também Acadêmico Professor Ivan Junqueira, Presidente da Academia Brasileira de Letras.

O segundo fato a destacar foi o preparo e lançamento, agora, de índice geral da Revista, por assuntos e pelo nome dos articulistas, que abrange as Edições de nº 21 a 31. Completamos, assim, em dezembro de 2005, com o aparecimento desta edição, oito anos. Já decorreu um período razoável de existência da REVISTA DA EMERJ, desde aquele primeiro número no 1º trimestre de 1998. Em o número 21, já havíamos divulgado idêntico índice abrangente das matérias de todas as edições anteriores. Para esse trabalho contamos com a excelente colaboração das bibliotecárias da EMERJ.

Outro fato significativo para a EMERJ foi a sua integração a um COLÉGIO DOS DIRETORES DAS ESCOLAS DA MAGISTRATURA ESTADUAIS, fundado em julho de 2005. Diretores de outras Escolas Estaduais estiveram reunidos no Rio de Janeiro, nos dias 21 a 24 de julho de 2005, a convite do Desembargador Paulo Roberto Leite Ventura, para um encontro de conagração. Nessa ocasião ficou deliberada a criação daquele órgão, com a eleição, para a sua Presidência, do Diretor da ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA, o Desembargador Carlos Augusto Guimarães e Souza Junior. Para a sede da nova entidade foi escolhida a cidade de São Paulo, especialmente por ser daquele Estado o seu primeiro Presidente. A entidade poderá ser sediada sempre na Capital do estado onde tiver exercício o seu presidente. Sem dúvida auspiciosa, a notícia da

criação de um Colégio dos Diretores das Escolas da Magistratura existentes no país, visto que muitos são os interesses comuns que poderão agora ser discutidos ou atendidos em conjunto, em benefício de todas elas. A experiência que adquiriram quase todas as Escolas, com seus cursos, seminários, simpósios, debates e atividades culturais, sobre temas de suma importância para o ensino jurídico e aperfeiçoamento do exercício da magistratura, será de proveito geral. No primeiro encontro, realizado entre 15 e 18 de setembro de 2005, em São Paulo, houve oportunidade de se conhecerem todos os Diretores integrados no COPEDEM, quando também esteve presente o Desembargador Luis Felipe Salomão, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e Diretor da Escola Nacional da Magistratura, sediada em Brasília e oriunda da Justiça Federal.

Estabeleceu-se o calendário para novos encontros em novembro (17 a 20), em Belo Horizonte; em fevereiro, no Acre; em maio, em Santa Catarina; em setembro, no Ceará; e em novembro de 2006, no Estado do Rio Grande do Norte.

Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA DA EMERJ

Nota: A movimentação freqüente de Juízes nos diferentes órgãos jurisdicionais pode nos levar a lapsos como o que ocorreu com a indicação da Dr^a Luciana de Oliveira Leal (Ed. 31 – fl. 9). A juíza não era “titular do XVI Juizado Especial Cível”, mas atuava em exercício no lugar da titular.

SUMÁRIO

A Norma Culta da Criação Literária **17**

Evanildo Bechara

Filólogo, Gramático, Professor do Colégio Pedro II. Membro da Academia Brasileira de Letras

Diz o autor: “...vamos mostrar aos colegas mais jovens essa dimensão da linguagem, os resultados que daí se tiram e os erros que nessa dimensão se cometem, para que possamos ter uma idéia mais clara do que vem a ser esse instrumental admirável a que me referi e que nos possibilita esse intercâmbio neste momento”.

Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, no Processo Civil **31**

José Carlos Barbosa Moreira

Desembargador do TJ/RJ e Professor de Processo Civil

A Emenda Constitucional No. 45/2004 cuidou de uma grande variedade de assuntos, até com disposição sobre tratados e convenções internacionais e sobre o Tribunal Penal Internacional. Os quatro grandes grupos. No primeiro, modificações estruturais do Poder Judiciário e do M.P. No segundo, regras sobre competência. No terceiro, disciplina da magistratura. No quarto, normas de caráter processual. As modificações na competência dos órgãos judiciários e Justiça Federal, do Trabalho. A vedação das férias coletivas no 2º grau e a distribuição imediata dos processos. A “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas e o seu antecedente: “relevância da questão federal”. Inspiração norte-americana nos julgamentos dos *Writs of certiorary*. A criação da súmula vinculante impropriamente assim chamada. É a sanção para a decisão que contrarie a súmula aplicável. A preocupação com diminuição da morosidade processual.

Recuperação de Empresas Sob a Ótica da Nova Legislação Falimentar

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da EMERJ/RJ.

Saudação aos participantes na abertura do Curso de Educação Continuada sobre **Recuperação de Empresas sob a Ótica da Nova Legislação Falimentar**. Evento raro de aglutinação de profissionais atuantes na área do Direito Empresarial. A Constituição de 1988, O Cód. de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil, as questões enfrentadas pela Lei N. 10.931/04 e a Lei nº 11.101/05. A falência da Lei de 1945 e a recuperação judicial e a extrajudicial do devedor prevista na Lei nova. Aplicação do C.P. e do C.P.P. segundo as remissões dos art 182 e 185 da nova Lei.

Considerações sobre a Origem e a Natureza Jurídica do Impeachment

Marcus Faver

Desembargador, ex-Presidente do TJ/RJ e do TRE/RJ e Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça.

I - Introdução – a relevância atual do tema. II – Histórico: 1) O *impeachment* inglês e o americano. 2) O *impeachment* no Brasil. 2.1) A nomenclatura constitucional, a expressão inglesa e o conceito atual. 2.2) As diferenças entre o *impeachment* americano e o brasileiro. 2.3) A imprecisão tecnológica e suas conseqüências. 2.4) Crime funcional e “crime de responsabilidade”. III – Conclusões.

Qual o Futuro do Finalismo?

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador do TJ/RJ. Presidente do Fórum Permanente de Execução Penal da EMERJ.

1. Contribuições Críticas. 2. Teoria Final do Tipo. Posições de Welzel e Roxin. 3. Conclusão.

A Publicidade no Processo Judicial (Notas sobre a nova redação do art. 93, IX da Constituição) 91

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da UNIVERSO (Niterói-RJ).

1. A alteração no texto constitucional. 2. O segredo de Justiça. 3. Extensão da publicidade do processo judicial aos demais processos. 4. Conclusão.

O Habeas Corpus Contra Ato de Particular 99

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça/RJ. Professor de Processo Penal da Universidade Santa Úrsula, da PUC-Petrópolis e da Gama Filho-Rio.

A tutela da liberdade individual instaurada em 15 de junho de 1215 pela *Magna Charta Libertarum*. O controle jurisdicional da prisão do cidadão. A evolução por diversos atos posteriores do Direito Inglês. Entre nós chegou a medida através do art. 340 do Cód. Processual Criminal do Império, mas só a Constituição de 1891 (art. 72, § 22) tratou do *habeas corpus* de forma explícita. A reforma de 1926 e a Constituição de 1934. A Carta de 1937. A divergência reinante quando ao cabimento do H.C. contra ato particular. A Carta deixa em aberto a controvérsia. A Carta do Império se referia não só à autoridade, mas a algum cidadão. O ato de coação de particular constitui crime.

A Especialização dos Juízes (XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual em São Paulo) 110

Antonio Carlos Esteves Torres

Juiz de Direito da 4ª Vara Empresarial do TJ/RJ e Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da EMERJ.

Para se conjecturar sobre a função judicante, urge exaltar medidas importantes trazidas recentemente, como a Lei nº 10931/04 que corrige defeitos estruturais nas incorporações e como a Lei de Recuperação Econômica e a de nº 11.101/05 que trouxe um encontro com a realidade econômica do país. Não se agüentava mais o uso do procedimento falencial como fórmula coativa de cobrança. Por outro lado temos pouco mais de 15.000 juízes para 170 milhões de pessoas. O ideal é que o magistrado conheça a floresta e não a árvore, mas a função do julgador é definir a supremacia dos princípios gerais do direito, e existe uma pletera de legislação. É justificável a bifurcação da magistratura nos dois ramos mais específicos do conhecimento jurídico: o cível e o criminal. Cedo, contudo, percebeu-se a necessidade de subdividir o segmento civil. No tocante à propriedade intelectual, sem se mencionar a importante Lei nº.7903, de 1945, o código de 1971 (Lei nº 5772/71) até a Lei vigente de 1965 (nº 9279/96), foram alterações que nos puseram em relações com outros países e nos pôs em frente aos objetivos de especialização. No Rio, além de falências, os Juízes tratam de recuperações, direito marítimo, ações civis públicas e, em especial, marcas e patentes.

A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia 119

Mauro Nicolau Junior

Juiz de Direito do TJ/RJ. Professor da EMERJ e da Universidade Cândido Mendes.

I – Introdução, 1.1 – Liberdade e Imparcialidade. 2. O que há de buscar: função de todo e qualquer profissional do direito. 3. O Poder Judiciário – foco das atenções populares. 4. A legitimidade utópica das decisões judiciais. 5. Embasamento teórico necessário à consecução dos objetivos precípuos do Estado e do Poder Judiciário. 5.1 – Refle-

xões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 5.2.A democracia e a justiça social. 5.3 Uma aproximação entre as Teorias da Justiça de Bentham, Rawls e Habermas. 6. Conclusão.

Lides de Consumo e Inversão do Ônus da Prova 143

Fábio Costa Soares

Juiz de Direito do TJ/RJ, ex-Defensor Público e ex-Promotor no Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução. 2. Ônus da prova no Código de Processo Civil. 3. Inversão ou isenção do ônus da prova? 4. Momento processual. 5. Conclusão.

O Controle Abstrato de Constitucionalidade da Lei Municipal e Autonomia Federativa 153

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Professor de Direito Administrativo da EMERJ e Constitucional da PUC-Rio.

1) Introdução. 2) Autonomia municipal e a Federação Brasileira. 3) Espécies de controle de constitucionalidade. 4) Controle abstrato de constitucionalidade das leis municipais perante a Constituição Estadual. 4.1) A Representação de Inconstitucionalidade e o problema das normas de reprodução obrigatória pelas constituições estaduais. 4.2) Recurso Extraordinário e efeito *erga omnes*. 4.3) A questão das normas de remissão e a posição do STF. 4.4) Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal no âmbito estadual. Possibilidade de sua previsão pela Constituição do Estado-membro. 5) Argüição de descumprimento de preceito fundamental: um avanço. 6) Soluções propostas. 6.1). Recurso extraordinário necessário. 6.2) Incidente de Inconstitucionalidade. 7) Conclusão.

A Tutela Coletiva e o Estatuto do Idoso

176

Humberto Dalla Bernardina de Pinho

Promotor de Justiça Titular no RJ e Professor Adjunto de Direito da UERJ e da EMERJ.

I. Escorço histórico. II. Direitos transindividuais. Terminologia. III. Aspectos procedimentais. IV. O Estatuto do Idoso.

Questões Polêmicas sobre o Tribunal do Júri

199

Décio Luiz José Rodrigues

Juiz de Direito em São Paulo (SP) – Professor da Escola Paulista da Magistratura.

1) Cabe suspensão do processo “ex officio”, no caso de negativa do Ministério Público? 2) Absolvição sumária no crime da competência do júri: pode haver absolvição sumária nos crimes conexos? 3) Desaforamento em virtude de influência política do réu: é possível? 4) Concurso de crimes: deve haver quesito a respeito? 5) É possível a condenação pelos jurados somente com base no inquérito policial? 6) É possível a oitiva do co-réu como testemunha? 7) É possível denúncia em transação penal não cumprida em infração penal conexa? 8) Homicídio praticado por quem detém foro privilegiado por prerrogativa de função: quem julga? 9) *Aberratio ictus* com lesão corporal leve na segunda vítima: precisa de representação desta? 10) Revisão criminal: é cabível? 11) Desclassificação do crime na fase da pronúncia: vincula o juízo ao qual foram remetidos os autos? 12) É possível que o libelo mencione conduta distinta daquela inserta na sentença de pronúncia? 13) Sentença de pronúncia: podem ser usados termos exagerados e com análise profunda das provas? 14) Conexão de homicídio com disparo de arma de fogo: é possível? 15) Desclassificação na fase de pronúncia: sempre é possível?

Abuso do Poder

212

Sergio Luiz Ribeiro de Souza

Juiz de Direito do TJ/RJ do Juizado Especial Cível de Itaguaí.

1) Do Excesso de poder. 2) Do desvio de poder. 3) Da omissão da Administração Pública. 4) Das diferentes conseqüências do abuso de poder. 5) Das conseqüências administrativas do abuso de poder. 6) Das conseqüências cíveis do abuso de poder. 7) Das conseqüências penais do abuso de poder. 8) Das conseqüências políticas do abuso de poder. 9) Do abuso de poder como causa de pedir nas ações constitucionais.

O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade

223

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

I. Introdução. II. Direitos Fundamentais. III. Os Direitos Fundamentais tais como cláusulas pétreas. IV. O Direito à educação no plano internacional. V. O Direito à educação no Brasil. VI. A eficácia das Normas Constitucionais. VII. O Direito subjetivo à educação. VIII. O Direito à Educação e o mínimo existencial. IX. A questão da efetividade do Direito à educação e os recursos públicos disponíveis. X. Síntese conclusiva.

272

A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade dos Valores Contrastantes

Alexandre Guimarães Gavião Pinto

Juiz de Direito do TJ/RJ.

Prova ilícita e prova proibida Esta última pode ser de duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas. As provas ilícitas são as alcançadas com violação do direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual. A prova ilícita não idônea para formar o convencimento do Juiz. A prova ilícita é repudiada

pelo art. 5º, inc. LVI da Constituição, mas, a Doutrina e a Jurisprudência, há alguns anos, passaram a mitigar essa proibição constitucional em casos de excepcional gravidade, com base no princípio da proporcionalidade. Não é o caso, contudo, das ilícitas por si mesmo, derivadas de um fato ilícito. Não obstante o entendimento doutrinário em contrário, é possível aplicar-se o princípio da proporcionalidade *pro societate*. Seria intolerável considerar-se violação do direito à privacidade a gravação pela vítima de atos criminosos. Assim a interceptação de correspondência remetida aos apenados. Mas é preciso observarem-se o princípio da boa-fé e o da moralidade administrativa com o conhecimento do agente público.

Sociedade Simples e o Artigo 983 do Código Civil: Imprecisão Terminológica 277

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça no Rio de Janeiro. Professor da EMERJ

I – Intróito – Sociedade não empresária e sociedade empresária. II – A Expressão “simples”: triplo sentido.

Índices Gerais da Revista do 21º ao 31º números 285

Por autor e por assunto. Com indicação do número e páginas da Revista.

Colaboraram Neste Número

Alexandre Guimarães Gavião Pinto, 272

Álvaro Mayrink da Costa, 66

Antonio Carlos Esteves Torres, 110

Cláudio Calo Sousa, 277

Décio Luiz José Rodrigues, 199

Emerson Garcia, 223

Evanildo Bechara, 17

Fábio Costa Soares, 143

Humberto Dalla Bernardina de Pinho, 176

José Carlos Barbosa Moreira, 31

Marcus Faver, 49

Mauro Nicolau Junior, 119

Nagib Slaibi Filho, 91

Paulo Roberto Leite Ventura, 45

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, 153

Sergio Demoro Hamilton, 99

Sergio Luiz Ribeiro de Souza, 212



EMERJ

A Norma Culta da Criação Literária*

Evanildo Bechara

Filólogo, Gramático, Professor do Colégio Pedro II. Membro da Academia Brasileira de Letras

Queríamos, antes de tudo, agradecer a oportunidade que a EMERJ nos oferece de estar aqui conversando não somente com colegas de magistério, colegas que atuam direta ou indiretamente na área de língua portuguesa, mas também a oportunidade de conversar com colegas mais jovens a respeito deste maravilhoso instrumental de comunicação que é a linguagem humana, sobre o qual nós temos uma idéia ainda muito pálida. Justamente quando nós não conhecemos bem o objeto de estudo, estamos sempre sujeitos a cometer enganos a respeito de conclusões que se tiram sobre este objeto.

O primeiro passo que cabe lembrar é que a linguagem é um privilégio dos humanos – só os humanos falam, só os humanos utilizam este instrumental articulado que se chama linguagem. Quando falamos em linguagem, pensamos sempre na língua, e quando restringimos o conceito de linguagem à língua, estamos cometendo o primeiro grande erro, não somente teórico, mas também prático, porque isso também se vai refletir no trabalho do professor em sala de aula.

Essa confusão entre linguagem e língua tem trazido consequências que fazem que o trabalho do professor não acabe colhendo os frutos sazonados. Frutos que ele espera depois de um trabalho

* Conferência proferida em 6/5/2005 na abertura do projeto *Justiça aos Imortais - Encontros Literários* realizado pelo Cultural EMERJ.

de um ano inteiro, depois de um trabalho sério, depois de um trabalho do qual ele espera colher os melhores resultados. Mas o problema é que não se levou em conta o objeto de estudo e não se viu este objeto pelos prismas por que ele pode ser contemplado.

Então nós aqui vamos mostrar aos colegas mais jovens essa dimensão da linguagem, os resultados que daí se tiram e os erros que nessa dimensão se cometem, para que possamos ter uma idéia mais clara do que vem a ser esse instrumental admirável a que me referi e que nos possibilita esse intercâmbio neste momento.

A linguagem, como sabemos, é um atributo específico do gênero humano, e admite ser contemplada por diversos planos. A linguagem admite, inicialmente, três planos, que cumpre distinguir.

O primeiro plano é o plano universal. Chama-se universal porque é o plano que está acessível a todas as pessoas que nascem com todas as suas faculdades psico-físicas e, portanto, estão devidamente preparadas para entrar nesse domínio da universalidade da linguagem. Esse plano universal é o plano do pensar, é o plano de trabalhar com as regras elementares do pensar. E aí nós vamos desfazer o primeiro engano, segundo o qual se pensa que a gente fala somente com a língua.

A língua é um dos recursos para cumprir esta atividade da linguagem, mas não é nem o mais importante nem o único. Geralmente o professor de português se fixa nesse plano da língua e acha que, trabalhando nele, cumpre a sua missão. Na realidade um professor de língua deve ser antes um professor de linguagem, como nós vamos ver.

Portanto, o primeiro plano é o plano universal, que é o plano do pensar, é o plano de construir texto com “sentido”. Uma frase como há pouco tempo dizia um político: “A justiça e a polícia são como as duas mãos de um mesmo braço”, é uma frase que do ponto de vista de língua não se tem nada para emendar. A frase está construída com seu sujeito, com seu predicado, com seu complemento; mas o erro não está na língua - neste segundo plano a que vou fazer referência. O erro está no primeiro plano, porque, no mundo em que estamos inseridos, sabemos que cada braço só tem uma mão. De modo que “as duas mãos de um mesmo braço” não constitui um erro de língua portuguesa, mas um erro na elaboração do

pensamento, já que isso contraria os princípios gerais de construir frases com sentido, frases coerentes.

Hoje a lingüística estuda muito a coerência no português, o que, no fundo, é um erro. A coerência não é da língua; não existe língua coerente ou incoerente, existe é o pensamento coerente ou incoerente. A coerência é um atributo do pensar, e não um atributo da língua.

Mas esta idéia de que a coerência é uma virtude da língua está naquela célebre frase do autor francês quando entrou para a Academia Francesa, e que, no discurso sobre clareza e ilustração do francês, diz que “tudo o que não é claro, não é francês”, atribuindo à língua francesa o dom e a virtude da clareza. Mas não há línguas claras e obscuras. O que há é o pensamento. Então esta célebre frase - que já tem mais de duzentos anos - de que “Tudo o que não é claro, não é francês” é um exemplo típico da confusão entre o plano da língua - que é o plano histórico - e o plano universal - que é o plano do pensar. Portanto, o primeiro cuidado que nós devemos ter é verificar que na linguagem o primeiro plano é o plano universal.

Quando dizemos que uma criança ainda não fala, ou quando dizemos que os animais não falam, estamos fazendo referência a esse plano universal. O que queremos dizer com a frase não é que a criança ainda não fale português, ou francês, ou alemão ou inglês. Nós queremos dizer que a criança ainda não penetrou neste primeiro degrau da linguagem que é o pensar, pensar numa língua.

O segundo plano da linguagem é o plano histórico, é o plano das línguas. E por que o plano das línguas se chama plano histórico? Porque uma língua não é nada mais, nada menos que o mergulho do homem na sua historicidade.

Por isso eu posso usar o substantivo linguagem sem adjetivo; muita gente usa “linguagem humana”, não está errado, mas é uma expressão que pode ser simplificada em linguagem, sem o adjetivo, já que a linguagem é um privilégio dos humanos. Mas não posso fazer o mesmo com “língua”. Quando me refiro a uma língua, tenho que dizer se estou falando da língua portuguesa, da língua inglesa, da língua alemã, da língua latina, da língua grega, etc. Por quê? Porque uma língua é o mergulho do homem na sua historicidade. O

homem é, antes de tudo, um animal histórico, um animal que só fala porque nasceu no regaço de uma sociedade.

Nós conhecemos, desde os tempos de criança, a história do Tarzan, que viajava com os pais, de avião. Houve uma pane no avião, que caiu, todos morreram, menos aquela criança. Como aquela criança se desenvolveu sem o contacto de seus semelhantes, só em contacto com animais – a Chita, o leão, o elefante – essa criança não penetrou na sua historicidade da linguagem, ela não usava a língua até que apareceu a Jane que começou a lhe ensinar como se chama, como se diz, como se deve dizer, etc. Esse é o plano da língua.

O terceiro plano é o plano individual e se chama individual porque falamos sempre com alguém. Falamos sempre em uma determinada circunstância. Falamos sempre a respeito de um tema. Esse entorno do discurso nos leva sempre a adequar a nossa linguagem à pessoa que nos ouve, ou à pessoa que nos lê. Então não basta só que eu saiba pensar, que eu saiba me exprimir em uma língua. É necessário que eu saiba construir um texto adequado ao meu interlocutor. É uma característica da linguagem que se chama alteridade. Nós sempre falamos com outrem. Ainda que estejamos em um monólogo, estamos falando com o nosso *eu* interior. Então, mesmo em um monólogo, existe alguém que nos ouve, alguém que pondera, alguém que pode modificar a nossa maneira de ver o mundo.

De modo que esses três planos representam a grande atividade do professor. O plano do pensar - que é o plano da coerência; o plano da língua - que é o plano da correção; e o plano do texto, do discurso - que é o plano da adequação.

Certa vez Rui Barbosa, como um homem de cultura, foi convidado para ser paraninfo de uma turma de garotos que estavam terminando o curso primário. Para crianças Rui Barbosa falou durante duas horas. É claro que ele estava falando para os pais, para os professores, e não para os alunos. Então, esse discurso, esse texto poderia ser impregnado de grande veracidade, de grande filosofia de vida, mas não estava adequado ao seu auditório primeiro, que eram aquelas crianças que terminavam o curso primário, aos onze ou doze anos de idade.

A atividade do magistério brasileiro tem passado por esses três planos. E o grande erro da atividade é que cada época privilegiou um plano, quando deveria privilegiar todos os planos. No meu tempo de garoto o privilegiamento recaía na gramática, então todos nós tínhamos que conhecer gramática. Depois se chegou à conclusão de que só a gramática não era suficiente; partimos para um segundo plano, que foi o plano da interpretação. Aí não se ensinava mais gramática, começou-se a ensinar interpretação. Apareceram livros extraordinariamente bem feitos na literatura didática brasileira sobre interpretação. Então os alunos faziam uma leitura silenciosa e, após a leitura, vinham perguntas para ver se o aluno tinha tido condições de penetrar na compreensão e interpretação do texto.

Essa metodologia cometeu alguns erros teóricos. O primeiro deles foi, sem dúvida nenhuma, tirar do aluno a oportunidade da leitura em voz alta, que era o momento em que o professor iria ensinar determinados aspectos da língua, que normalmente ficavam esquecidos no trabalho do professor. Era o problema de ensinar a ler, a ler com uma interpretação necessária do texto. A leitura em voz alta não ia somente ensinar o aluno a aprender a ler em voz alta, mas ia ensinar o aluno a desbastar alguns defeitos de ortoepia, pronúncias de certos fonemas, principalmente aqueles fonemas que estão desaparecendo da língua falada espontânea como, por exemplo, os fonemas *r* e *l* ao final de sílaba. Antigamente os locutores só diziam /Su la me ri ca/, hoje só se diz /Su a mé ri ca/. E com isso se vai desmobilizando o aparelho fonador do aluno, o aparelho articulatório, para que ele aprenda outras línguas. Porque em francês ele tem que dizer /llé/ e não /ll é /, em inglês ele precisa dizer /Eswellés/ e não /Es - well - es/, que não é inglês. Então, o aluno não utiliza o seu aparato articulatório do português para articular bem os fonemas de outras línguas, quando os fonemas existem em ambos os idiomas.

Há certos fonemas como a aspiração do inglês ou do alemão, que nós não temos. Vamos ter esta aspiração até em ambientes fonéticos curiosos, como é o caso do 's' final interno de sílaba, como em "mesmo", que muita gente pronuncia /mermo/ em lugar de /mesmo/. Então essa prática da leitura e interpretação tirou do aluno a possibilidade de ele aprender a ler em voz alta. É um desastre quando se pede a um aluno, mesmo de universidade, que leia um

texto em voz alta, porque ele não está acostumado a fazê-lo. Isso é uma falha que vem dos primeiros anos da escola.

Depois, passamos para um terceiro momento, é o momento da redação, da criatividade. Então havia no calendário escolar, na grade do aluno, uma hora para a criatividade. O aluno era obrigado a escrever sobre tudo, e o professor não corrigia porque a redação do aluno era fruto da criação e a criação é intocável. De modo que era uma escola que cultivava a *mesmice* idiomática, porque a criança não aprendia nada de novo nela. É bom recordar que esses três planos, que o sistema escolar brasileiro divide em partes estanques, eram os planos dos primeiros tempos da escola na Grécia e em Roma. Quando o aluno, aos onze anos, entrava em uma escola para aprender com o pedagogo, quer grego, quer romano, passava por uma primeira fase curricular que era o *trivium*, constituído de três disciplinas: a gramática (havia escola que mudava o segundo para o terceiro, mas de um modo geral a primeira disciplina era a gramática), porque a gramática não era o que fazemos hoje, a gramática era para ler e entender os clássicos, principalmente os poetas, porque a escola trabalhava com os poetas. Os prosadores eram trabalhados na retórica, que era uma outra disciplina. Então o *trivium* era constituído de três disciplinas: a gramática, a retórica e a dialética, também chamada lógica.

Se aprofundarmos esses três conceitos, veremos que a gramática é a língua; a retórica é a distribuição e a construção do texto, e a dialética, também chamada lógica, é a organização do pensamento. De modo que, há mais de vinte séculos se fazia melhor do que hoje fazemos em nossas escolas. Hoje é difícil retornar ao ensino produtivo da língua porque a escola se deteriorou, o magistério se deteriorou, não por culpa da escola ou dos professores, mas por culpa de um sistema perverso que começou a tirar do professor uma série de ditas “vantagens”. A primeira vantagem eram os dois a dois e meio meses de férias a que tínhamos direito – um mês no meio do ano e quase dois meses no final do ano. Mas era justamente nesses quase três meses que o professor, para usar um verbo moderno, se reciclava. O professor lia os livros, principalmente os livros didáticos melhores. Ele não os poderia aconselhar aos alunos dado o grau de teoria que eles tinham. Era o momento em que o professor apren-

dia coisas novas para melhorar o seu ensino. Aprendia uma coisa fundamental que está nas palavras de Platão: as palavras dizem o que são. E hoje o professor assoberbado entre 8 a 12 aulas diárias não tem tempo de ler, não tem tempo de escrever, não tem tempo de se aperfeiçoar, mal tem tempo de descansar para no dia seguinte voltar ao trabalho.

Então não há sistema educacional que melhore com a entrada de computadores na escola, com a melhoria da merenda escolar; tudo isso é importante, mas há uma figura central esquecida pelas autoridades e até pela sociedade: o professor. Nas novelas, quando aparece um personagem ridículo, esse personagem é o professor. Houve uma novela – **Roque Santeiro** - em que o professor era aquele débil mental que ia tomar cachaça no botequim e fazer uns versos de muito mau gosto. Depois, no fim da novela, o professor era vampiro, aquela figura que aparecia de madrugada. Em uma outra novela o professor era aquele débil mental que cortava os cachos dos cabelos das meninas. Em uma outra novela o professor era um gago, um maníaco sexual que pensava nas mulheres somente pensando no ato sexual. Não se levantou uma voz, nem da Secretaria da Educação, nem do Ministério de Educação, nem do Sindicato dos Professores, nem de um professor reclamando nas cartas de jornal, dessa imagem distorcida do professor. Entretanto, quando isso acontecia com outras categorias, como agora está acontecendo com uma beata da nova novela, as pessoas que estão ligadas ao grupo já estão fazendo as suas reclamações, porque é uma imagem distorcida de uma classe. Uma pessoa não é responsável pela classe, nem é o espelho da classe. Mas, quando se trata do professor, nada incomoda a classe.

Quando entrei para o magistério do Rio de Janeiro, o magistério do Distrito Federal, o professor de ensino médio era letra “O”, isto é, o salário era um pouco menor que o de um coronel. Hoje o professor teve deteriorado o seu salário.

Voltando ao nosso tema, vemos o ensino da língua mal distribuído entre esses três planos – o plano universal, o plano histórico e o plano individual. E os erros se cometem. Por exemplo, há bem pouco, porque ia haver uma mudança na regra de aposentadoria, os políticos começaram a discutir se o ponto-e-vírgula queria dizer “e”,

isto é, conjunção aditiva, ou se queria dizer “ou”, isto é, conjunção alternativa. Ora, o ponto-e-vírgula não quer dizer nem “e” nem “ou”. A interpretação do texto é que vai dizer, e pelo nosso conhecimento do mundo, pela nossa capacidade de pensar bem é que o tema se vai decidir. Se estou fazendo uma lista de compras e escrevo: feijão; arroz; verduras; etc. Pelo saber do mundo, entendemos que o texto quer dizer que no local eu tenho de comprar arroz, tenho de comprar feijão, tenho de comprar verduras. Portanto, aquele texto informa que tenho que comprar todas essas coisas. Mas se em uma instrução de concurso se disser o seguinte: “O candidato será desclassificado se for encontrado: a) consultando material alheio à prova; b) desrespeitar a banca; c)...” e assim sucessivamente, a nossa interpretação do texto é de que basta apenas uma daquelas condições, e não o somatório delas, para que a pessoa seja desclassificada do concurso.

Então, o ponto-e-vírgula, nesses casos, não é um problema de língua, é um problema da interpretação do texto de acordo com o meu saber do mundo, a minha experiência de vida, as regras elementares do pensar.

Quando a Ducal, uma loja que hoje não mais existe, começou com uma promoção de roupas que dizia assim “Compre duas roupas e leve três”. Aproveitei a promoção. Como eram roupas de meia confecção, havia consertos a fazer na manga, no paletó, no comprimento da calça. Assim, não poderíamos levar a roupa no mesmo dia. Era necessário marcar outro dia para buscá-las. Quando retornei à loja, levei o meu filho mais velho, que na época tinha 6 anos. Encaminhei-me ao caixa para fazer o pagamento e, nesse momento, o garoto veio a mim e disse: “Papai, o moço está embrulhando roupa de menos”. Fui lá com ele e contei as roupas e lhe disse que estava certo, que havia no embrulho três roupas. Ele então me disse: Não, papai, a televisão diz: Compre duas e leve três, então são cinco. Isso foi possível porque no universo da experiência do mundo de uma criança de 6 anos era perfeitamente factível que a casa comercial vendesse duas e desse três em promoção. No mundo da fantasia da criança, isso era perfeitamente normal, como era perfeitamente normal sair, por exemplo, um gigante de uma pedra ou coisas desse tipo. A criança vive no mundo da fantasia.

Então a interpretação dela não resultava do conhecimento de língua portuguesa, resultava exatamente das regras elementares do pensar, e aí a pessoa tinha que saber que não era possível a uma casa comercial vender dois produtos e dar três de graça.

A descrição da língua tem melhorado muito graças à lingüística teórica ou à teoria da linguagem. A teoria da linguagem tem nos mostrado uma série de pequenos enganos da gramática tradicional que são corrigidos dentro daquela filosofia de Platão de que as palavras dizem o que são. Essas correções, que estão nas gramáticas mais modernas, são evidentes, mas a evidência não foi suficiente para ser surpreendida em quase 20 séculos de gramática. Um só exemplo: todos nós aprendemos, ainda que intuitivamente, que no discurso só podemos coordenar unidades lingüísticas da mesma natureza. Eu posso, com as conjunções coordenativas, ligar dois substantivos, como, por exemplo, *microfone* e *copo*; posso ligar dois substantivos próprios, por exemplo *Torres* e *Carmen*; posso ligar dois adjetivos, *inteligente* e *trabalhador*; posso ligar dois verbos, *trabalha* e *estuda*; posso ligar duas preposições, por exemplo *com* e *sem* dinheiro brincarei o carnaval; posso ligar dois advérbios, *ontem* e *hoje*, etc.

Então o discurso exige que eu só posso coordenar unidades da mesma natureza. A gramática nos ensina que os numerais são numerais cardinais, ordinais, multiplicativos, fracionários. Agora vem o discurso e o discurso nos apresenta o seguinte: “Os dois primeiros lugares (...)”. Pela lição da gramática tradicional *dois* e *primeiros* são dois numerais: um numeral cardinal e o outro numeral ordinal. Mas essas duas palavras estão dizendo que uma delas não é numeral, pois se ambas fossem numerais, deveriam estar coordenadas. Deveriam estar assim: “Os dois e primeiros lugares...” mas nós não dizemos assim, dizemos “Os dois primeiros lugares...”. Então a gramática moderna aprendeu que os numerais são só os cardinais; os outros chamados numerais são substantivos e adjetivos, que ora estão ligados à posição “primeiro, segundo, terceiro”; ora estão ligados à medida “um meio, um terço”, e que essas palavras no discurso ou funcionam como adjetivas, como no exemplo “Os dois *primeiros* lugares”, em que *dois* é numeral e *primeiro* é adjetivo. Se *primeiro* fosse numeral, *anterior* e *posterior* também o seriam, porque indicam posições. Ninguém ainda tentou classificar *anterior* e *posterior* como numerais.

Dizer que o numeral ordinal está ligado ao número, pode não estar evidentemente. Como a história daquela pessoa que entrou em seu escritório vangloriando-se de ter tirado o segundo lugar no concurso, e foi aquela onda de elogios. E quando se perguntou ao aprovado quantos eram os concorrentes, ele respondeu: “Dois”. Então o segundo era também o último. De modo que esses pequeninos fatos de teoria estão sendo corrigidos.

Agora se perguntará: Qual é a importância disso para a língua? Isso tem uma importância capital, porque hoje ensinar gramática é ensinar a refletir sobre as unidades. Eu não posso ensinar a língua toda, então eu preciso dar ao aluno condições, traços pertinentes com os quais ele vai chegar a uma análise reflexiva, e a reflexão lhe permitirá resolver uma série de problemas.

É curioso que a língua não somente constrói pensamentos positivos, lógicos, mas também nos habilita, pelo nosso conhecimento do mundo, a desfazer aparentes construções sem sentido. Quando Roberto Carlos canta que “tudo está bem entre nós como dois e dois são cinco”, é o nosso saber do mundo que vai interpretar corretamente esse aparente absurdo de dizer que dois e dois são cinco”. O poeta quis dizer que “nada” vai bem entre nós, assim como não vai bem a operação aritmética que afirma que dois e dois são cinco”.

Então, ao mesmo que tempo que a nossa experiência do mundo nos habilita a usar construções com sentido, ela nos habilita também a decodificar aparentes frases ilógicas, porque o que eu quis dizer foi mesmo uma frase ilógica para que a pessoa percebesse que o que eu queria dizer não era bem o que estava expresso.

Existe uma passagem curiosa do Padre Antônio Vieira. Estava ele em Roma com função do governo português. As suas cartas eram cartas vigiadas por uma espionagem que ele não conhecia; devia saber tudo o que era escrito nas cartas que saíam do Colégio de Jesuítas. E uma vez confidenciaram ao padre Antonio Vieira que havia uma informação de movimento nas tropas espanholas. Essa informação veio de fonte italiana, ele não poderia dizer na carta: “soube, por fonte italiana, que...”. Então usou de um artifício que contrasta a língua padrão portuguesa com a língua padrão italiana - a colocação do pronome no início da frase. O italiano pode perfeitamente construir uma frase na língua padrão como “Mi piace”. Em portu-

guês padrão nós não poderíamos dizer “Me agrada”, temos que dizer “Agrada-me”. Então, colocando o pronome no início, quis dizer, exatamente, nas entrelinhas, para reforçar aquele pensamento que “para bom entendedor, meia palavra basta”; que aquele “me” no início denunciava uma informação de fonte italiana a respeito de um ajuntamento de tropas espanholas para combater Portugal.

Então é um artifício de língua que hoje se usa. Muitos políticos quando recebem seus eleitores, a quem tinham prometido vagas, podem usar de artifício como: “Quando você receber uma carta minha indicando um eleitor meu, se os “tt” não forem cortados, isso significa que não tenho nenhum interesse em que o meu pedido seja atendido”. A carta de solicitação realmente fora encaminhada, e se não for atendida é porque o outro lado não pôde atender.

Outro ponto importante dos estudos modernos diz respeito ao seguinte: antigamente se imaginava uma língua como uma unidade homogênea e unitária. Tudo o que não estivesse de acordo com a gramática, ou toda palavra que se empregasse não estivesse inserida no dicionário era considerada errada. É o caso, por exemplo, de “imexível”. O ministro Magri no governo Collor disse “o projeto é imexível”, e procuraram no Aurélio essa palavra, e, como não estava aí, disseram que a palavra não existia no português. Acontece que uma língua está a serviço da comunidade, e a comunidade não só repete o que herdou da tradição, mas também está capacitada a construir palavras novas para atender às necessidades do progresso, seja progresso material, seja progresso cultural.

Pois bem, hoje estamos conscientes de que uma língua histórica – português, francês, espanhol, italiano, etc. - é um somatório de várias línguas dentro dela. E o resultado é que existem diversas gramáticas dentro da língua. Porque, o que é a gramática? A gramática é o registro das regras por que uma língua funciona.

Então, por exemplo, na linguagem coloquial brasileira fizemos uma diferença no emprego gramatical do ‘lhe’. Na gramática padrão, ‘lhe’ tem compromissos com a regência verbal; usa-se ‘lhe’ quando o verbo pede preposição ‘a’ ou ‘para’. *Escrevi aos pais – escrevi-lhes; Disse a ele – Disse-lhe;* etc. Então o ‘lhe’ tem responsabilidade com a regência verbal. Na língua familiar, na língua popular, na língua espontânea, ‘lhe’ não tem compromisso com a re-

gência verbal. Por isso não se deve dizer, como se ouve por aí, que o 'lhe' funciona como objeto direto. No 'lhe' coloquial não existe oposição, porque o objeto direto se opõe ao objeto indireto. Tudo na língua é oposição. Então, quando o 'lhe' é usado na língua coloquial a oposição não é objeto direto X objeto indireto. A oposição é entre a pessoa com quem eu falo e a pessoa de quem eu falo. E o 'lhe', portanto, se refere à pessoa com quem eu falo. Se eu quero me referir a uma terceira pessoa, eu uso 'ele': *eu vi ele*, e não *eu o vi*. *Eu vi 'ele'* é eu vi uma terceira pessoa, e não eu vi você. Então, na língua coloquial nós podemos dizer: *eu lhe vi* – o verbo *ver* pede objeto direto, mas aí não tem nada que *ver* com objeto direto. *Eu lhe vi* significa *Eu vi você*. *Eu lhe vi*; *Eu lhe cumprimento*; *Eu lhe convido*; *Eu lhe amo*, e coisas desse tipo. De modo que é um novo tipo de gramática da língua coloquial, na modalidade coloquial, enquanto na língua padrão prevalece *Eu o vi*, *Eu o cumprimento*, *Eu o convido*, *Eu o amo*. Então, o professor hoje tem que trabalhar com as diversas variedades de língua dentro do português.

Antigamente, a escola não enriquecia a competência lingüística do falante, porque a criança entrava na escola com a língua de casa e a escola queria que ela saísse de lá falando a língua da escola. De modo que o aluno entrava monolíngüe, falando a língua de casa, e a escola queria que ele saísse dela também monolíngüe, falando a língua da escola. Hoje o professor não pode ter essa visão distorcida de uma língua histórica.

Ainda me lembro de que, quando cheguei ao Rio de Janeiro, (cheguei no admissão) aconteceu um fato que bem ilustra o que acabo de dizer. Naquele tempo se usava muito texto para corrigir. Dava-se uma frase errada e os alunos tinham que corrigi-la. O professor propôs a seguinte frase para correção: com voz tonitroante, disse: "Corrijam a seguinte frase: Fui no armário" (exagerando na sílaba ma). Nós nos entreolhamos e não vimos nenhum erro aí. Na linguagem coloquial o verbo *ir* se constrói com a preposição *em*: assim como *fui no cinema*, *fui na escola*, *fui no teatro* etc. Quando o professor viu que ninguém havia detectado erro, permitiu que os alunos se reunissem em grupo de três para ver se o erro facilmente saltava aos nossos olhos. Reunimo-nos em grupo de três e no meu grupo havia um colega que era dado à leitura de romances policiais. Então ele nos disse:

“Perceberam que ele disse ‘armário’”. E nós dissemos: É verdade! Mas o professor disse ‘armário’ porque havia saído uma reforma ortográfica e ele queria que nós colocássemos o acento, porque a preocupação dele não era ortográfica, o acento de *armário*. Ele queria ver a regência do verbo *ir*. Aí nós imediatamente – eu e o outro colega – dissemos: “É mesmo. É aí que está o erro”. E ele imediatamente levantou a mão. O professor perguntou então: Conseguiu descobrir onde está o erro? “. Ele respondeu: Sim, professor”. “E qual é a correção?” O colega respondeu: “Fui no guarda-roupa.”

Ora, hoje o professor seguirá uma outra metodologia de ensino. Se ele estiver lendo um texto e aí tiver escrito – *Fui à cidade*, o professor dirá ao aluno: “Reparem - *Fui à cidade*”. Normalmente falando se diz: *fui na cidade, fui no jornaleiro, fui na padaria*. Mas reparem que no texto escrito, em texto de responsabilidade, vocês estarão cometendo um deslize. *Fui na cidade* não é erro, mas pertence a uma variedade de língua em que é normal se dizer assim: existe, todavia, uma outra variedade, a variedade que devemos usar no momento de responsabilidade cultural, nos momentos de concurso, em que devemos dizer “*Fui à cidade*” e não “*Fui na cidade*” - que não está errado, mas pertence a um outro nível de língua. Assim como, em casa, comemos carne e peixe com o mesmo talher, em casa tomamos água e vinho no mesmo copo. Mas em um restaurante mais sofisticado temos o talher da carne e o do peixe. Então precisamos conhecer isso. Uma pessoa poderá dizer: “Ah, mas isso é bobagem! Por que eu não posso comer com o mesmo talher carne e peixe?”. Você pode; mas normalmente você não faz, assim como você não vai a uma festa com a mesma roupa com que vai à escola ou ao Maracanã assistir a um jogo.

Então o professor desde cedo vai inoculando no aluno que a grande competência lingüística que ele tem que desenvolver é a de ser um poliglota em sua própria língua, isto é, saber português não é saber somente a língua padrão, mas é saber usar as variedades de língua conforme o momento social que ele enfrenta. E aí os professores vão alargar os conhecimentos dos alunos, e vão mostrar-lhes como essa língua portuguesa é rica, é adaptável, é maleável, tanto no vocabulário (que é riquíssimo!), quanto na sua sintaxe e na sua morfologia.

Então, hoje, o professor de português tem que ter uma nova visão, ler novos livros, conhecer novos teóricos, para que realmente possa cumprir com galhardia a missão que lhe foi confiada. Acabar com essa idéia que invadiu a escola de que a leitura deve ser feita somente com trechos de jornal e de revista. A língua literária é onde a língua atinge a sua maior riqueza de exemplaridade. Então os bons autores devem ser levados ao aluno para a construção do pensamento, devem ser levados ao aluno pela qualidade de língua que eles apresentam, e devem ser levados ao aluno pela qualidade de estrutura do texto que só o artista da palavra consegue vencer e dominar.

Eram essas as considerações que gostaria de transmitir a um auditório tão seleta. Obrigado.☞

Reflexos da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, no Processo Civil*

José Carlos Barbosa Moreira

*Desembargador do TJ/RJ, Professor de Direito
Processual Civil na UERJ*

A Emenda Constitucional nº 45, de dezembro de 2004, tornou-se conhecida como emenda da Reforma do Judiciário, da Justiça; na verdade, porém, o seu âmbito é mais extenso do que essa denominação pode sugerir. Ela cuidou de uma grande variedade de assuntos, até de Tratados e Convenções Internacionais - art. 5º, LXXVIII, § 3º, e do Tribunal Penal Internacional - art. 5º, LXXVIII, § 4º. É evidente que não seria possível, nos limites razoáveis de uma palestra, abranger todo esse vasto e variado universo. Para tentar sistematizar um pouco o que vou dizer, proponho que se distribuam as matérias mais importantes, dentre as contidas na Emenda 45, em quatro grupos ou categorias.

Um primeiro grupo é referente a modificações estruturais, não apenas do Poder Judiciário, mas também em terrenos como o do Ministério Público, que, como sabem, foi igualmente atingido pela Emenda. Em um segundo grupo ficam regras sobre competência e especialmente sobre alterações de competência. Em um terceiro grupo, normas atinentes à disciplina jurídica da Magistratura, por exemplo sobre ingresso na carreira, sobre promoção, aposentadoria, disponibilidade e assim por diante. Em um quarto grupo, normas de caráter

*Palestra proferida no ciclo de conferências "Reforma do Judiciário e a Legislação Processual", realizado na EMERJ, em 22/08/2005.

propriamente processual, inclusive relativas ao funcionamento de órgãos judiciais. A palestra, como o título já indica, não vai abranger todos esses quatro grupos de disposições; vai limitar-se às principais alterações de competência (2º grupo), e, mais detidamente, vai cuidar de alguns pontos referentes à nova disciplina do processo e do funcionamento de órgãos judiciais. Portanto, vou ater-me ao segundo e ao quarto, dentre os grupos ou categorias que procurei indicar.

Passando, então, às alterações de competência, vou destacar quatro. Primeiro, a mudança da competência para homologação de sentenças estrangeiras, que cabia, como sabemos, ao Supremo Tribunal Federal e acaba de ser transferida para o Superior Tribunal de Justiça: artigo 105, I, *i* do novo texto constitucional. O segundo ponto diz respeito à criação de uma nova hipótese de competência originária do Supremo Tribunal Federal, a saber: para as ações contra o Conselho Nacional de Justiça, órgão notoriamente criado pela Emenda, e contra o Conselho Nacional do Ministério Público, também criado pela Emenda, artigo 102, I, *r* do texto constitucional emendado.

Em terceiro lugar, cabe mencionar a competência atribuída à Justiça Federal para o julgamento de causas relativas a direitos humanos, art. 109, V, *a*, que interessa mais ao processo penal, mas que também pode ter repercussões no campo cível.

Em quarto lugar, mencionarei a mudança da competência da Justiça do Trabalho que, ao que parece, sofreu uma ampliação notável. Digo ao que parece porque essa matéria está sendo objeto de acirrada controvérsia. As interpretações têm variado muito de um para outro autor no tocante à área fixada, agora, para a competência da Justiça do Trabalho. Existe uma interpretação mais radical, segundo a qual teria passado para a competência da Justiça do Trabalho toda e qualquer matéria referente a contratos de atividade; em última análise, segundo alguns, contratos referentes à prestação de serviços profissionais por autônomos; até matérias concernentes à prestação de serviços de advocacia teriam passado, segundo essa interpretação, para a área da Justiça do Trabalho.

Tenho a impressão de que esse entendimento mais radical não prevalecerá. Mas, de qualquer maneira, sem dúvida aparecerão questões importantes, graves e sérias a respeito dessa ampliação da competência da Justiça do Trabalho, tema sobre o qual não posso alongar-me.

Passo, então, àquilo que vai constituir o objeto principal da palestra, que consiste exatamente na categoria de normas referentes, especificamente, ao processo: normas de caráter processual e referentes ao funcionamento de órgãos judiciais. Não posso tampouco aqui esgotar a matéria. Vou limitar-me, portanto, àquelas inovações que me pareceram importantes, mais dignas de atenção.

A primeira é a introdução, no elenco do artigo 5º da Constituição da República, de uma nova garantia, prevista no inciso LXXVIII: “a garantia da razoável duração do processo e dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Muitos se inclinaram a ver nesse texto uma norma de caráter simplesmente programático. Ela expressaria, por assim dizer, um voto, no sentido de que o processo se torne mais rápido e que as partes tenham à sua disposição meios que assegurem essa maior celeridade. Na verdade, a norma não é propriamente uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já que o Brasil é signatário da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o chamado Pacto de San José da Costa Rica, que já cuidou dessa matéria, assegurando um prazo razoável para o dever de prestar jurisdição por parte de todos os Estados signatários.

É muito questionável a influência prática, o impacto concreto que disposições desse tipo possam exercer no dia-a-dia forense, mas eu não gostaria de enfileirar-me entre aqueles que vão considerar, ou já estão considerando, esta disposição como norma puramente programática, sem impacto direto na realidade do foro. Penso até que se pode extrair dela a existência de um dever de indenização por parte dos poderes públicos em caso de não se assegurar, em concreto, esta razoável duração dos processos, e alguém se sentir prejudicado com a excessiva demora da prestação jurisdicional.

É claro que estamos lidando aqui com conceitos jurídicos indeterminados. Não existe modo de estabelecer limites concretos para a duração dos processos; seria absolutamente impossível. Mas o ordenamento jurídico está repleto de conceitos indeterminados, que caberá ao órgão judicante concretizar diante do caso que se lhe apresenta.

O que não me parece razoável é negar qualquer influência objetiva, concreta, da inclusão desta norma sobre o funcionamento

prático do dia-a-dia forense. Alguma influência ela teve ter, e uma das conseqüências parece-me ser esta: a de que ela gera, para o prejudicado, o direito a uma indenização no caso de demora excessiva, pouco razoável.

Vou referir-me, em seguida, a duas disposições que procuram assegurar a regularidade do serviço judiciário. Uma é a que veda férias coletivas nos Juízos e Tribunais de 2º grau: artigo 93, XII. Essa é uma disposição que me parece positiva. Sempre achei estranho que, em determinadas épocas do ano, cessasse por completo, ou quase por completo, a atividade judicante em segundo grau. Assim como um hospital não deve fechar suas portas para que os médicos gozem das merecidas férias - cada qual gozará delas numa oportunidade própria, assim também os tribunais não devem, a meu ver, fechar suas portas, pois são também hospitais, no sentido de que são entidades destinadas a dar remédio a doenças. Não doenças físicas, mas jurídicas, crises no funcionamento prático do ordenamento jurídico.

Essa disposição veio vazada numa redação lamentável como, aliás, tantas outras da Emenda nº 45, que positivamente não se distingue pela elegância nem pela correção da sua redação. Há aí, a meu ver, um solecismo gritante, porque o texto fala “sendo vedado férias coletivas”, o que me parece estranho, pois, se são férias coletivas, *são vedadas*. A redação deveria ser outra, mas deixemos isso de lado, porque se fôssemos abordar aqui todos os defeitos de redação da Emenda nº 45, não poderia eu cuidar de outro qualquer assunto, ficaria com a palestra toda comprometida por este.

Outra disposição que me parece salutar, no sentido de assegurar o funcionamento contínuo, ininterrupto do Judiciário, é a que torna obrigatória a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição: artigo 93, XV do texto constitucional emendado. Sabemos que, em certos casos, que prefiro não citar, órgãos judiciais, sobretudo no 2º grau, praticavam um procedimento, a meu ver, absolutamente irregular que é o do represamento da distribuição, que chegava a durar 3 a 4 anos; ou seja, um recurso que subia ao tribunal levava 3 a 4 anos para ser distribuído. Essa prática é incompatível com o texto constitucional vigente e presumo que deva ter ces-

sado. Se continuam praticando isso, estão infringindo a Constituição.

Outra inovação consiste na divisão do caso do antigo artigo 105, III, b, entre a área do recurso especial e a área do recurso extraordinário. Essa disposição trata dos casos em que a decisão recorrida considerou válida lei ou ato de governo local contestada em face de lei federal. Isso constituía uma unidade e era matéria de recurso especial, pouco importando se se tratasse de *lei* local ou de *ato* de governo local. Em qualquer dessas hipóteses, se a decisão recorrida dava pela validade da lei ou do ato contestado em face de lei federal, a matéria era própria de recurso especial e, portanto, a competência tocava ao Superior Tribunal de Justiça.

A Emenda dividiu esse caso em dois. Separou as hipóteses de julgamento de validade de *lei* local contestada em face de lei federal e, de outro lado, julgamento de validade de *ato* de governo local contestado em face de *lei federal*. Manteve essa segunda hipótese no âmbito do recurso especial, e portanto, na competência do Superior Tribunal de Justiça. Deslocou a outra hipótese, a de julgamento de validade de lei local contestada em face de lei federal, para o âmbito do recurso extraordinário e, por conseguinte, para a área de competência do Supremo Tribunal Federal.

A meu ver justifica-se essa inovação porque, no fundo, quando se põem em confronto *lei local* e *lei federal*, há, essencialmente, uma questão de ordem constitucional. A lei local pode ter cuidado de matéria que a Constituição da República reserva ao legislador federal e, ao fazê-lo, evidentemente, terá infringido a própria Constituição. Existe, aqui, uma questão de natureza constitucional, e é compreensível que se haja deslocado a competência para resolvê-la ao Supremo Tribunal Federal, como guardião que é da Constituição da República.

Passo a uma das inovações mais propagadas, conhecidas e discutidas, que é a da criação de um novo requisito de admissibilidade para o recurso extraordinário, a chamada “repercussão geral” das questões constitucionais discutidas no caso. Esse passa a ser um requisito genérico de admissibilidade para o recurso extraordinário, com a possibilidade, para o Supremo Tribunal Federal, de recusar o

conhecimento do recurso pelo voto de dois terços de seus membros (artigo 102, § 3º), no caso de o STF entender que o recurso extraordinário não preenche esse requisito, a saber: não agita questões de repercussão geral e sim questões limitadas ao âmbito das relações entre as partes daquele determinado processo. É claro que estamos, aqui também, diante de um conceito jurídico indeterminado; não há uma definição, e nem pode haver, para a expressão “repercussão geral”. O órgão judicante terá que formular o seu juízo, fazer a sua avaliação em concreto diante de cada um dos recursos que forem interpostos.

Esta inovação tem no Direito Brasileiro um antecedente muito conhecido, pelo menos para os que já exerciam suas atividades profissionais naquela época. Tempo houve em que se estabeleceu, para certas hipóteses de recurso extraordinário, o requisito da chamada “relevância da questão federal”, que tinha de ser argüido sob determinada forma específica para que o Supremo Tribunal Federal pudesse conhecer do extraordinário.

A experiência foi avaliada de modo muito discordante pelos autores que se ocuparam do assunto. Houve quem a louvasse, houve quem a criticasse veementemente, e nós não dispomos de dados concretos para avaliá-la, porque vivemos mergulhados no mais denso impressionismo, ninguém se preocupa em apurar as conseqüências práticas, os efeitos concretos das reformas legislativas. Então, não temos dados que nos permitam a formulação de um juízo categórico. Agora ressuscitou-se, embora em termos um pouco diferentes, a idéia de que o Supremo Tribunal Federal não deve ocupar-se de tudo quanto lhe chegue pela via do recurso extraordinário. Deve tratar apenas daquilo que lhe pareça relevante, daquilo que lhe pareça ter uma repercussão geral, adotando a terminologia agora consagrada, questões que interessem a vastos setores da população ou que sejam muito importantes para a vida jurídica nacional.

Isto tudo tem inspiração norte-americana. Como se sabe, a Suprema Corte dos Estados Unidos julga uma percentagem baixa dentre os chamados “*writs of certiorary*”. A Corte Suprema dos Estados Unidos tem a possibilidade de, discricionariamente, escolher dentre os recursos que lhe chegam, aqueles que ela quer julgar. Não

há nenhum padrão estabelecido de modo objetivo. A Corte decide, soberanamente, de maneira discricionária; desde que quatro ministros se pronunciem no sentido de conhecer-se da matéria, o recurso então será julgado; os outros serão desprezados.

Há uma diferença muito importante: a decisão da Suprema Corte Americana é tomada em sessão secreta e a decisão não tem de ser motivada: apenas se enuncia o que foi decidido, mas não se revelam os motivos pelos quais a Corte entendeu que a matéria era ou não era digna da sua atenção.

No Brasil isto não é possível, porque um dos incisos do artigo 93 da Constituição Federal estatui que os julgamentos do Poder Judiciário serão todos públicos e sob sanção de nulidade, caso a decisão não seja motivada. O Supremo Tribunal Federal não poderá adotar aqui essa prática tal como ela é adotada na Corte Suprema Americana, onde até o ingresso na sala em que se reúnem os ministros para decidir se o recurso será ou não conhecido é expressamente proibido a quem quer que seja. No Supremo Tribunal Federal, essa decisão só pode ser tomada em sessão pública, e a decisão será obrigatoriamente motivada.

Chego, então, à mais controvertida das inovações que é a criação da, impropriamente, chamada *súmula vinculante*. Digo impropriamente porque *súmula* é o nome que sempre se deu ao conjunto das proposições consagradas pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Foi criada com esse nome a *Súmula da Jurisprudência Predominante*”, e assim figura no Regimento interno da Corte. O legislador constituinte derivado ignorava esse fato e não se deu ao trabalho de consultar o dicionário. Então, adotou o nome de *súmula* para cada uma das proposições ou teses consagradas pela jurisprudência predominante. Passou a falar de *súmula vinculante* no sentido de indicar uma determinada proposição que, a partir da sua publicação na Imprensa Oficial, como diz a Emenda, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

A Emenda teve a cautela de estabelecer pressupostos para a edição das chamadas *súmulas vinculantes*. Vou usar a expressão,

daqui em diante, "*commoditatis causa*", embora sob protesto íntimo. A Emenda estabeleceu diversos pressupostos, que estão contidos no artigo 103, "a" e seu § 1º. Antes de mais nada, é preciso que se trate de matéria constitucional. O Supremo Tribunal Federal só pode editar súmula vinculante em matéria constitucional, não em qualquer outra matéria.

Em segundo lugar, é necessário que exista controvérsia atual entre órgãos judiciais, ou entre esses e a Administração Pública acerca da validade, interpretação ou eficácia de normas determinadas, entendendo-se, a meu ver, por controvérsia atual aquela que subsista ao tempo da edição da súmula vinculante. Então, algo que já foi controvertido, mas deixou de ser, não pode ser objeto de súmula vinculante.

Em terceiro lugar, é preciso que dessa controvérsia nasça grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. Não é qualquer controvérsia que pode dar ensejo à edição de uma súmula vinculante. É indispensável que ela produza esse efeito: o de gerar grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. É claro que estamos aqui também diante de conceitos jurídicos indeterminados. Caberá ao Supremo Tribunal Federal aferir a existência, ou não, desse pressuposto.

Finalmente é preciso que a decisão - que pode ser tomada **ex officio**, por iniciativa do próprio Supremo Tribunal Federal, ou mediante provocação - não se diz de quem - seja tomada pelo voto de pelo menos dois terços dos ministros daquela Excelsa Corte. É claro que o Supremo Tribunal Federal não fica vinculado **ad infinitum**, até o juízo final, a uma súmula editada com força vinculante. Ele pode revê-la ou pode cancelá-la, por iniciativa, diz o texto, de qualquer legitimado, também sem maiores especificações, como dispõe o artigo 103, "a", § 2º.

A Emenda prevê sanção para o ato administrativo, ou para a decisão judicial que contrarie a súmula aplicável, ou que indevidamente a aplique. São duas maneiras de ofender a súmula: aplicando-a mal ou não a aplicando quando ela deveria ser aplicada; ou a decisão viola um enunciado constante da súmula vinculante,

ou então aplica aquele enunciado a uma hipótese à qual ele não era aplicável. Em ambos os casos, a consequência é a possibilidade de qualquer interessado apresentar ao Supremo Tribunal Federal uma reclamação que, se for julgada procedente, acarretará a anulação do ato administrativo, na hipótese de a violação ocorrer na área administrativa. Ou então a cassação da decisão judicial, no caso de a ofensa partir de algum órgão do Poder Judiciário, e a determinação para que esse órgão profira outra decisão, em substituição à cassada, de acordo com a súmula, isto é, ou respeitando-a, se ela devia ser aplicada, ou deixando de aplicá-la e decidindo de outra maneira, se não era caso de incidência da súmula.

Aqui surge uma questão de certa importância prática: diante de decisão judicial incompatível com a súmula vinculante, cabe essa reclamação diretamente endereçada ao Supremo Tribunal Federal, mas não pode deixar de caber também o recurso previsto na legislação processual para aquele caso. Suponhamos que se trate de uma sentença de 1º grau, que foi proferida em desacordo com a súmula; o interessado tem a possibilidade de dirigir, desde logo, a reclamação cabível ao Supremo Tribunal Federal, mas também não pode ser impedido de interpor, contra aquela sentença, a apelação prevista no artigo 513 do Código de Processo Civil. Até porque a reclamação se limita a esta matéria: contrariedade com a súmula, ao passo que, na apelação, o interessado pode suscitar várias outras questões. Pode, por exemplo, pleitear a anulação da sentença porque foi proferida por um juiz absolutamente incompetente, ou pode discutir a boa ou má apreciação da prova. Um **error in iudicando** resultante, por exemplo do fato de o juiz haver entendido mal o depoimento de uma testemunha ou o teor de um documento. Essas são matérias absolutamente estranhas ao âmbito daquela reclamação cabível para o Supremo Tribunal Federal.

De sorte que, com certa frequência, provavelmente ocorrerá a utilização de ambos os remédios ao mesmo tempo: a reclamação ao Supremo Tribunal Federal e a apelação ou outro recurso porventura cabível de acordo com a legislação processual. Isso não deixará de acarretar certas dificuldades práticas: por exemplo, poderá acontecer que um desses remédios seja julgado antes do outro

e o prejudique. Suponhamos que antes que o Supremo se pronuncie sobre a reclamação concernente à contrariedade à súmula, o Tribunal de Justiça julgue a apelação e lhe dê provimento, anulando ou reformando a sentença de 1º grau. Evidentemente isso terá o efeito de tornar prejudicada a reclamação, porque esta se estará voltando contra uma sentença que não existe mais, que foi anulada ou reformada. Penso que, de qualquer maneira, haverá a possibilidade de trabalho perdido, energia desperdiçada, porque um dos dois remédios vai ficar prejudicado.

O assunto da súmula vinculante suscitaria outra série de questões importantes, que infelizmente não posso abordar aqui. Uma delas diz respeito à remissão que se faz no texto a uma lei complementar, uma lei que se espera venha a regular determinados aspectos do assunto. Há uma disposição que a esta altura, dadas as notórias circunstâncias sobre as quais estamos vivendo, não deixa de suscitar uma reação irônica. É a do artigo 7º da Emenda, de acordo com o qual o Congresso Nacional, imediatamente após a sua promulgação, deveria constituir uma comissão especial mista destinada a elaborar em 180 dias os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada. Não se especifica quais são esses projetos de lei necessários, ou seja, quais são os pontos da matéria tratada na Emenda que necessitariam de regulamentação. Não se fica sabendo bem o que é que depende de regulamentação e o que não depende. Essa observação se aplica ao próprio tema do novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. Não se fica sabendo, pela leitura da Emenda, se já está em vigor aquela regra da necessidade de demonstrar o recorrente a repercussão geral das questões discutidas no recurso, ou se só entrará em vigor quando vier a lei anunciada. Eu aconselharia os recorrentes, *ad cautelam*, a, desde já, procederem à demonstração da repercussão geral das questões discutidas, mas tenho a impressão de que isso não está sendo exigido, por enquanto, pelo Supremo Tribunal Federal. É curioso que a Emenda nº 45, justamente em pontos capitais, a respeito de inovações importantes, se tenha expressado de maneira pouco clara, sem deixar nítido, sem uma disposição categórica, peremptória, clara, insofismável, sobre o que é que depende de lei complementar e o que não depende.

Voltando ao artigo 7º, imaginem os senhores a que nos leva o confronto entre o texto e a realidade cotidiana. O Congresso Nacional deveria ter instituído, imediatamente após a promulgação da Emenda, uma comissão especial mista destinada a elaborar em 180 dias os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada. Não tenho nenhuma notícia do funcionamento dessa comissão até hoje, apesar de a Emenda ter sido promulgada em dezembro de 2004.

Passo a considerações finais que podem ser enunciadas, a meu ver, à luz do panorama global dessa Emenda naquilo que interessa à temática da nossa palestra. Tem-se a impressão de que o sentido fundamental da reforma, no tocante ao processo civil, terá sido o de criar condições para aumentar a rapidez da prestação jurisdicional. Hoje, a preocupação quase obsessiva é com a rapidez, como se esse fosse o único ponto digno de atenção em matéria de melhora da Justiça e da atuação do Poder Judiciário. A meu ver não é. Entretanto ele ocupa uma posição central que, repito, quase qualificaria de obsessiva, como se vê não apenas pela Emenda, mas também pelo teor de inúmeros projetos de lei que têm sido apreciados pelo Congresso Nacional ou que estão a ele submetidos à apreciação, pois lá tramitam cerca de duas dezenas de projetos de reforma do Código de Processo Civil. Quase todos esses projetos são orientados pelo propósito de acelerar o ritmo dos processos.

Quanto à cúpula do Poder Judiciário, entretanto, há certa ambigüidade na Emenda. De um lado parece que se quis diminuir a carga de trabalho do Supremo Tribunal, por exemplo, deslocando a competência para homologação de sentenças estrangeiras para o Superior Tribunal de Justiça e, também, estabelecendo o requisito da relevância geral das questões discutidas no recurso extraordinário, com o que, naturalmente, se espera que diminua o número de recursos extraordinários a serem conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal. Porém, em sentido contrário, ampliou-se a competência originária da Corte Suprema com as ações contra o Conselho Nacional de Justiça e contra o Conselho Nacional do Ministério Público. Também se aumentou a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal, deslocando para o âmbito do recurso extraordinário aquela hipóte-


se, que tive ocasião de mencionar, de recurso contra decisão que julgue válida lei local contestada em face de lei federal. Essa matéria estava incluída na área do recurso especial, era da competência do Superior Tribunal de Justiça, e passa ao âmbito do recurso extraordinário e, portanto, à competência do Supremo Tribunal Federal. Por isso, não se sabe ao certo se a Emenda aumentou ou diminuiu a carga de trabalho do Supremo Tribunal Federal além do que cabe observar que o Ministro do Supremo Tribunal Federal que for exercer a Presidência do Conselho Nacional de Justiça fica dispensado de distribuição no Supremo Tribunal Federal, o que evidentemente acarreta uma sobrecarga para os outros ministros.

No tocante ao Judiciário em geral, há algumas disposições que apontam no sentido de preocupação com a diminuição da morosidade processual, buscando uma aceleração do ritmo dos processos. Assim, por exemplo, aquelas medidas que citei destinadas a assegurar o funcionamento ininterrupto dos órgãos judiciais, evitando hiatos nesse funcionamento, como a vedação de férias coletivas e obrigatoriedade de distribuição imediata. Posso acrescentar uma disposição de incentivo aos juízes, para que não excedam prazos injustificadamente, com proibição até da promoção em caso de descumprimento, artigo 93, inciso II, alínea "e". Mas parece que a aposta mais alta que se fez com a Emenda Constitucional nº 45, em matéria de estímulo à aceleração do ritmo processual, em matéria de combate à excessiva morosidade da Justiça, consiste na criação da chamada Súmula Vinculante, a cujo respeito já lhes dei algumas informações. O raciocínio é o de que muitas ações deixarão de ser propostas e muitos recursos deixarão de ser interpostos, porque a parte, ou o seu advogado, entenderá que é inútil fazer uma tentativa de obter decisão sobre matéria que já esteja consagrada em alguma das chamadas Súmulas Vinculantes, em sentido contrário àquilo que nelas se encontra estabelecido. É um efeito dissuasório que se pretende obter. A conseqüência que se quer alcançar é a de que as pessoas se abstenham de propor ações, ou se abstenham de interpor recursos quando verificarem que a tese da ação, ou a tese do recurso, colide com algumas das proposições às quais o Supremo Tribunal Federal houver atribuído efeito vinculante.

Espero que isso aconteça; não tenho certeza absoluta da eficácia dessa tentativa dissuasória, dessa tentativa de desestimular a propositura de ações e/ou a interposição de recursos, e não tenho essa certeza à vista de um estudo muito interessante feito por dois cientistas políticos, Spaeth e Brenner, em uma obra ironicamente intitulada **Stare indecisis**, paródia da expressão usada para designar o princípio segundo o qual o Judiciário deve ater-se escrupulosamente àquilo que foi decidido pela Corte Suprema. Esses dois cientistas políticos norte-americanos procederam a um estudo acurado e verificaram que a própria Corte Suprema, no período entre 1946 e 1990, cerca de meio século, repudiou precedentes seus em 115 casos. Ora, se ela assim procedeu, isso significa que muito maior número foi o das tentativas feitas para que ela repudiasse precedentes, já que presumivelmente a maioria delas não vingou. Então, deve ter havido muito mais de 115 ações em que os advogados norte-americanos se atreveram, ousaram, se animaram a procurar em juízo um resultado diferente, um resultado contrário àquele que indicava algum precedente do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, não há trabalhos desse gênero, nem haverá jamais. Não temos o menor interesse em fazer levantamentos objetivos desse tipo. Não temos sequer dados sobre a duração de processos. Todos dizem que os processos, duram demais, mas, se se perguntar quanto duram, ninguém saberá responder ou então dará um palpite, como são os que cotidianamente se dão a respeito de todos os assuntos. O brasileiro tem enorme vergonha de responder que não sabe, então inventa uma resposta qualquer. É o que chamo de “achismo”. E quanto maior for a ignorância acerca da matéria, tanto mais dogmático é o tom com que se responde, porque as pessoas que realmente entendem de algum assunto, conhecem também as suas próprias limitações e sabem que nem tudo é preto ou branco. Há muitos tons de cinzento entre esses dois extremos.

Assim, não tenho nenhuma esperança de algum dia ver a situação apurada objetivamente, com dados extraídos da realidade forense, do dia-a-dia forense; de que chegue um dia no qual possamos formular um juízo seguro acerca do impacto concreto que essas medidas, a da súmula vinculante e as outras que mencionei, terão

produzido na realidade do nosso foro. Queira Deus que eu me engane e que daqui a algum tempo tenhamos dados suficientes para formar juízo seguro acerca das repercussões benéficas, esperemos que o sejam, dessas providências constantes da Emenda Constitucional nº 45. 

“Recuperação de Empresas Sob a Ótica da Nova Legislação Falimentar”*

Paulo Roberto Leite Ventura

*Presidente da 1ª Câmara Criminal do TJ/RJ e
Diretor-Geral da EMERJ*

Não são muitas as oportunidades em que esferas diversas de setores distintos de segmentos oficiais e privados convergem em propósitos e objetivos de importância e significado.

Estou absolutamente convencido de que este evento se inclui como exemplo de fatos raros, aglutinadores de profissionais atuantes em postos-chave da aplicação e da dogmática jurídicas, especialmente no que seja concernente ao direito empresarial, cujos reflexos, no desenvolvimento social de nosso país, dispensam maiores comentários, ainda mais quando contamos com a presença de tão destacados cientistas da matéria.

As duas últimas décadas do século passado e estes primeiros instantes do século XXI guardam impressionante característica comum, com respeito à velocidade das alterações imprimidas nos modelos sociais, pelos avanços técnicos introduzidos nos meios cibernéticos das comunicações e no fenômeno da globalização.

Aqui entre nós, a seqüência quase revolucionária da reorganização e adaptação das concepções jurídicas aos novos tempos, teve

*Pronunciamento feito na EMERJ, dia 1º/4/2005, por ocasião da abertura do Curso de Educação Continuada.

como marco poderoso a Constituição de 1988 que estimulou, via do respeito ao princípio da dignidade humana, o advento da legislação protetiva do consumidor, com a facilitação do acesso ao Judiciário; a edição do novo Código Civil, reforçou a aplicação do princípio da boa-fé objetiva, exponenciando o papel da empresa no cenário social, além do enfrentamento, como consta da Lei nº 10.931/04, de questões tormentosas, como a dos compradores de imóveis para a sonhada aquisição da casa própria, mediante a sistemática da incorporação, cujas hipotecas impediam o registro de escrituras, transformando o adquirente num proprietário não-dono, tendo em vista a força constitutiva do registro.

Neste diapasão, consolidaram-se teorias socioeconômicas, já aplicadas em outras partes do mundo, tendentes à preservação da empresa, como repositório de oportunidade de desenvolvimento sustentável, seja mediante a manutenção das atividades-fim, que interessam à economia dos Estados, seja pela garantia do emprego, com os consectários psicossociais mantenedores da paz e da dignidade do cidadão.

A vinda a lume da Lei nº 11.101/05 não surpreende os profissionais do direito, seja de que ramo forem, porque, a exemplo do que vem ocorrendo de forma antecipada pela EMERJ, os especialistas em matéria falencial já acompanhavam as etapas de discussão legislativa deste diploma, examinando os projetos e seus substitutivos, adiantando-lhes as análises e estudos, em geral, com aplicação, até, dos princípios que se amoldassem às regras do vetusto Decreto-lei nº 7.661/45, que, segundo os mais destacados autores e comentaristas da Lei de Quebras, já não atendia às necessidades regulatórias deste particular, tão sensível, do universo empresarial e creditício.

Constam do relatório do Senador Ramez Tebet as considerações justificadoras desse passo legislativo de coragem. Com efeito, o quadro econômico, inaugurado com as medidas reorganizadoras de Bretton Woods, quando se criou o FMI, na década de 40, mudou drasticamente, desconfigurando-se a ponto de tornar inexistente a realidade sobre que se debruçara Trajano de Miranda Valverde, autor do monumento em que se transformara o Decreto-lei de 1945. Agora, trata-se de dar condições às empresas viáveis de se mante-

rem vivas, criando-se a opção recuperatória. Prevê-se, ainda, dentro de objetivos econômicos mais largos, a redução de custos financeiros, como resultado de maior rapidez e eficiência nas execuções de garantias (prevalência, por exemplo, na recuperação judicial, conforme o art. 49, § 3º, da Lei que se encontra em **vacatio**, das condições contratuais originárias com respeito a créditos garantidos por alienação judiciária ou decorrentes de arrendamento mercantil). São teses sobre as quais os esperados expositores certamente deitarão luzes e elucidarão as dúvidas, até em face das imperfeições legislativas que a nova Lei contempla.

Magistrados, promotores de justiça, advogados, defensores públicos, professores de direito se defrontam com uma alteração de fundo filosófico. Da escatologia do art. 1º, do D.L. 7.661/45, *“Considera-se falido o comerciante que, sem relevante razão de direito, não paga no vencimento obrigação líquida, constante de título que legitime a ação executiva”*, salta-se para a esperança recuperatória do art. 1º, da Lei nº 11.101/05, recém-editada. *“Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a falência e a recuperação extrajudicial do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor”*.

Além deste manto da alteração filosófica, que passa a privilegiar as medidas de manutenção das empresas viáveis, afastam-se as tentativas aventureiras de converter pedido de falência em cobrança coativa, o que, segundo os nossos juizes de varas empresariais, já vinha ocorrendo em, pelo menos, 90% dos pedidos desta natureza. Agora, só se admite o decreto de falência se o montante que constar do título for superior a 40 salários mínimos (art. 94, I, da Lei nº 11.101/05).

Tenho particular interesse em conceber como uma empresa que, embora viável, estando em processo de crise financeira e organizacional, vencerá as complexas etapas dos artigos 50 até 54, da nova Lei, optando entre concessão de prazos, cisões, incorporações, alterações de controle, aumento de capital, reduções salariais, constituição de sociedade de credores; com o que demonstrará a viabilidade do plano de recuperação, e conseguirá implementar o seu propósito.

Aproveito minha experiência de professor e magistrado com algumas décadas de exercício no direito penal para acrescentar que

também eu estarei atento aos ensinamentos que virão sobre as alterações introduzidas nas disposições especiais deste ramo, cuja adequação aos critérios de boa técnica legislativa foi objeto dos trabalhos no Congresso Nacional, descrevendo-se os tipos com maior propriedade e agravando-se penas, certamente, para efetivar o caráter preventivo que deve presidir a proposta punitiva na matéria.

Vejo com bons olhos a fórmula remissiva ao Código Penal e ao Código de Processo Penal dos artigos 182 e 185, da nova Lei, que lança o aplicador do direito aos métodos regulatórios prescricionais das nossas tradições técnicas, bem como ao procedimento sumário, após o recebimento da denúncia, e torna mais simplificado o atuar de juízes, promotores e defensores.

Não é conveniente que, dando asas aos meus sonhos e entusiasmos, me estenda em comentários que serão lançados pelos ilustres e competentes expositores, que todos anseiam por ouvir. Mas devo lembrar que, em breve conclusão, nós todos estamos imbuídos dos propósitos de aprimoramento dos instrumentais de nosso ofício, atendendo não a desejos e inclinações meramente acadêmico-diletantistas, mas cumprindo com o mister incessante de estudar, para devolver ao cidadão que vier em busca de nossos serviços, o que de melhor se puder entregar a ele, tendo por farol o princípio do *"Suum quique tribuere"*, ou seja, dar a cada um o que é seu. E, mais uma vez, a EMERJ, com seus juízes, sai na frente.

Expresso, aqui, votos sinceros de pleno êxito neste magistério que ora se inicia.☐

Considerações Sobre a Origem e Natureza Jurídica do *Impeachment*

Marcus Faver

Desembargador do TJ/RJ

Conselheiro do C.N.J.

I - INTRODUÇÃO

No momento em que o país se defronta com grave crise política, com possibilidade de evolução para uma séria crise institucional, parece-nos oportuno relembrar algumas considerações sobre o *'impeachment'*, sua natureza jurídica e sua evolução histórica, e retirar do ostracismo antigas anotações acadêmicas sobre o tema.

O instituto duramente criticado por muitos anos, por ser considerado incapaz de, no presidencialismo, solucionar as crises institucionais, particularmente, quando referente ao *'impeachment'* do Presidente da República, vem, ultimamente, e em especial após o "Caso Collor" no Brasil, "Watergate" e "Clinton" nos Estados Unidos e a crise na Argentina, ganhando maior relevância e estudos mais aprofundados, mesmo porque se o instituto falhar a "revolução" ou golfadas autoritárias passam a ser eventuais sucedâneos como remédios para os conflitos institucionais, como tem demonstrado a história, ao lado de outras ocorrências trágicas (renúncia, suicídio, fuga etc.).

Não se pode, todavia pensar no *'impeachment'* como um veículo de incrustação ou exacerbação de crise ou venditas políticas, mas, sim como um remédio institucional e heróico para debelar graves crises políticas, eventualmente ocorridas nos diversos entes federativos. Ele deve representar um aperfeiçoamento do regime democrático. Só assim e com essa filosofia ele se justifica.

II – HISTÓRICO

1) O “*impeachment*” inglês e o americano

Parece fora de dúvida que o ‘*impeachment*’ tenha nascido na Inglaterra como uma instituição mediante a qual a Câmara dos Comuns formulava acusações contra os Ministros do Rei, e a Câmara dos Lordes as julgava. A Câmara Baixa era assim, como ainda é hoje, o tribunal de acusações, enquanto a Câmara dos Lordes funcionava, como também é hoje, como corte de julgamento.

A data exata do surgimento do ‘*impeachment*’ é profundamente discutida. Entendem alguns que ele ‘se desdobra do crepúsculo do século XIII ou XIV, à madrugada do século XIX’ (Paulo Brossard – “O *Impeachment*” – **Globo** – 1965).

Alex Simpson – **A Treatise on Federal Impeachment**, Philadelphia, 1916, p. 5 – afirmando que os autores discordam sobre a época do surgimento do instituto, relaciona o ‘*impeachment*’ de David, em 1282, como o primeiro, seguindo-se o de Thomas, Conde de Lancaster (em 1322), o de Roger Mortimer, o de Simon de Beresford (em 1330), o de Thomas de Barclay (em 1350) e o de Richard Lyons e o de William Lord Latimer (em 1376).

No trabalho do Prof. Pinto Ferreira, citando Harold Laski, ele afirma que o primeiro ‘*impeachment*’ ocorreu em 1326 com Eduardo III. Nessa época teriam surgidos os casos mais famosos de Latimer e Neville, nos quais os tratadistas vão buscar a sua origem, vindo depois, o de Pole (1386), o do eminente filósofo e estadista Bacon, o de Mompeson em 1621, o de Duque de Buckingham em 1627, o do Conde de Strafford em 1640, o de Warren Hastings em 1787 e o de Lord Merville em 1805 (Pinto Ferreira, **Direito Constitucional**, p. 350/351).

O fato é, conforme menciona Paulo Brossard, que não é fácil dissertar a respeito do instituto inglês, precisando-lhe as características e as épocas, pois elas mudaram ao longo do tempo e o próprio instituto sofreu um grande período de recesso:

*“Após longo período de hibernação, durante o qual, e por isso mesmo, prosperou o **bill of attainder** que era uma condenação decretada por lei, uma lei-sentença, odiosamente pessoal e retroativa, no juízo de Esmein, o ‘*impeachment*’ ressurgiu com pujança. Passou a ser admitido nos casos de ofensa à*

Constituição inglesa por crimes muitas vezes difíceis de definir na imprecisão dos textos”.

“Se originariamente o **‘impeachment’** foi processo criminal que ocorria perante o parlamento, para que poderosas individualidades pudessem ser atingidas pela Justiça e supunha infração prevista em lei e com a pena em lei cominada, cedo ficou estabelecido que, embora os Lordes estivessem ligados à lei quanto à determinação do delito, em se tratando de crimes capitais, eram livres para escolher e fixar penas, que podiam variar da destituição do cargo à prisão, ao confisco, à desonra, ao exílio e à morte.” (Paulo Brossard, ob. citada).

“Expandindo-se, passou a ser livremente admitido em relação à **high crimes and misdemeanors**, crimes e atos que não constituíam crime, mas faltas consideradas prejudiciais ao país, independentemente de enunciação ou caracterização legais”.

“Desta forma, sem deixar de ser criminal a jurisdição, o processo ganhou vastas dimensões políticas. Sofreu ele real metamorfose, que é registrada pela generalidade dos autores, não faltando quem sustente que há certo tempo o caráter político sobrepujou o aspecto judiciário.” (idem).

O que nos parece importante nessa análise é estabelecer a diferenciação entre o *impeachment* nascido na Inglaterra e o adotado nos Estados Unidos da América, e que de lá serviu de exemplo para a legislação brasileira.

Abolindo o *“bill of attainder”* e adotando o *impeachment*, os americanos racionalizaram o instituto inglês, expurgando-o dos aspectos excepcionais e, por vezes odiosos que, historicamente, a ele se ligavam.

Na verdade, quando os constituintes americanos da Filadélfia adotaram o *impeachment*, ele já havia sofrido na Inglaterra uma extensa evolução, ganhando relevo o aspecto político sobre o criminal, “limitando em seu alcance quanto às pessoas, restrito no que concerne às sanções, desvestido do caráter criminal que fora dominante, expurgando de certas características anciãs, o *impeachment* quando na Inglaterra chegava à senectude, ingressava no elenco das jovens instituições americanas” (Brossard, p. 31).

Na Inglaterra o *impeachment* “atinge há um tempo a autoridade e castiga o homem, enquanto nos Estados Unidos, fere apenas a autoridade, despojando-a do cargo, e deixa imune o homem, sujeito, como qualquer, e quando for o caso, à ação da Justiça” (Joseph Story, **Commentaries on the Constitutin of the United States**, 5ª, ed, Boston).

Segundo Henry Campbel Black, citado por Pinto Ferreira, “não resta dúvida de que nos Estados Unidos o *impeachment* ganhou natureza puramente política: *The nature of this punishment is political only*” (**Constitution Law** – 3ª ed., p. 139).

Também a lição de Von Holst (**The Constitution Law of the United States**, p. 158):

“Impeachment is a political process. The decision as to what the law is made by the powers wich act in this process as accuser and judge, inasmuch as they carry out the constitucional provision in accordance with the interpretation which seems them just. There is no appeal from their decision.”

Vê-se, pois que, nos Estados Unidos, inquestionavelmente, o *impeachment* tem por fim afastar o agente do cargo, sem prejuízo de outras sanções porventura cabíveis. É, à evidência, processo político com cominação de penas políticas, como o são a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de outro.

Outra característica do *impeachment* americano, e essencial à análise que procuramos realizar, é a sua regulamentação pelos estados-membros da federação. Esse aspecto é tão marcante que James Bryce chega a afirmar que ele resultou imediatamente das Constituições Estaduais, e só mediatamente do direito inglês.

*“O **impeachment** não veio diretamente da tradição inglesa, porém das Constituições da Virgínia (1776) e de Massachussets (1780), que tinham seguido nisso certamente o exemplo da Inglaterra”.* (**The American Commonwealth**, v., 1º, p. 50).

Informa por seu turno Austin F. Mac Donald (**American State Government and Administration**, New York, 1950, p. 253).

“In every State the governor may be removed by process of impeachment. It is customary, however, to use this power only when some very serious offense is charged – flagrant abuse of authority, for example, or downright, dishonesty. Where inefficiency is not enough to justify the representation of charges. As a result, only four governors have been removed from office on impeachment charges since the troubled days of reconstruction following the civil war.”

Assim, é necessário acentuar-se que, embora originário do direito público inglês, são marcantes as diferenças entre o *impeachment* inglês que se alastrou por toda a Europa, e o instituto implantado nos Estados Unidos e dali transportado para o Brasil, Argentina e toda a América Latina.

Pelo sistema europeu, vinculado à tradição jurídica britânica, além das penas de caráter político-administrativo, ocorre também aplicação de penalidades civis e criminais, razão pela qual é ele reputado por Duguit como um processo de natureza mista, isto é, político-penal.

Como citado por Paulo Brossard: “Strory já ensinava que o *impeachment* é um processo de natureza puramente política”. Lawrence, tantas vezes citado pelas maiores autoridades, faz suas as palavras de Bayard, no julgamento de Blount: “o *impeachment*, sob a Constituição dos Estados Unidos, é um processo exclusivamente político. Não visa a punir delinqüentes, mas proteger o Estado. Não atinge nem a pessoa nem seus bens, mas simplesmente desveste a autoridade de sua capacidade política.”. Lieber não é menos incisivo ao distinguir o *impeachment* nos dois lados do Atlântico, dizendo que “o *impeachment* inglês é um julgamento penal”, o que não ocorre nos Estados Unidos, onde o instituto é político e não criminal. Von Holst não diverge: “o *impeachment* é um processo político”. É semelhante a linguagem de Tucker: “o *impeachment* é um processo político contra o acusado como membro do governo, para proteger o governo no presente ou futuro”. É conhecida a pas-

sagem em que Black sintetiza numa frase a lição que, desde o século XVIII, vem sendo repetida nos Estados Unidos: “é somente política a natureza deste julgamento”. Ou, como escreveu Tocqueville, num trecho que correu mundo: o fim principal do julgamento político nos Estados Unidos é retirar o poder das mãos do que fez mau uso dele, e de impedir que tal cidadão possa ser reinvestido de poder no futuro. Como se vê, é um ato administrativo ao qual se deu a solenidade de uma sentença.”.

“Na Argentina, que, antes do Brasil, adotou instituições semelhantes às americanas, outra não é a lição dos constitucionalistas. Lá, como aqui, o *impeachment* tem por objeto separar a autoridade do cargo por ela ocupado, independentemente de considerações de ordem criminal. ‘O objetivo do juízo político não é o castigo da pessoa delinqüente, senão a proteção dos interesses públicos contra o perigo ou ofensa pelo abuso do poder oficial, negligência no cumprimento do dever ou conduta incompatível com a dignidade do cargo’.” (Gonçalves Calderon – **Derecho Constitucional Argentino**, B. Aires – 1923 – 3ª ed.)

É também interessante acentuar que, político por excelência, essa vertente foi perdendo, gradativamente o seu objeto, particularmente nos sistemas parlamentares, principalmente em relação aos Ministros, em face dos processos e da técnica peculiar a esse sistema, que permite a destituição dos ministros e dos ministérios por um processo muito mais rápido e eficaz, qual seja, o voto de censura.

Cresce, no entanto, em contrapartida, a sua importância nos sistemas presidencialistas, como fórmula jurídica adequada à responsabilização dos agentes políticos (veja-se o voto do Min. Castro Nunes, *in Rev. Forense* nº. 125, p. 151, no julgamento da Representação nº. 96 – Supremo Tribunal Federal).

Ganham nesse ponto importância às observações de Eduardo Duvivier, **Defesa do Ex-Presidente Washington Luiz**, no caso de Petrópolis 1931, p. 72 a 75, *verbis*: “É interessante observar que, transpondo o Atlântico, o *impeachment* que, como instituição política, se originara na Inglaterra do princípio da irresponsabilidade do Executivo e que, politicamente, se extinguiu com o estabelecimento da sua responsabilidade, sendo substituído pelo voto de censura, ou desconfiança, justifica-se, na América do Norte e nos países da

América do Sul, que lhe seguiram o exemplo, exatamente pelo princípio da responsabilidade do Executivo, como uma sanção política de certos crimes ou delitos, ou de simples falta de cumprimento de deveres funcionais dos órgãos desse Poder; decorrendo do princípio da responsabilidade, o *impeachment* investe-se de efeito semelhante ao do voto de censura, ou desconfiança restringe-se à perda do cargo, acidentalmente, apenas, podendo acarretar a inabilitação para outro; no país de origem, ele guarda em teoria, pois que caiu em completo desuso, o caráter punitivo desses crimes ou delitos; no país para onde foi transplantado, perde esse caráter, passando a função punitiva dos crimes ou delitos para tribunais comuns; corresponde, pois, ao voto de censura, com maior alcance, porque pode trazer a inabilitação para outro cargo público, mas também, como maior garantia para o acusado, porque não basta que este contrarie a política do Congresso, que, também não o pode derrubar por uma maioria ocasional, mas precisa que ele ofenda a lei e que essa ofensa seja verificada na forma e com as garantias de um processo judicial e por um tribunal, que somente poderá condená-lo por dois terços dos seus votos... Adotando o *impeachment*, como um meio de tornar efetiva a responsabilidade do Presidente, seus Ministros, e outros funcionários, tomaram-no, da constituição inglesa, com as garantias, de natureza judicial, do seu processo originário, mas com o efeito político, muito aproximando, do seu último estado de evolução, ao voto de censura – evolução que fora, certamente, o resultado ao princípio desenvolvido, na Inglaterra, na última parte do século XVIII, da independência do judiciário, como elemento particularmente garantidor da liberdade civil.”

2) O *impeachment* no Brasil

Já a Constituição do Império, de 1824, previa o processo de *impeachment*, firmado e aproximado ao instituto britânico.

A Lei de 15 de outubro de 1827, elaborada nos termos do art. 134 da Constituição de 25 de março, dispunha sobre a responsabilidade dos Ministros e Secretários de Estado e dos Conselheiros, sendo de natureza criminal as sanções que o Senado tinha competência para aplicar. Seu escopo, di-lo Paulo Brossard, “não era penas afastar do cargo a autoridade com ele incompatibilizada, como veio

a ser no *impeachment* republicano, a um tempo atingia a autoridade e o homem, em sua liberdade e bens”.

A Constituição de 1891 se orientou pela sistemática norte-americana. A monarquia foi substituída pela República. A federação sucedeu o Estado unitário. O sistema presidencial relegou a tradição parlamentar do Império. A pessoa do Imperador, legalmente inviolável e sagrada, deu lugar ao Presidente da República, legalmente responsável. O *impeachment* deixou de ser criminal, passando a ser de natureza política.

A Constituição de 1934 estabeleceu um sistema complexo de *impeachment*, inclusive com um tribunal especial composto de nove juízes, 3 senadores, e deputados e 3 ministros da Corte Suprema, que daria a decisão final.

A Lei Maior de 34 pouco durou, eis que substituída pela Carta Outorgada de 37, que previa o impedimento, mas que não teve qualquer significado ante a dissolução do Congresso.

A Constituição de 1946, bem como as de 67, 69 e 88, regulou o problema do *impeachment*, vinculando-o aos chamados crimes de responsabilidade do Presidente da República. Anote-se que, em qualquer dos textos constitucionais após a redemocratização, foi utilizada a palavra “impedimento” ou ‘*impeachment*’. Todos eles mencionaram a suspensão do Presidente de suas funções, uma vez declarada procedente a acusação pelo voto de 2/3 da Câmara dos Deputados.

2.1) A nomenclatura constitucional, a expressão inglesa e o conceito atual

Com base nas expressões constitucionais e no significado gramatical do termo na língua inglesa (impedimento, denúncia, acusação), alguns doutrinadores vêm entendendo que o *impeachment* significa apenas o *afastamento provisório* do agente político do cargo que ocupa.

Por esta razão Tito Costa (ob. citada p. 11) afirma que “não resta nenhuma dúvida que, com o *impeachment*, objetiva-se o afastamento provisório da autoridade política, pelo órgão político correspondente (as assembléias populares), a fim de preservados o cargo e as funções políticas que lhe são inerentes, possa responder criminalmente pelas falhas cometidas, perante o Poder Judiciário”.

Na verdade e a rigor, por *impeachment* se entendia, apenas, a acusação formulada pela representação popular, ou seja, a primeira fase do processo de responsabilidade que, no sistema brasileiro, terminaria como o afastamento provisório da autoridade processada (Paulo Brossard ob. citada, p. 11).

Gabriel Luiz Ferreira, com acuidade, afirma que “a palavra *impeachment* não foi ainda introduzida na linguagem de nossas leis, mas é certo que, passando da jurisprudência inglesa para a tecnologia universal do direito público, tem a significação geralmente conhecida, e serve para designar todo o processo especial a que são sujeitos os altos representantes do poder Público pelos crimes e abusos que cometem, no exercício de suas funções governamentais.” (I.A.B., Dissertações, p. 231).

Ao nosso sentir, nos dias atuais, principalmente em razão do Caso Collor a expressão se popularizou e, pelo mesmo vocábulo se designa hoje comumente não só o processo político que começa e termina no seio do Poder Legislativo, como ainda o *impedimento definitivo* do agente político.

Por tais considerações, pensamos que razões não assistem a Tito Costa e Hely L. Meirelles, ao afirmarem a inexistência de *impeachment* em relação aos Prefeitos Municipais após a vigência do Dec. Lei nº. 201/67. O conceito do instituto ganhou elasticidade no direito brasileiro, passando a significar, como acima afirmado, não só o afastamento provisório, originário, como a denominar todo o processo de impedimento do agente político, como ainda o afastamento definitivo da autoridade do seu cargo. (Vejam-se: os dicionaristas Pedro Nunes, **Dicionário de Tecnologia Jurídica**, Koogan Larousse e Aurélio Buarque de Hollanda; e os doutrinadores Paulo Brossard, **O impeachment**, p. 12; Carlos Maximiliano, **Comentários à Constituição de 46**, p. 257, v. II; Pinto Ferreira, **Curso de Direito Constitucional**, V., p. 351. Ovídio Bernardi, **Responsabilidade dos Prefeitos Municipais** etc.).

2.2) Diferenças entre o *impeachment* americano e brasileiro

Conforme perfeita análise de Carlos Maximiliano em parecer encontrado a fls.108/114 da **Rev. Forense** nº. 25, o *impeachment* é

uma instituição inglesa, adotada nos Estados Unidos e dali transportada para o Brasil. Na grande República norte-americana, graças ao respeito pela independência dos poderes constitucionais, o Presidente só é afastado do cargo depois de condenado definitivamente. No Brasil, desde 1890, sempre houve duas fases no *impeachment*: a primeira, concluindo com uma decisão da Câmara, semelhante à pronúncia usada no Juízo Criminal comum; a segunda, perante o Senado, ultimada com a absolvição ou condenação definitiva". Entre nós, houve mais rigor do que nos Estados Unidos: uma vez que admitida a acusação por 2/3 (dois terços) da Câmara, já o Presidente deixa o exercício das suas altas funções.

Aliás, Viveiros de Castro (**Estudos de Direito Público**, cap. IX), chama a atenção para uma outra diferença entre o sistema americano de *impeachment* e o nosso, mostrando que aqui houve, por exigência constitucional, a prévia definição das chamadas infrações político-administrativas ou dos crimes de responsabilidade civil, seu processo e julgamento, o que não ocorre na América. Ainda que, com inegável conteúdo subjetivo na descrição de seus incisos estão definidos hoje no art. 85 da Constituição de 1988. Essa característica nacional foi apontada como benéfica por João Barbalho, em seus clássicos Comentários à Constituição Federal Brasileira, da seguinte maneira:

"O estatuto brasileiro especificou os crimes de responsabilidade; e foi além: exigiu que o primeiro Congresso ordinário, na sua primeira sessão, os definisse em lei especial. Esse dever foi cumprido. E de outro modo deturpar-se-ia o regime presidencial, podendo as Câmaras, sob qualquer pretexto, demitir o Presidente: dar-se-ia incontestável predomínio delas. A posição do chefe da nação seria coisa instável e precária, sem independência, sem garantias."

Diante desse quadro é preciso atentar-se para o perigo de se fazerem comparações, sustentações ou argumentações com base em textos ou doutrinas alienígenas, sem perceber que são consideráveis as diferenças entre um instituto e outro.

Não procedem também os argumentos de Tito Costa e Hely Lopes Meirelles, ao analisarem o *impeachment* de Prefeitos, isso porque deixando, como deixou, o Dec. Lei 201/67, a cargo dos Estados a fixação do rito (art. 5º), cada uma das unidades da federação pode perfeitamente estabelecer o afastamento provisório tão logo seja aceita a denúncia pela Câmara. Aliás, foi isso exatamente que fez o Estado do Rio de Janeiro, prevendo em sua antiga Constituição (art. 214 § 4º) e posteriormente em sua Lei Orgânica Municipal (Lei Complementar nº. 1, de 17/12/75, art. 103 § 5º) possibilidade do afastamento provisório do Prefeito de suas funções, ou seja, estabelecendo a figura do *impeachment* gramatical e histórico de Tito Costa e Hely Lopes Meirelles.

2.3) A imprecisão tecnológica e suas conseqüências

A atual Constituição da República Federativa do Brasil, em seus artigos 85 e 86 dispõe:

“Art. 85 – São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra:

I- a existência da União;

II- o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;

III- o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;

IV- a segurança interna do País;

V- a probidade na administração;

VI- a lei orçamentária;

VII- o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Parágrafo único – Esses crimes serão definidos em lei especial, que estabelecerá as normas de processo e julgamento.”

“Art. 86 – Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

§ 1º O Presidente ficará suspenso de suas funções:
I – nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;
II – nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal;
§ 2º Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do Presidente, sem prejuízo do regular prosseguimento do processo.
§ 3º Enquanto não sobrevier sentença condenatória nas infrações comuns, o Presidente da República não estará sujeito a prisão.
§ 4º O Presidente da República na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.

Estipula por outro lado, no parágrafo único do citado artigo 85, que esses crimes seriam definidos em lei especial, que estabeleceria as normas do processo e julgamento.

A atual Carta repete, na verdade, o que constava do art. 84 da Constituição de 67 e do art. 89 da Constituição de 1946.

Na esteira desses preceitos constitucionais foi editada, em 10/4/1950, a Lei nº. 1.079, que define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo.

Por essa lei (art. 2º) e pelo próprio texto constitucional se constata que esses “crimes de responsabilidade” são punidos, exclusivamente, com a perda do cargo e com inabilitação para o exercício de outra função pública, por determinado tempo.

Estabelece o texto magno (art. 86) que o Presidente, depois que a Câmara dos Deputados admitir a acusação pelo voto de 2/3 (dois terços) de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, no caso de crime comum ou perante o Senado Federal, no caso de “crime de responsabilidade”.

Sem maior esforço, vê-se, desde logo, que os denominados “crimes de responsabilidade” não são crimes em sentido próprio, uma vez que não há uma pena em sentido criminal. Há uma punição, com a perda do cargo e a inabilitação temporária para função pública.

Se, porém, junto com essa infração que acarreta a perda do cargo, co-existir algum crime comum, crime propriamente dito, o Presidente ficará na dependência de julgamento pelo Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal. Só então, em caso de condenação, poderá sofrer uma punição criminal.

Conforme acentuou com propriedade Hely Lopes Meirelles, em seu **Direito Municipal Brasileiro** (Ed. Rev. Tribunais 1964, em dois volumes), estamos, na verdade, diante de responsabilidade político-administrativa, que é a que resulta de violação de deveres funcionais por parte de agentes políticos investidos nos altos postos de governo, seja federal, estadual ou municipal. Essas infrações, dizia o Prof. Meirelles “impropriamente denominadas de crimes de responsabilidade são punidas com a perda do cargo e a inabilitação temporária para o desempenho de função pública, apuradas através de um processo especial de natureza político-disciplinar e que universalmente é conhecido por *IMPEACHMENT*”.

Essa responsabilidade é distinta da responsabilidade civil e da responsabilidade penal, não obstante poder existir ou co-existir com ambas as responsabilidades. Os atos que ensejam essa responsabilidade político-administrativa nem sempre caracterizam ilícito civil ou ilícito penal, pois, em grande parte das vezes, representam descumprimento de preceitos governamentais, impostos aos agentes políticos como requisitos de uma boa administração.

A infração político-administrativa, impropriamente denominada no texto constitucional e nas leis que se lhe seguiram de “crimes de responsabilidade”, não se confunde também com o chamado “crime funcional”, embora possa derivar do mesmo fato delituoso.

2.4) Crime funcional e “crime de responsabilidade”

Crimes funcionais são aqueles fatos lesivos à administração pública, quando praticados pelos próprios exercentes do cargo, emprego ou função pública, definidos em lei.

Os delitos funcionais são denominados crimes pessoais ou próprios, ou seja, são praticados por pessoa na condição de funcionários em sentido genérico. São os que os práticos chamavam de ***delicta in officio***, isto é, ***delicta propria***, eis que, praticados pelos próprios participantes da atividade administrativa do Estado.

Entre nós, infelizmente, conforme justa crítica de Tobias Barreto, os **delicta in officio** passaram a receber o inadequado nome de “crimes de responsabilidade”. Dizia Barreto que expressão “crime de responsabilidade” era frase pleonástica e insignificante e que deveria com vantagem ser substituída por “crime funcional” ou “crime de função”. (**Obras Completas**, V, VI e VII p. 109/112).

O inolvidável Nelson Hungria, em seus **Comentários ao Código Penal**, v. 9, menciona que a denominação “crime funcional” seria a mais correta e obedeceria inclusive a tradição alemã que serviu de subsídio na elaboração de diversos pontos do Cód. Penal Brasileiro (veja-se a exposição de motivos do M. Francisco Campos).

Diga-se, aliás, que o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 556 já fala em “processo de delitos comuns e processo de delitos funcionais”, reconhecendo expressamente a terminologia adequada para explicitar tais tipos de infrações penais.

O Professor José Frederico Marques, no seu trabalho “Observações e apontamentos sobre a competência originária do S.T.F.”, datado de 1961, observava que a expressão “crime de responsabilidade” entrara na Constituição sem exato conceito técnico ou científico e que os ilícitos, em que ela se desdobra, não constituem ilícitos penais e sim ilícitos administrativos ou ilícitos políticos, sem embargo do **nomen juris**.

Por seu turno, Tito Costa, em seu tradicional **Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores**, Ed. Rev. Trib. 1979, afirma que a expressão “crimes de responsabilidade”, apesar de ser hoje usual e reconhecida em seu termo de direito, revelava-se locução desrevestida de sentido técnico, e verdadeira corruptela. Referia-se, na verdade, a responsabilidade criminal dos Prefeitos da qual a responsabilidade civil, e mesmo a político-administrativa, podiam vir a ser conseqüência, não obstante independentes umas das outras. Afirma, ainda, que foi a Carta Constitucional do Império de 25/03/24 que primeiro falou sobre a atribuição exclusiva ao Senado para conhecer da “responsabilidade” dos secretários e conselheiros de Estado.

O ex-senador e ex-ministro do STF Paulo Brossard de Souza Pinto, em seu clássico e precioso trabalho **O Impeachment**, Ed. O

Globo, 1965, afirma “que esta falha de lei básica que, reiteradamente se refere de modo equívoco a crimes de responsabilidade, ora no sentido de infração política, ora na acepção de crimes funcional, tem concorrido para a defectiva sistematização do instituto concernente à responsabilidade presidencial” (p. 59).

“Quando motiva o *impeachment*, por exemplo, caso em que sem dúvida a despeito do *nomen jûris* que lhe dá o Código Supremo e a Lei que lhe é complementar, o ilícito a ele subjacente não é penal. Se o crime de responsabilidade não é sancionado com pena criminal como delituoso, não se pode qualificar o fato ilícito assim denominado, pois o que distingue o crime dos demais atos ilícitos é, justamente, a natureza da sanção abstratamente cominada” (Frederico Marques, *ob. citada*, p. 45).

Essa imprecisão conceitual, apesar das críticas levantadas, acabou arraigando-se no direito pátrio e foi colocada não só na Constituição (desde a Imperial), como nas leis posteriores (veja-se minuciosa investigação de Paulo Brossard a fls. 59/64 *ob. citada*), e, para indicar com esse conceito – crime de responsabilidade – as infrações político-administrativas que, cometidas por Presidentes, Governadores, Ministros ou Prefeitos, ensejassem a perda do cargo através do *impeachment*, bem como a inabilitação temporária para o exercício de outra função pública.

Tito Costa, ainda que fazendo crítica ao conceito, acaba por reconhecer que a expressão estaria incorporada ao direito nacional, ainda que sem precisão técnica.

Hely Lopes Meirelles, talvez por ter sido o autor do Dec. Lei 201, já na nova edição refundida em um único volume (1977), do clássico **Direito Municipal Brasileiro**, acaba por acatar, vergando-se às contínuas e inadequadas repetições, como correta a expressão “crime de responsabilidade” para significar “crime funcional especial”. O ilustre professor menciona à página 902 que existem crimes funcionais comuns e crimes funcionais especiais, reservando para estes últimos a denominação de “crimes de responsabilidade”.

Raul Chaves, por seu turno, na tese de concurso na cadeira de Direito Penal da Faculdade da Bahia, denominada “Crime de Responsabilidade”, afirma que “desde o aparecimento da expressão ‘crime de responsabilidade’, no Código Criminal de 1830, essa locu-

ção viciosa com foros de linguagem legislativa, ora aludindo àqueles delitos de que são responsáveis Ministros e Secretários, ora designando certas espécies de crimes comuns definidos no Código de 1830, ou seja, *delicta in officio*, crimes de função, *delicta propria* dos que exercem funções públicas, desde este momento a locução nunca mais foi abandonada. Repetiram-se as leis, os legisladores já citados; a ela recorrem escritores e muitos passaram sem se aperceberem do vício de divulgavam”.

Paulo Brossard menciona, a página 64 da obra citada, que “se aos crimes de responsabilidade, enquanto relacionados a ilícitos políticos, se reservasse à denominação de ‘infrações políticas’, por exemplo, melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação pelo mesmo nome, de realidades diversas”.

III- CONCLUSÕES

Diante da análise aqui realizada, vê-se que há, na verdade, quase que uma uniformidade de pensamento dos abalizados doutrinadores que trataram do assunto a respeito da inadequação do termo “crime de responsabilidade”, inserido na Constituição Federal e nas leis que se seguiram, isso porque, crime de responsabilidade não diz coisa alguma. É “frase pleonástica e insignificante” e tem levado até mesmo o Supremo Tribunal Federal a decisões incongruentes.

Na elaboração jurídico-doutrinária tradicional há uma tendência doutrinária pronunciada, a identificar, ainda que, com algumas variantes, o delito ou crime como sendo a ação humana antijurídica, típica, culpável e punível. Essa conceituação chamada de analítica ou dogmática fez emergir as três faces do ato punível, quais sejam: a tipicidade, a antijuricidade e a culpabilidade. Sem entrarmos na análise mais aprofundada desses conceitos, particularmente no que seja a tipicidade ou antijuricidade, por fugirem ao estudo realizado, o fato é que a culpabilidade é elemento integrante do delito. Diz-se que um autor é culpado se dotado de imputabilidade. Se conhecia ou podia conhecer a antijuricidade de sua conduta e tinha condições de atuar de modo diverso. A imputabilidade, que na nossa lei é confundida com responsabilidade, é a capacidade que possui o ho-

mem de entender o caráter criminoso do fato e conduzir-se de acordo com esse entendimento. Capacidade telectivolutiva, capacidade de culpabilidade da qual é mais um pressuposto do que um elemento. Isso deflui do que está estipulado no art. 22 do Código Penal Brasileiro.

Assim, falar-se em “crime de responsabilidade” nada está a dizer, pois todo crime pressupõe uma responsabilidade do agente. Se esse agente ou autor não tinha responsabilidade, ou em outras palavras, sem que ele seja culpado, sem que ele tenha imputabilidade, não se pode falar em delito.

Dessa, forma, a expressão - crime de responsabilidade – por destituída de significado técnico-científico, deveria ser abolida tanto da Constituição quanto das leis posteriores ou complementares. Ela tem sido a responsável por enganos, interpretações divergentes e contraditórias e urge, conseqüentemente, o estabelecimento de uma conceituação adequada e de correspondente conteúdo científico.

Assim, numa eventual reforma constitucional já aventada para atenuar a crise política hoje instaurada, talvez fosse aconselhável levar em consideração os ensinamentos dos doutos, aperfeiçoando-se o instituto, ainda que mantidas as características brasileiras para o *impeachment*. ☐

Qual o Futuro do Finalismo?

Álvaro Mayrink da Costa

Desembargador do TJ/RJ e Presidente do Fórum de Execução Penal da EMERJ. Professor Titular de Direito Penal da UniverCidade e da Pós-graduação da Universidade Gama Filho

1. CONTRIBUIÇÕES CRÍTICAS

Todo imperativo encerra uma valoração e toda valoração supõe um objeto ontológico. A *intencionalidade*, que mais tarde se denominará *finalidade*, constitui a categoria procurada no objeto no sentido de diferenciar os componentes. A *ação* e a *finalidade*, como conteúdo e categoria da esfera ontológica previamente dada à lei, vinculam o legislador sem que possam ser por ele mudadas. O papel atribuído à ação como integrante daquela esfera ontológica nem sempre parece ser o mesmo. É afirmado que a ação finalmente concebida constitui o pressuposto necessário de toda a ordenação normativa e portanto também da ordem penal.

O caminho para chegar a um conhecimento da esfera ontológica previamente dada, constituída pela ação, estaria exclusivamente na contemplação da ontológica estrutura essencial.

O método de Welzel é claramente o método fenomenológico, e a influência da filosofia do ser de Hartmann, que emprega tal método, se manifesta na profundidade do exame do dano. Welzel se propõe não somente a contemplar fenômenos em suas conexões essenciais, mas também a descobrir as "*estruturas ontológicas essenciais*".

É claro que o que se dá ao conhecer estará constituído pela "ação" explicitamente acolhida pela lei com base na regulação

positiva; o objeto a conhecer não é a ação, senão a “ação” na lei penal.

Segundo o exemplo de Bochenski, em relação a um triângulo de madeira, quem se interessar por sua qualidade geométrica contemplará somente como essenciais as propriedades geométricas e dirá que neste objeto somente são essenciais os três lados, os três ângulos etc.

Ora, a ação tem uma estrutura autônoma, independentemente da designação que queiramos lhe dar. Como o que nos importa conhecer se nos apresenta em forma de um termo legal – a “ação” –, deveremos ter em conta a natureza *simbólica* do nosso objeto gnosiológico. A norma somente está vinculada à ação, porém o legislador a tem acolhido expressamente como pressuposto de seus imperativos.

É cabível indagar: *Se o conhecimento da ação é um conhecimento indireto, seria admissível a aplicação do método fenomenológico representando o principal instrumento do conhecer direto?*

Sabemos que o conhecimento da ação é indireto, não oferecendo lugar à dúvida. Com efeito, demonstrado que o objeto gnosiológico está constituído pela ação descrita no texto legal, todo esclarecimento de um signo será o conhecer mediato. O método fenomenológico seria um meio de conhecimento direto, resultando indubitável, pois se apóia na contemplação espiritual da essência.

É insustentável a separação entre a vontade e seu conteúdo, superando a separação dos elementos objetivos e subjetivos da ação e do injusto, transmudando-o de naturalístico em pessoal.

A questão responde no sentido de que o método fenomenológico seria aplicável sempre que completado com outros instrumentos metodológicos distintos. Em suma, a expressão legal (ação) se referia a uma realidade (ação), e essa realidade somente poderia ser esclarecida através do método fenomenológico. Aceitamos em princípio, para discutir a análise fenomenológica praticada pela doutrina da ação finalista, sua conclusão ao conceber a ação como *supradeterminação final da causalidade*. Importa ter em conta a possibilidade de que a ação, aspecto da realidade, sendo que o sen-

tido do termo *ação* somente seja essencial numa determinada faceta da realidade.

Um exame das dimensões do termo *ação* na lei penal leva a sérias dúvidas de que esta palavra se refira *totalmente* à estrutura essencial descoberta pela análise fenomenológica. Um exame do texto legal mostra a existência de uma série de condutas incriminadas pela lei penal, que ficam fora do *conceito final de ação*, não podendo qualificar-se de *supradeterminações finais da causalidade*.

Só o ato punível corresponde a uma conduta humana, pois só esta poderá realizar o tipo penal. Incumbe à dogmática penal desenvolver o conceito de *ação*, excluindo inicialmente da consideração penal todos os sucessos não produzidos pela pessoa humana; deve o conceito ser amplo para abarcar *todas* as formas de conduta humana que realizam o tipo. Assim, a conduta poderá realizar-se de distintas maneiras, desenvolvendo-se a necessidade de um *conceito unitário* para todos os atos puníveis, salientando-se que só é punível uma *ação* (dolosa ou negligente). O conceito de *ação* deve desempenhar funções determinadas e daí um conceito finalista. O conceito de *ação* deve ser um conceito jurídico independentemente da concepção dos diversos tipos. A teoria da *ação* e do conceito de *ação* situa-se fora da teoria do tipo e da teoria de distintos tipos. Portanto, ao realizar a *ação*, um tipo penal da parte especial se converte em *ação típica*. A teoria finalista afirma que o conceito jurídico de *ação* não pode renunciar ao que pertence ontologicamente à *ação*. As vertentes se abrem na disputa acerca do que pertence ontologicamente à *ação*.

Diz Baumann que não se pode fundamentar o conceito de *ação* em puras especulações sobre a vontade humana ou que o conceito jurídico de *ação* deva conter o conceito ontológico. O Direito atua de forma soberana determinando sujeitos, objetos e formas de conduta. Logo, admitido que o *conceito de ação* é um *conceito jurídico*, fica excluída toda vinculação com o *conceito ontológico de ação*.¹

¹ Welzel sustenta que a *ação* humana só pode ser concebida como algo finalista. Lembra-se dos três atos: primeiro, Caio fixa o *fin* do atuar; depois, elege os meios para realizá-lo e conseguiu-los e, por último, leva em conta as *conseqüências* ao produzir-se a realização. Este conceito ontológico da *ação* deve ser o do Direito (Welzel) ou deve estar contido no conceito jurídico da *ação* (Maurach, § 16, I, A, 1).

Sabemos que há condutas humanas *desprovidas de objetivos*, como as reações primitivas não dirigidas (ataques de fúria, movimentos habituais, acessos sexuais impulsivos), faltando uma eleição consciente dos meios (convulsão). A pessoa humana reflexiona em relação às conseqüências acessórias e aos meios a utilizar. É de lembrar: ***Quiquid agis, prudenter agas et respice finem*** (uma conduta penalmente relevante e socialmente prejudicial).²

A afirmação de que a estrutura da ação a que se refere o termo *ação* deva ser examinada conforme a análise fenomenológica torna-se uma realidade. O exame fenomenológico praticado pela doutrina finalista é correto na sua conclusão de conceber a ação como *supradeterminação final da causalidade*, procedendo à averiguação da *essência da ação*. A ação referida no texto legal difere da ação no sentido ontológico, sem que signifique a negação desta última, importando completar o método fenomenológico que mostra a realidade (*ação*) a que a expressão legal (*ação*) aponta, com um proceder metodológico distinto, que descubra o sentido que a ação tem no texto legal. Em suma, a lei, em princípio, ao falar da *ação*, refere-se a uma realidade que pode ser essencialmente contemplada. Por autorizado setor da doutrina da ação finalista, tem-se reconhecido a existência de um conceito jurídico e, inclusive, jurídico-penal de ação, distinto do ontológico. Da sistemática do direito positivo e, especialmente, das leis penais, se observa a mudança do conceito jurídico e, mais precisamente, do jurídico-penal da ação.

Na ampliação do âmbito do conceito ontológico de ação, a *doutrina causal* o privara da característica essencial da *finalidade*, objeto da entrada das condutas negligentes no *conceito jurídico de ação*, e a doutrina da ação finalista sustara a característica essencial da atividade, a fim de incluir as omissões puníveis.

Para as teorias causalistas o agir é causar um resultado, pois tal concepção tem um sentido naturalista no modelo do positivismo filosófico. Encerra essa realidade limitada aos fenômenos sensorialmente perceptíveis, sendo indissolúveis da noção de nexos de causa-

² Cf. Baumann, **Derecho Penal (Grundbegriffe und System des Strafrechts)**, 4ª ed., 1972, I, 94-97.

lidade. Repita-se que seus elementos são: *vontade, conduta e resultado*. Tal limitação cria barreiras teóricas e práticas referentes à tentativa, à omissão e ao injusto negligente. Para o causalismo o conteúdo da vontade deve ser examinado na teoria da culpabilidade. Os esforços de Mezger mostram o artificialismo das soluções aventadas como ao explicar que no conceito de ação estava compreendido o resultado e que nos delitos omissivos teríamos uma ação *real*; e nos omissivos, o seu equivalente seria uma *ação esperada*. A ação humana (*vontade e consciência da vontade*) não se constitui em mero acontecimento causal, é ontologicamente finalista.

A composição volitiva e a vontade da ação, com a conseqüente inclusão do resultado do tipo, não parecem ser compartilhadas por Welzel. Assim, para ele a ação se produz em duas etapas: **(a)** *na esfera ideal*, integrada pela antecipação do objetivo a ser atingido, isto é, a seleção dos meios e a consideração dos efeitos acessórios; **(b)** *no mundo atual*, consistente na realização que determina o resultado. É que, para Welzel, o *resultado pertence à ação*. A ação, segundo Welzel, não compreende somente a manifestação volitiva e a *vontade*, mas também o *resultado* como ponto último da realização da finalidade do mundo exterior.

Maurach, ao distinguir a *ação em sentido ontológico* da *ação em sentido jurídico-penal*, coloca ao lado da ação da vida cotidiana a existência da ação como fenômeno no Direito Penal (manifestação volitiva conduzida pelo querer). Assim, a manifestação volitiva e a vontade compõem a ação no Direito Penal, passando o *resultado* a englobar o tipo.

A inclusão do elemento *resultado* na ação ou no tipo é da maior significação dentro da doutrina da ação finalista. Na ação o legislador não é livre, achando-se submetido às estruturas ontológicas; na configuração do tipo, pelo contrário, é soberano. A ação representa uma estrutura ontológica, cujas características essenciais devem ser acolhidas pelo legislador como pressuposto das reações penais. O *resultado* constitui, pelo contrário, um puro e simples produto em que o legislador engloba a ação, motivado em razões de política criminal. *A ação constitui o pressuposto do delito que deve ser examinado antes da tipicidade e que subsiste ainda quando desapareça o resultado*. A doutrina tradicional inclui a ação no resulta-

do, esquecendo o artificial da conexão entre este e aquela, o que independe, segundo Maurach, de que a ação possa desempenhar seu papel de *pressuposto* de todos os delitos.

A segregação do *resultado* da esfera da ação e a sua inclusão no tipo não só é objetivada na ordem dos princípios, como também em razão das conseqüências a que conduz. Não seria totalmente correta a conclusão a que se chega de que o legislador está submetido à estrutura ontológica na ação, mesmo que esteja plenamente livre na configuração do resultado. Também o *resultado* está submetido ao legislador e à determinada estrutura derivada da própria natureza das coisas (v.g.: existe aborto, tanto no caso de destruição do fruto da concepção no ventre materno como na expulsão prematura e violenta daquele).

A ação humana no finalismo possui dois elementos: *vontade e manifestação da vontade*. O resultado não faz parte do conceito de ação, sendo objeto de análise na teoria do tipo para o exame do crime consumado. O conceito de ação é unitário e se constitui em atividade final.

O sistema finalista e o tradicional coincidem porque ambos estruturam o delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, diferindo entre si no conteúdo que dão a esses elementos. Para a direção causalista, o tipo do fato doloso e o do negligente são idênticos (ação, causalidade e resultado), pois a distinção entre crime doloso e negligente não se estabelece até chegar à culpabilidade, onde se examinará se a vontade do autor está dirigida ou não ao resultado típico.

O finalismo distingue o tipo entre delitos doloso e negligente. A causalidade entre comportamento e resultado obriga a examinar no tipo o *conteúdo da vontade*: **(a)** se o autor quis o resultado fará o tipo doloso; **(b)** se não for esse o caso fará o negligente atuando de forma negligente, imprudente ou imperitamente.

Para o finalismo, o que a presença ou a não presença do dolo condiciona não é a exclusão da forma dolosa de culpabilidade da ação típica e antijurídica, mas a inexistência de tipicidade dolosa.

O *dolo finalista* não é o da teoria tradicional. O dolo da teoria tradicional é o ***dolus malus*** e o do finalismo é o *dolo neutro*. Na concepção causalista o ato punível não pode ser doloso, por falta de

conhecimento de algum elemento do tipo (v.g.: Caio toma uma coisa perdida crendo que tinha sido abandonada, por falta de consciência da antijuridicidade). Na esfera da culpabilidade existem notáveis diferenças entre os sistemas tradicional e finalista. Pelo método finalista chega-se, antes da tipicidade, ao dolo, do que por outro sistema. O finalismo não abandona a tradicional tripartição: *tipicidade*, *antijuridicidade* e *culpabilidade*, e nem introduz ou suprime novos dados, mantém os mesmos, porém separando-os e os redistribuindo de outro modo entre os três estágios da teoria do injusto.

Além das conseqüências de ordem expositiva e didática que acabamos de referir, do finalismo derivam também conseqüências materiais. Se o tipo do delito doloso compreende, como ulterior e novo elemento, o *conteúdo da vontade*, é claro que ali se vinculam conseqüências jurídico-penais na existência do comportamento típico, que poderão chegar a soluções distintas nas teses tradicional e finalista.

Veremos a repercussão do finalismo na *teoria da participação*:

a) Crimes especiais próprios, ou seja, aqueles que, além de restringir o âmbito de possíveis autores, não têm correspondência com outro em comum. A bigamia e a revelação de segredos por funcionários públicos são crimes especiais próprios. Imaginemos que Caio convence Tício, casado, de que seu matrimônio anterior é nulo, e que, por conseguinte, nada impede que contraia novo matrimônio com a mulher Mércia. Ou imaginemos que Caio, que na realidade não tem notícias de nenhuma matéria, faz crer ao funcionário Tício que conhece determinada matéria reservada. Tício inicia assim uma conversa sobre esses segredos sem dar-se conta de que desta maneira os estará revelando pela primeira vez a Caio. Para a teoria tradicional, é fato fundamental a responsabilidade de Caio. Para o finalismo, em troca, essa responsabilidade não pode existir em nenhum caso. A participação reprovável do indutor, co-autor executivo, cooperador necessário ou cúmplice, é punível porque supõe a contribuição a um delito cometido pelo autor principal. As características gerais (antijuridicidade e culpabilidade), que devem concorrer num fato principal para que possa entrar em jogo a responsabilidade por participação criminosa (problema da *acessoriedade*). O

que comete o autor principal deve ser pelo menos típico: se a ação que esse executa não está sequer prevista no Código Penal, então não pode haver responsabilidade alguma dos que contribuíram para que tivesse lugar um fato penalmente atípico.

Assim, a pessoa que contrai o segundo matrimônio crendo, sem estar certa, que seu anterior matrimônio é nulo, não atua dolosamente e, portanto, tipicamente, inexistindo o tipo de bigamia. Por este mesmo motivo, o funcionário que sem saber revela os segredos de que tem conhecimento por razões de seu ofício, tampouco realiza o tipo para o finalismo. Não tem tipicidade, pois falta base para a construção de uma responsabilidade por participação.

A outros resultados poderia chegar a doutrina tradicional. O que falta ao dolo em um comportamento de revelação de segredos não afeta a atipicidade, senão a culpabilidade da ação tipicamente antijurídica; ainda assim, o dolo existe num fato principal típico podendo derivar a responsabilidade do agente.

A *vexata quaestio* se baseia em termos tão radicais e extremos de punição ou impunidade, precisamente nos tipos especiais próprios. Por conseguinte, a alternativa será: **(a)** aquele que provoca o engano responde como participante de uma violação de segredos ou de uma bigamia (solução que somente pode ser admitida na teoria causalista do delito) ou **(b)** não existe responsabilidade penal (tese que se vê obrigado a acolher o finalismo).

Enquanto a *doutrina psicológica* entendia que a culpabilidade consistia num vínculo intelectual entre o autor e o resultado e que, por isso, fracassava ao tentar explicar a culpabilidade pela negligência inconsciente, visto que inexistia qualquer vínculo com o resultado, e que este nem sequer fora previsto, a *doutrina normativa* estima que a essência da culpabilidade traduz uma reprovação do autor que, apesar de poder distinguir entre o justo e o injusto e de poder atuar dentro de tal conhecimento, realiza comportamento antijurídico. Sobre a base da concepção normativa, o *finalismo* reexamina o conteúdo da culpabilidade, de um lado, chegando à conclusão de que a *consciência da ilicitude* deve permanecer na *culpabilidade*, diante do conhecimento do injusto, e de outro, o *conhecimento e a vontade dos elementos do tipo*.

A vontade de realizar o tipo (a intenção de cometer um aborto) não gera o juízo de reprovabilidade do ato, visto que a *intenção* não é elemento, mas *objeto* do juízo de reprovação. O aborto voluntário não será reprovável **per se** por falta de *consciência da ilicitude* de seu autor ou se, apesar de conhecer que o ato é punível, não fosse possível atuar de acordo com o Direito (v.g.: medo insuperável). Diz Ordeig que nos exemplos citados a doutrina finalista deduz suas conseqüências do campo normativo da culpabilidade.

Logo, (a) *para o finalismo o dolo requer conhecimento e vontade do resultado típico, ao passo que para a tese tradicional, seria exibido o conhecimento e a vontade desse resultado, isto é, a consciência da reprovabilidade do atuar* (v.g.: Caio acha uma coisa perdida e dela se apropria com o *fim de lucro*. Para o finalismo haveria um *furto doloso*; todavia, para a doutrina tradicional, que entende o dolo como **dolus malus**, exigiria de Caio a consciência de que seu atuar era proibido).

A teoria finalista tem como patamar inicial a inexistência de um *conceito jurídico-penal da ação*, mas o pretendido conceito ôntico-ontológico concilia. Não haveria, em tese, um *finalismo heterodoxo* ou *ortodoxo*, pois foi o próprio Welzel quem sempre se submeteu à constante autocrítica nas etapas de sua evolução típica. A reforma da Parte Geral do Código Penal brasileiro de 1984 *adotou*, em parte, o finalismo e todas as suas conseqüências. Lembro que não se pode dizer que um código é clássico ou finalista, ressaltando que o finalismo nada tem a ver com a prescrição do **sursis** e do livramento condicional, mas sim com a *teoria do erro*, com a *consciência da ilicitude*, o *concurso de pessoas* e o *elemento subjetivo nas causas excludentes de ilicitude*.

Para que o autor atue tipicamente é imperativo que obre de forma voluntária com dolo ou negligência, sem o que sua conduta é *atípica*. *A culpabilidade, como vimos, é um puro juízo de valor despidido de qualquer elemento psicológico*.

O marco inicial da teoria da ação final fica entre o fato material e a ação humana; o primeiro determinado pela causalidade, na linguagem welzeliana resultado de relações causais cegas; ao pas-

so que a ação humana é o acontecer dirigido pela vontade consciente de seu objetivo-alvo (*espinha dorsal da ação*).³

O mérito da teoria é a unidade hegemônica entre os elementos objetivos e subjetivos do obrar humano como fundamento estrutural objetivo-subjetivo do tipo de injusto. Salienta Juarez Cirino dos Santos que a “*espinha dorsal*” wezeliana compreende: **a)** a proposição do fim (dolo de primeiro grau); **b)** a seleção dos meios de ação para realizar o fim (dolo de segundo grau), com os “*efeitos colaterais necessários ou possíveis*” (incluídos na vontade consciente, na consciência e excluídos da vontade ou excluídos da consciência e da vontade).⁴

Roxin, ao formular sua crítica, afirma que a teoria final da ação, com o seu retorno às estruturas ônticas e à realidade social, fez aproximar a dogmática penal da realidade, devolvendo à teoria da ação e à teoria do tipo “*a plasticidade de verdadeiras descrições dos acontecimentos*”, criando um sistema diferenciado da clássica tripartição positivista-causal e pecando ao retirar o espaço necessário à autonomia das diretrizes político-criminais da dogmática.⁵

Em síntese, para o *causalismo*, a finalidade tem por objeto de valoração o campo da culpabilidade, deixando às outras categorias (tipicidade e antijuridicidade) o encargo da valoração do aspecto unicamente causal do obrar do autor do ato. Porém, só com a *ação final* é que se possui o *pressuposto global da valoração* e a *realização da reação jurídico-penal*.

Correto, Muñoz Conde ao concluir que “*o que importa é, portanto, que o legislador, quando descreve ou tipifica as ações proibidas, o faz pensando na ação não como um simples processo causal, senão como um processo causal regido pela vontade dirigida a um fim*”. Completa dizendo que o que interessa ao juiz penal é a *ação típica*, e esta se constitui em uma *ação final*.⁶

³ Cf. Maurach-Zipf, *Strafrecht*, I, § 16, 41, 202; Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, § 8, I, 34.

⁴ Cf. Juarez Cirino dos Santos, *A moderna teoria do fato punível*, 2000, Freitas Bastos, 2, II, b, 14-19.

⁵ Cf. Roxin, *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*, 2000, Renovar, trad. Luís Grecco, III, 3, 27.

⁶ Cf. Muñoz Conde, *Teoria do delito*, tradução e notas de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado, Fabris, Porto Alegre, 1988, 4, 12 e segs.

A teoria da ação nos conduz ao *conceito de injusto*. Sendo de notar o desenvolvimento da concepção pessoal do injusto nos últimos anos (*Theorie vom personalem Unrecht*). Assim, o ilícito do resultado ficará situado dentro do conceito de ilícito, devendo-se contudo ter cuidado para a tendência normal à incorporação de todos os elementos subjetivos da ação punível no *ilícito da ação*, tornando vazio o conceito de culpabilidade. De outro lado, há o perigo de subjetivação das *causas de justificação*, diante do convencionamento subjetivo do autor sobre a existência de uma causa de justificação. Questiona-se a retirada do desvalor do resultado (delitos de resultado por tipos de perigo concreto e a equiparação da tentativa ao delito consumado).

Observamos que há penalistas que chegam à eliminação do desvalor do resultado pelo conceito de injusto. A chamada *teoria do injusto subjetivo* defende que o ilícito é constituído exclusivamente pelo desvalor da ação (radical), excluindo o desvalor do resultado, que só passaria a ter ressonância na fundamentação da pena (necessidade de reação penal). A meu sentir, *na atualidade a melhor solução está na utilização do ilícito da ação e do ilícito do resultado como componentes paritários no conceito jurídico-penal do injusto*. Somente o conjunto de tais elementos caracterizará o *ilícito do ato*, existindo entre eles uma relação constante. Na divisão do conceito de negligência em elementos do injusto e culpabilidade há decisivas vantagens, não só pela clara separação entre o injusto e a culpabilidade nos atos negligentes, como por identificar a lesão geral de cuidado como ato decisivo.

As respostas aos críticos do finalismo, centradas nas dificuldades pertinentes à ação negligente e à omissão de ação, é dada no sentido de que *“a ação imprudente é definível como uma execução defeituosa no modo concreto de sua realização objetivando um fim lícito, sem as cautelas de diligência. Ao passo que a omissão da ação é imaginada a partir da “ação mandada como acontecimento social constituído pela finalidade de proteger bens jurídicos em situação de perigo”*.⁷

⁷Cf. Juarez Cirino dos Santos, *A moderna teoria do fato punível*, 2, II, b, 19.

2. TEORIA FINAL DO TIPO. POSIÇÕES DE WELZEL E ROXIN

No plano lógico, inexistente um *conceito de ação* que imponha como consequência a aceitação da *teoria da culpabilidade*. Na legítima defesa putativa, no consentimento que erroneamente supõe-se concorrente ou no castigo imposto como correção a um menino que o pai tinha confundido na escuridão com seu próprio filho, Maurach diz que o erro seria evitável e necessária a punição a título de dolo; ao passo que Roxin entende que seria na forma de imprudência (a imprudência consistiria no desvio do curso causal com respeito à vontade do autor que o controla finalisticamente). Todavia para Maurach, nos três exemplos citados, existiria *dolo* por faltar o desvio, entendendo o dolo como *pura supradeterminação de fatores causais materiais*. Tal posicionamento não corresponde ao *conceito final de ação* em sua forma tradicional. Diz Roxin que seria mais coerente negar a *finalidade* nos casos em que o conteúdo do sentido jurídico permanece oculto para o autor.

No que tange à participação, sabemos que exige uma ação na qual se toma parte, que não deriva da essência da ação, mas do conteúdo do conceito de participação, visto que o *conceito de ação* sob o ângulo do finalismo não possui um conteúdo preexistente ontologicamente.

Se a punição de Caio, na participação da corrupção de Tício, é por força de lesão do bem jurídico, então é maior a responsabilidade daquele que toma parte direta na execução do ato principal quando não é doloso. Assim, a participação ou a autoria mediata dependerão só do *conceito de autor* válido para o tipo correspondente.

Os tipos dizem o que não se deve fazer e o que se tem a obrigação de fazer; seria contraditório considerar contrária à norma uma conduta que correspondesse às exigências do cuidado devido. A negligência independe da finalidade, o que é final e o que não é depende tão-só das finalidades de ordem jurídica mas não da transgressão dos mandamentos jurídicos de cuidado, de atenção, portanto, de um elemento normativo, não havendo qualquer estrutura ontológica preexistente que decida seu caráter. No clássico exemplo do guarda da estação ferroviária que dorme causando a colisão de trens, ele não atua de modo final, todavia é responsável pelo

atuar negligente, e a antijuridicidade está na lesão dos deveres legais de vigilância e custódia e não no resultado.

No que concerne à omissão, afirma Roxin que só seria concludente a afirmação de que não existem omissões dolosas por falta de uma causalidade que o omitente poderia controlar, se é que a direção dos fatores materiais, nos quais não se colocam a ação, a finalidade e o dolo, fosse um componente do dolo junto ao sentido.

Se Caio mata Tício com a pistola de Semprônio, ao acionar o gatilho, ao iniciar o processo material, só fundamenta a causalidade. O dolo não está no dedo de Caio, mas em sua cabeça. Consiste no seu cálculo prévio e no sentido do sucesso prévio. Na hipótese do omitente, diz Roxin que ambas as coisas são possíveis. Se Caio deixa afogar-se voluntariamente uma criança que caiu numa piscina, ainda que estivesse juridicamente obrigado a salvá-la, na hipótese, haveria calculado previamente o resultado e compreendido o significado social e jurídico de sua atuação em todos os sentidos. O dolo está compreendido de forma igual nos atos comissivos. Welzel e Kaufmann incluem a causalidade no dolo diante do *conceito de ação* por eles sustentado, que não é compatível com as omissões.

Roxin reafirma que nenhuma teoria da ação ou qualquer conceito fundamentado ontologicamente pode ser base de um sistema do qual possam derivar resultados práticos. Cita que a história do conceito causal é um ótimo exemplo, porque na realidade nunca se trata de *causalidade*, mas de *imputação*. Conclui que o discutido *conceito de ação* acolhe dentro de si os elementos normativos das circunstâncias factuais e, após, toma por base o que resulta do limitado conteúdo do sentido daqueles elementos.

Sabemos que o *conceito de finalidade* assumiu para Welzel o papel de “*lei estrutural objetiva do ser*”, falando em “verdades eternas da esfera lógico-real”.

A finalidade é um conceito tão ontológico como a causalidade,⁸ e a “*estrutura ontológica da ação*” possui “*existência prévia a toda valoração ou regulamentação*”.⁹ Assim, se despreza o resulta-

⁸ V. Welzel, *Um die finalen Handlungslehre*, 7.

⁹ Cf. Welzel, *Naturrecht und Materiale Gerechtigkeit*, 197.

do; o resultado será necessariamente falso, ao passo que, se a respeito forem obtidas soluções com fundo de verdade conforme as leis do *ser*, as respostas estarão nas posições do dolo e no marco da ação,¹⁰ e as conseqüências da teoria da culpabilidade repercutiriam na teoria do erro.¹¹ Imaginava Welzel que os *resultados* pertencentes ao campo do direito natural “*não se situavam na zona axiológica nuclear, mas na zona ontológica marginal*”.¹²

Sob qualquer hipótese, afirma Roxin que se perdem de vista as circunstâncias concretas do fato, e para um conceito de ação pretendidamente ontológico quase mergulharíamos num direito natural.

A *concepção final da ação* resulta comprovada pela existência de numerosos tipos portadores de elementos subjetivos que levam à correta solução de importantes questões apresentadas à justiça criminal.

Onde se provam erros no conceito de ação?

Inicialmente, devemos voltar nossa abordagem ao *conceito de finalidade* e aos efeitos produzidos: **(a)** na *formação sistêmica* e nas *repercussões do conceito de ação*; **(b)** nas *teorias do tipo*; **(c)** nas *teorias da culpabilidade*.

Não há uma *finalidade* como conceito estruturado unitariamente, formando-se conceitos distintos, mas pela utilização do mesmo vocábulo, em vários sentidos, conduz a várias interpretações distorcidas. O marco da teoria final da ação é a imutabilidade ontológico-estrutural de seu ponto de partida, constituindo a chave para a compreensão do fato, para que se possa fundamentar que, sob a capa da *teoria final da ação*, estão diversas direções, até contraditórias *per se*, responsáveis pelas vulnerabilidades e tensões existentes na atual dogmática finalista.

Segundo Roxin, o ponto de encontro entre o Direito Penal e a teoria de Welzel marca a luta contra o *conceito causal de ação*, apoiando-se, num segundo momento, no entendimento de que o sis-

¹⁰ V. Welzel, *op. cit.*, 197.

¹¹ V. Welzel, *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, 336.

¹² V. Welzel, *op. cit.*, 197.

tema do Direito Penal se baseia numa “*lei objetiva da estrutura do ser*”, independentemente “*de toda relação com o direito*”, cumprindo tais pressupostos em toda a sua extensão de categoria de causalidade. Entretanto, havia que atuar de modo inverso, opondo-se à causalidade livre de sentido, abstrata e analítica conforme o método de ciências naturais e o conceito de uma ação final valorada concreta, expressando os conteúdos de significação jurídico-social. Tais efeitos da *finalidade*, que se identificavam com o dolo e se estendiam como fatores constituintes da ação típica, eram perfeitamente adequados, visto que está claro que uma ação de matar dolosa está mais próxima do sucesso típico do conteúdo do homicídio do que a mera observação do processo causal.

Escreve Welzel em **Ner Studien zum System des Strafrechts** que inexistem conceitos jurídicos penais típicos, nem mesmo os chamados descritivos, quer sejam conceitos causais de algum bem jurídico, quer *conceitos sociais de relação e significação*, cujo conteúdo fica na dependência da *função social*. Afirma ainda que a doutrina tradicional está equivocada, pois reduziu a ação típica a suportes causais, impedindo que se inicie o mundo da significação jurídico-social até chegar à antijuridicidade. Ao afirmar que a ação continua sendo uma abstração igual à *causação*, concebida como fenômeno de significação social e ação no âmbito social da vida, fica avocado o *princípio da adequação social*, que foi o primeiro a ter relevo como causa de exclusão de tipo (v.g.: as mortes causadas na guerra).

A *adequação social* impedia a existência da *ação típica*, negando o *dolo* e a *finalidade*, interpretando-a como elemento do conteúdo da significação social. Ora, o mundo da existência social é o mundo do Direito e, portanto, escreve Welzel, não é totalmente possível desenvolver “*toda a teoria final da ação*” no momento em que “*o primeiro homem utilizou o primeiro instrumento*”.

Os defensores da teoria final da ação, segundo Roxin, nunca foram totalmente conscientes dos antagonismos que se ocultam no ponto de partida da teoria e que se afirmam com profundidade na configuração sistemática da doutrina, dando origem a tendências opostas ao conceito unitário de ação.

Desde o momento da separação do *dolo da consciência* da *antijuridicidade*, o conteúdo do tipo tinha que cobrar importância decisiva para o dolo, o qual passou a ser *incluído no injusto*, visto que para o *dolo* só é necessário o *conhecimento das circunstâncias fundamentais do tipo*.

Se partimos da base de que o tipo tem que descrever os acontecimentos de *âmbito social da vida* com todos os aspectos de sentido, logicamente o *dolo* não se poderia transformar em consecução final de *“lesões causais de algum bem jurídico”*, mas tinha que receber tal função de uma conduta num *todo social*. Como tanto, circunstâncias de justificação deveriam excluir a tipicidade porque para o mundo da vida social, que Welzel denomina *“mundo em sentido e significado”*, deve-se enquadrar toda a *ação típica*. Para Roxin, dever-se-ia reconhecer a *teoria restrita da culpabilidade* como consequência necessária da *teoria final da ação*. Todavia, Welzel jamais foi tão longe, mas não se pode olvidar que a afirmação das causas de justificação tradicionais é uma exclusão do tipo e, em geral, a introdução da adequação social *“como princípio imanente da formação do tipo”*, sendo um postulado relativo a uma consideração do acontecimento típico.

Se a ação é final, cuja realização caracteriza o tipo, trata-se evidentemente de um conceito tão ôntico-ontológico como o de causalidade e se encontra como *“lei estrutural do ser”*, tendo o tipo que se desligar do mundo da ordem histórico-social, ficando reduzido a uma *“supradeterminação de cursos causais”* conceitualmente abstrata. A *teoria final da ação*, conclui Roxin, não chegou a atingir tal objetivo, embora também tenha repercutido na concepção do tipo.

A *teoria da culpabilidade* desenvolve-se até converter-se em importante papel na doutrina final da ação. Não há diferença entre a conduta antijurídica e a jurídica, visto que ambas significam o mesmo para um *conceito de ação* determinante do sucesso típico e desenvolvido com independência de toda a relação com o Direito. Para Roxin, neste sentido, estaria justificado o argumento de Maurach.¹³ O conceito ontológico de *finalidade* resulta de que a

¹³V. Maurach, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970, 25.

adequação típica, inicialmente aceita como princípio de formação do tipo, inclui a ação no *âmbito social da vida*, fazendo desaparecer o elemento de exclusão do tipo para transformar-se numa *causa de justificação*. Diz Schaffstein que há uma mudança de posição sistemática de adequação social e “*uma renúncia parcial ao ponto de partida metodológico, isto é, uma concepção do Direito como um mundo com sentido e significado*”.¹⁴

Com respeito ao dolo, tinha como conseqüência não poder alterar o fato existencial no qual o conteúdo da representação fora totalmente adequado socialmente.

A renúncia parcial do ponto de vista metodológico que viu Schaffstein na mudança da posição sistemática da adequação social é observada por Dohna, defensor do neokantismo na filosofia do direito, vendo a distinção entre o *ser livre de valor* (objeto da valoração na sistemática jurídico-penal) e a *esfera de valoração humana* aplicável.

Welzel, inicialmente, contesta para posteriormente falar da “*contingência dos conteúdos históricos*” na tentativa de formular uma nova base ontológica oposta expressamente à da axiologia. Concedida como *livre de valor*, ao sistema de Direito Penal tinha que ser reconduzida à separação do *ser* e do *valor*, possibilitando uma síntese entre o apriorismo lógico-real e o neokantismo, permitindo compreender o desenvolvimento dogmático da teoria final da ação com mudança de orientação filosófico-jurídica.

Sabemos que a teoria defendida por Dohna,¹⁵ que se baseou na estrita separação entre o “*objeto de valoração*” e a “*valoração do objeto*”, se compatibilizava com um conceito ontológico de finalidade cada vez mais distanciado do significado social. Se o dolo e o tipo só têm o objeto de valoração da antijuridicidade e da culpabilidade, haverá que ser depurado esse “*objeto*” de elementos de desvalorização social, caso contrário voltará a ser confundido num plano lógico.

¹⁴V. Schaffstein, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, n° 72, 371.

¹⁵V. Graf zu Dohna, *Der aufbau der Verbrechenlehre*, 4ª ed., 1950.

Os autores têm contestado essa posição sob a alegação de que os pressupostos naturais das *causas de justificação* são o objeto da valoração jurídica e, em conseqüência, não vem a servir de apoio à *teoria estrita da culpabilidade*. Todavia, se é certo considerar isoladamente as causas de justificação, não se deve esquecer que um tipo total engloba todos os elementos determinantes do injusto e, logicamente, não é um produto “*livre de valor*” em relação à antijuridicidade, coincidindo totalmente com a lógica desenvolvida anteriormente ao fato que é “*objeto da valorização*” e que havia sido separado das circunstâncias de justificação. Foi Lange quem mostrou que a conseqüência da separação entre “*objeto da valoração*” e “*valorização do objeto*” exigia ser um *tipo livre de valor*.¹⁶

Quais as razões das renovações operadas?

São devidas à necessidade de ajustar o mundo conceitual lógico-real ao mundo valorativo social na esfera da teoria do tipo.

Existia uma tríplice graduação, diante dos conteúdos de significação ético-sociais, na dogmática finalista: **(a)** a intenção originária tendia a separar a consideração causal livre de valor em relação aos elementos normativos do tipo; **(b)** em virtude da doutrina restrita da culpabilidade, considerando o tipo como um todo, não é possível uma declaração como a emitida sobre circunstâncias concretas do ato. A lesão de um bem jurídico é realizada conscientemente, ainda que o agente atue crendo na ocorrência de circunstância justificante. Dizia Welzel que a função dos tipos consistia em “*descrever aquelas ações que ficam fora dos ordenamentos da vida social de modo insuportável e que só podem ser justificadas em situações extremas*”. Aliás, para Hirsch, a conduta típica não fica fora da ordem social “*de modo insuportável*”, mas “*com certa transcendência*”.¹⁷ Porém, para Roxin, não se percebe claramente com que critério a partir do conteúdo *elemento* chega-se a um termo tão vago como “*re-*

¹⁶ Cf. Lange, *Die irrtümliche Annahme eines Rechtsfertigungsgrunde in der Dechtsprechung des Bundesgerichtshofes* (JZ, 1953, 13).

¹⁷ V. Welzel, *Die Lehre von der negativen Tatbestandsmerkmalen*, 1960, 280 e 308.

levância”, que é a razão da ligação com a esfera valorativa; (c) a função com o desvalor ético-social perde-se por completo nas condutas socialmente adequadas e nos tipos abertos. Em ambas as hipóteses, a ação típica se move nos tipos abertos dentro dos ordenamentos da vida comunitária e não supõe um indício do injusto. Os finalistas, segundo Roxin, não conseguiram justificar com qualquer ponto de vista valorativo tais categorias e, portanto, só devem a existência à consequência sistemático-conceitual.

É lógica a contradição de tal graduação entre o significado social passando pela relevância social até a “*neutralidade valorativa*” social, visto que os elementos concretos do tipo absorvem todo o conteúdo de sentido social, e não se compreende por que no tipo, que é uma soma de elementos, tal conteúdo se evapora, transformando-se em *relevância social* ou *desaparecendo por completo*.

Efetivamente, Welzel *reduziu* cada vez mais a esfera de aplicabilidade prática da *adequação social*,¹⁸ tendo em seus últimos trabalhos modificado a teoria dos tipos abertos, o que aliás foi realizado de forma mais radical por Hirsch.

Diz Roxin que, com a eliminação de tais conceitos, não se chega à solução da questão. Se o pai castiga de forma imoderada o filho; se o funcionário de polícia detém um infrator ou obriga um motorista a parar o veículo que dirige de forma irregular; se o oficial de justiça arromba a porta do apartamento com o mandado judicial, segundo Hirsch, todas essas hipóteses são condutas em que há renúncia ao *princípio da adequação social*, pois ficam fora dos ordenamentos sociais de modo transcendente. A contradição da tipicidade da *conduta socialmente adequada* e a concepção do tipo da *teoria restrita da culpabilidade*, que atende à inadequação social, segundo Roxin, só podem ser entendidas terminologicamente, e jamais no campo da realidade, enquanto se coloque o ponto de partida do pensamento final na desvalorização ético-social, vendo-se no *perigo* a estrutura ontológica pré-jurídica do conceito de dolo, na separação entre o “*objeto da valoração*” e a “*valoração do objeto*” e, obviamente, na diferenciação quantitativa da finalidade e consci-

¹⁸V. Schaffstein, *Zeitschrift für Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 72, 372.

ência da antijuridicidade. Para “salvar” tais dificuldades se posiciona a *ação típica livre de valor*, perdendo a conexão com o mundo de significação social, passando-se a admitir a existência de um fato doloso ainda que o conteúdo da representação seja totalmente neutro no plano valorativo, em plena contradição com um juízo ético-jurídico de ação.

Não era o caminho correto combater a doutrina final da ação, visto que os seus princípios não podem ser olvidados ou suprimidos na dogmática penal. Seria melhor uma verdadeira reformulação crítica dos conceitos fundamentais buscando um caminho único.

Sustenta Roxin que *se deve renunciar ao conceito de ação final*, constituído “*com independência de toda a relação com o Direito*”, porque tal conceito não existe nem pode existir, cabendo retirar-se a *finalidade* do tipo. Se de um conceito de ação pré-jurídico saem conseqüências para a estrutura do tipo objetivo e subjetivo, isso conduz, segundo Roxin, a “*resultados falsos*”. Os fenômenos jurídicos *não* são meros processos causais e por tal razão não basta o seu controle para converter um acontecimento em ação. Nos fenômenos jurídicos há conteúdo de significação social que não são controles de fatores causais.

3. CONCLUSÃO

Para os finalistas ortodoxos, é correto inverter a relação entre a ação, finalidade e tipo, pois este, nascido de considerações valorativas jurídicas, orienta a conteúdos sociais de significação; a conduta é final no sentido jurídico e as circunstâncias têm que se incluir no tipo objetivo.

Roxin fala da substituição da *teoria final da ação* por uma *teoria final do tipo*.

Se inexistente uma finalidade ontológica no sentido dos finalistas ortodoxos, só se poderá seguir mantendo tal conceito se for compreendido o significado da função da *ação típica* num todo social.¹⁹ Assim, o *conceito ontológico* é substituído por um *conceito jurídico-social de finalidade*.

¹⁹V. posições contrárias de Gallas e Schaffstein.

Os partidários da *teoria estrita da culpabilidade*, onde atuam algumas manifestações, admitem que não há supervalorização da importância teórica e prática da estrutura "*ontológica*" de ação para a teoria finalista da culpabilidade, sendo que as considerações valorativas não possuem qualquer papel na medição da pena pelo dolo.

Em suma, conclui Roxin: **(a)** é necessário afastar a *teoria estrita da culpabilidade* e junto com ela a vinculação do dolo a uma estrutura da ação prioristicamente respeitada pelo Direito; **(b)** a reprovação da negligência não pode afetar, em toda a sua extensão, os pressupostos reais e jurídicos para a proibição, na proporção que constituem o sentido social da conduta. Só aquele que deprecia conscientemente e não se preocupa com as regras elementares da convivência humana justifica a reprovação superior à falta de cuidado.

A questão do dolo não é sistemática, pertencendo tanto ao injusto como também à culpabilidade, não devendo ser extraídas seqüências sistemáticas amplas. Entre o dolo e a consciência da antijuridicidade não há diferença qualitativa no sentido de que numa hipótese existe "*objeto de valoração*" e em outra há "*valoração do objeto*". Na *teoria estrita da culpabilidade* o dolo está impregnado por pontos valorativos existindo uma contraposição metodológica na relação com a teoria do dolo.

A íntima conexão de tal concepção de culpabilidade com uma teoria do injusto que reserve lugar no tipo subjetivo para o *conceito social de finalidade*, vinculado a valores ligados à estrutura do *ser*, expressa todo o sentido social da realização da ação, servindo de fundamento para a reprovação de culpabilidade.

Em crítica que formulamos ao *conceito ontológico de conduta* apresentado por Roxin, salientamos, em síntese, que o citado penalista não parte da visão de que o *conceito de conduta* está divorciado do conceito *ôntico-ontológico*, mas sim que não é verdadeiro no próprio campo *ôntico-ontológico*. Em sua tese há uma inversão do campo idealista no planejamento realista do finalismo, concluindo, na imperatividade de "*substituir a teoria final da ação por uma teoria do tipo*". Para ele, que defende uma *finalidade jurídica, fora do mundo dos valores sociais e das relações jurídicas*, não existe forma de

conduta que se possa afirmar que seja ou não final, pois não se pode aferir aprioristicamente que os elementos serão incluídos no conceito.

Em Roxin, o *conceito ôntico-ontológico de ação* é falso não apresentando qualquer utilidade. Porém olvidou que o finalismo, partindo de um *conceito ôntico-ontológico da ação humana*, trouxe na verdade uma revolução sistemática, embora cada dia mais se afaste do básico, isto é, a impossibilidade de inadmitir a conduta humana como um dado ôntico.

Dentro da modernidade, a tendência é estruturar o sistema em razão dos *objetivos de política criminal*. Aspira-se a dar um *sentido teleológico* ao sistema.²⁰

Adotando uma postura heterodoxa, entendo que não será possível formar um conceito ontológico de dolo que fique apartado da vontade do legislador.

Como diz Roxin, é possível desenvolver as *teorias do dolo e da participação*, desligando-se do *conceito de ação* e radicando-se em *seus próprios* conceitos. No que tange à ação negligente, é correta a idéia de seu relacionamento e sua valoração com a *conduta*, o que não atinge através de um juízo de desaprovação sobre a causalidade. A negligência não depende da *finalidade*, mas da *violação dos deveres jurídicos de cuidado*, isto é, do elemento normativo.

No que tange às omissões, será que não se pode falar em *omissão dolosa*? Será correta tal idéia? Se Caio deixa que o menino Tício, que caiu na piscina, se afogue, embora saiba (e tenha condições), que estava juridicamente obrigado a salvá-lo, por óbvio, que *calcula* previamente o resultado e *compreende* o significado jurídico-social da conduta. Está presente o *dolo*, como nas formas comissivas, diferenciado de seu objeto.

²⁰ A *teoria final da ação* tem influência na dogmática jurídico-penal principalmente na Alemanha, e várias concepções críticas têm surgido: (a) Engisch ("Der finale Handlungsbegriff" in *Probleme der Strafrechtserneuerung*, Festschrift für Kohlrausch, 1944); (b) Mezger sob o ponto de vista causal da ação (*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*, 1950); (c) Klug ("Der Handlungsbegriff des Finalismus als methodischen Problem", in *FS-Enge*, 1960, 33 e segs.); (d) Maihofer (*Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, 1953; *Der soziale Handlungsbegriff*, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, 156 e segs.); (e) Jescheck ("Der Strafrechtliche Handlungsbegriff" in *Dogmengeschichtlicher Entwicklung*, in: Eb. Schmidt-Festschrift, 1961, 139 e segs.); (f) Eb. Schmidt (Soziale Handlungslehre in: *Festschrift für Engisch*, 1969, 339 e segs.); (g) E. A. Wolff (*Der Handlungsbegriff in der lehre vom Verbrechen*, 1964); (h) Niese (*Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit*, 1951); (i) Giimbernat Ordeig (*Finalität und Vorsatz*, NJW 1966, 533).

Roxin, em seu confronto crítico, reforça que no campo da dogmática penal o conceito de ação, pretensamente ôntico e quase deduzido do *direito natural*, é inútil para todos os ramos do Direito. Fora do mundo dos valores sociais e das normas jurídicas não se poderá avaliar se uma conduta é ou não final, o que conduz, no sentido de Roxin, a substituir a teoria da ação por uma teoria final da tipicidade, mantidos os pressupostos da finalidade, não se tratando de mera modificação terminológica e sistemática. Hoje, a correlação entre a culpa e a pena só poderia existir no caso de se converter em desvalorização social e fundamento da “culpa dolosa”, em última conexão de tal concepção de culpa como uma teoria da antijuridicidade, reservando-se um lugar no tipo subjetivo para o “conceito social de finalidade”.

A importância do conceito temático da atual teoria final da ação revela-se por ter feito valer um aspecto decisivo para a fundamentação da pena – a estrutura final da conduta.

Segue a seguinte indagação: o autor por omissão não é garantidor de evitar o curso que lhe é evitável? Tudo que se diz quanto à ação, também pode transladar-se para a omissão, propondo a seguinte definição: atuar significa converter-se de maneira individualmente evitável em razão de determinado resultado. Diante da inevitabilidade individual como parte do injusto, sustenta que a mesma não é individual, mas objetiva (critérios objetivos que se manifestam no indivíduo). Para Jakobs, “o dolo e a imprudência não fundamentam o injusto em sua condição de fato psíquico individual, senão como expressão de um defeito, determinado segundo critérios objetivos que se manifestam no indivíduo.”²¹

Diante do enfoque da culpabilidade como pressuposto da ação, para a valoração desta não seria decisivo a natureza, nem o físico ou psíquico, senão o sentido. Pergunta Jakobs se seria adequado voltarmos neste âmbito à teoria da imputação de Hegel,²² de maneira a eliminar a separação entre o injusto e a culpabilidade, sendo a

²¹ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 121.

²² V. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, 113: “A manifestação da vontade como vontade subjetiva ou moral é ação (...). Só a manifestação da vontade moral é ação.”

ação igual a uma ação culpável? Qual o teor literal da norma que o autor vulnera?

No enfoque de Jakobs, a lesão deve ser entendida como processo de imputação, como expressão de um sentido em um esquema objetivo de interpretação. *Há duas direções com resultados contrapostos: a)* mantém que o inimputável, o que se encontra em erro de proibição inevitável ou em estado de necessidade exculpante, enquadra *algo* que significa lesionar. Para tal concepção, *atua* o sujeito inculpável; *b)* o conflito social que supõe um feito exculpável não se resolve cognitivamente, mas normativamente, porque considera que o autor não é competente para modificar as condições de seu comportamento (objetivamente). Entende que ambas as vertentes (**a** e **b**) são possíveis por duas razões: **a)** vinculação de conseqüências de caráter aparentemente sistemático ao juízo de injusto (aplicação de algumas causas de justificação), que é de natureza formal; **b)** evidência de que a pessoa inculpável não está autorizada a matar, coagir ou conduzir em estado de embriaguez. Nos casos de exculpação, não se leva às últimas conseqüências o caráter normativo da expectativa, optando-se pelo caráter cognitivo (*a expectativa normativa se converte em uma expectativa cognitiva quando a vulnera um imputável*).

A falta de culpabilidade por impossibilidade de conhecer ou cumprir a norma pressupõe que esta exista independentemente de sua cognoscibilidade ou da possibilidade de cumpri-la, pois o que é contrário à norma, o injusto, diz Jakobs, pode existir de forma autônoma. Daí alguns preceitos pertinentes à culpabilidade que concretamente se referem ao injusto não poderem incluir-se na norma, senão se constituiriam no âmbito da metaregra. Portanto, a razão da separação do injusto (vulneração da norma) e o caráter culpável do injusto (obrigação de responder por vulneração) como uma necessidade básica. Termina concluindo que em tal sentido, *“para caracterizar esta distinção, o que é comum a todos os tipos de injusto pode denominar-se de ação de injusto”*.²³

²³ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 123.

Na linguagem de Jakobs, “é necessário manter o injusto como escalão valorativo preparatório do juízo de culpabilidade”, sendo que a finalidade da pena se cristaliza na vulneração da norma, “que pode produzir-se sem culpabilidade, e como injusto, senão na culpabilidade.” Em síntese: “Só quem vulnera a norma de comportamento sendo responsável, isto é, sendo culpável, vulnera esta norma, e esta vulneração da norma é onde se cristaliza a finalidade da pena, porque é esta vulneração da norma que constitui a lesão da vigência da norma.”²⁴ Para ele, o conceito de ação deve ser ampliado até a culpabilidade (“a ação é a assunção culpável da competência por uma lesão da vigência da norma”). Assim, é a ação no Direito Penal da culpabilidade e no Direito Penal de responsabilidade pelo resultado.

A *teoria final da ação* teve o mérito de pavimentar do caminho para a *teoria do ilícito da ação* – um conceito superior que engloba condutas dolosas e objetivamente negligentes como fundamento da pena, aceitando-se majoritariamente a inclusão do dolo no tipo subjetivo, como preconizava a *teoria final da ação*. Aí, está o valor histórico do finalismo.²⁵

Na realidade o finalismo não está acabado. Mas ocorre que nos dias atuais surgem *questões novas* às quais o finalismo *per se* não oferta qualquer resposta.²⁶ Não se pode com isso dizer que o finalismo simplesmente fracassou. Deve-se ter cuidado com a posição de Roxin, que partindo de um ponto de vista *idealista*, defende uma *construção de política criminal e teleológica*, trazendo a resposta penal sob o manto extremamente *repressivo*. ☐

²⁴ Cf. Jakobs, *op. cit.*, 123.

²⁵ Consulte-se: Schönemann, **Grundpagen des modernen Strafrechtssystems**, 1984, 34 ss.; Schmidhäuser, *JZ* 86, 109 ss; Schönke, Schröder e Lenckner, 34; Hirsch, *ZSTW* 93, 838 ss.

²⁶ Cf. Schönke, Schröder e Lenckner ressaltam que está sendo preparado o terreno fértil para a teoria do injusto da ação.

A Publicidade no Processo Judicial (Notas sobre a nova redação do art. 93, IX, da Constituição)

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ

Professor da EMERJ e da UNIVERSO

1. A ALTERAÇÃO NO TEXTO CONSTITUCIONAL

O inciso IX do art. 93 da Constituição, pela redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 45, promulgada em 8 de dezembro de 2004 e somente publicada em 31 do mesmo mês, determina que todos os julgamentos¹ do Poder Judiciário são públicos, embora possa a lei (não o regimento interno de tribunal ou ordem do juiz) prever a limitação da presença, em determinados casos, às próprias partes e a seus advogados, *nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado não prejudique o interesse público à informação*.

A alteração feita pela Emenda Constitucional nº 45 está em que agora deve se levar em conta a proporcionalidade entre o direito à intimidade do interessado e o interesse público, enquanto na redação anterior predominava o interesse público.

¹ Embora o texto constitucional refira-se a *julgamentos*, a publicidade também alcança os demais atos processuais não só os ordinatórios (como, por exemplo, a atividade das serventias e secretarias), como também os atos instrutórios, embora não se possa dizer que qualquer ato processual agora só possa ser realizado na presença de partes e advogados. Neste aspecto, o princípio constitucional da publicidade não revogou o poder do juiz de, fundamentadamente, mandar retirar da sala a parte para que a testemunha não se sinta constrangida ou ameaçada, nem permitirá ao advogado que adentre no interior da escrivania para saber o que está acontecendo com os respectivos autos do processo.

Na verdade a alteração é meramente formal sem deixar de ser salutar, pois, ainda na redação anterior, mesmo sem expressa dicção, deveria o juiz observar a proporcionalidade entre o interesse público e os valores garantidos pelo disposto no art. 5º, X, quais sejam, *a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas*.

Sobre o tema, já dispunha o art. 155 do Código de Processo Civil regra aplicável a todos os processos judiciais, ao menos pela analogia referida no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, e que agora merece a devida releitura sob os eflúvios do dispositivo ora em comento:

Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos:

I - em que o exigir o interesse público;

II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977.)

Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

Basta que se veja tal dispositivo, elaborado na década de 70, comparando com a redação original do inciso IX do art. 93, feita em 1988; basta se ver como foi feliz a alteração feita pela Emenda Constitucional nº 45, que manda que se aplique a proporcionalidade entre os valores em conflito, quais sejam o direito à intimidade e o interesse público – esse último não mais predomina.

O que interessa agora é preservar o direito à intimidade, de nítido conteúdo individualista, o que é perfeitamente coerente com o padrão liberal e individualista dado pela Constituição de 1988 desde a sua redação originária.²

² A Constituição de 1988 é liberal e não socialista, vencidos na Assembléia Nacional Constituinte aqueles que, como Afonso Arinos de Mello Franco, queriam que constasse do seu art. 1º a expressão *Estado Social de Direito*, pelos integrantes do denominado *Centrão*, que imprimiram a redação que se viu triunfante e que faz referência ao *Estado Democrático de Direito*. Enfim, na dúvida entre a incidência dos valores individualistas ou coletivistas, o que a Constituição quer é que predomine aqueles, não estes.

A preservação da intimidade não ficará restrita aos casos previstos no art. 155 do Código de Processo Civil ou de outras leis processuais, mas constitui valor que o juiz deverá preservar em cada caso concreto, de forma fundamentada, ainda que **ex officio**.

Note-se que as partes têm direito fundamental à publicidade do processo judicial e também direito à intimidade, pois a despeito de tal direito constar da parte da Constituição que trata da organização dos Poderes (Título IV), incide a norma que se extrai do disposto no art. 5º, § 1º, de que *as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*; os direitos fundamentais predominam em face do conteúdo organizatório do Poder.

Assim, a preservação do interesse público depende de previsão pela lei, mas não depende de lei a preservação do direito à intimidade.

Como o Código de Processo Civil, em seu art. 155, I, assegura o denominado *segredo de justiça* em caso de interesse público, poderão os juízes, em decisão fundamentada, preservar o direito de intimidade, se este não prevalecer no caso concreto, mandar que o processo se faça reservadamente ainda que as partes, ou o Ministério Público, não formulem requerimento expresso neste sentido. Não se trata, aqui, do direito de demanda, o qual é disponível da parte, mas se refere à postulação da pretensão em juízo e, sim, de regra processual, direito público, indisponível às partes e sob a direção do juiz, como se infere do disposto nos art. 301, § 4º, e 125, do Código de Processo Civil.

Ressalte-se que a norma constitucional, não por que tenha conteúdo processual, mas por que é norma dotada de supremacia, tem aplicabilidade direta e imediata, alcançando os processos já instaurados na data da publicação da Emenda Constitucional nº 45.

2. O SEGREDO DE JUSTIÇA

Segredo de Justiça é expressão correntia no jargão forense, embora se mostre inadequada, pois a Justiça, como serviço público, nunca é secreta, embora eventualmente alguns atos processuais possam ser reservados.³

³ Até para os profissionais do Direito, que nem sempre conseguem conhecer adequadamente os atos processuais ou entender o seu sentido, o aparelhamento judicial, seus ritos e símbolos, e caráter humano – e assim falível – tem o defeito de animar traços paranóicos que muito bem foram retratados em célebre obra de Franz Kafka. O Processo

Veja-se o ensinamento de Plácido e Silva sobre o denominado *segredo de justiça*:

Assim se entende a prática de atos judiciais que, por sua natureza, devem ser praticados, ou executados em particular, longe das vistas dos não interessados, ou subtraídos do conhecimento público.

A prática de atos em segredo de justiça tanto se permite em processos criminais, como em processos civis. Nos processos civis o segredo de justiça é autorizado em atenção ao decoro ou interesse social. E, nos processos criminais, é ele resultante das condições especiais do processo, o que se decide pelo árbitro, que a eles preside, quando a lei assim não o determinar.

Nos processos que correm em segredo de justiça, nenhuma certidão será fornecida sem prévia autorização do juiz. O contrário será permitir devassa em processo, sujeito à inviolabilidade.

Pode o juiz decretar que alguns atos processuais (audiências, julgamentos, vistorias) se procedam em segredo de justiça, como também poderá determinar que as anotações do registro da causa fiquem reservadas, ou que os autos do respectivo processo fiquem sob a guarda do escrivão ou determinado servidor do cartório ou da secretaria, somente permitindo acesso aos mesmos aos representantes em juízo das partes, ao Ministério Público, se agente ou interveniente na causa, ou a pessoas autorizadas por despacho judicial expresso.⁴

A quebra do segredo de justiça constitui fato previsto no art. 154 do Código Penal, sem prejuízo das sanções de ordem adminis-

é a terrível história de personagem simplesmente denominado K., que restou condenado e executado em processo criminal sem que o protagonista, ou o leitor, recebesse elementos que permitissem conhecer o processo, a acusação e até mesmo o tribunal.

⁴ A praxe forense é no sentido de o juiz mandar constar na capa dos autos, em carmim, a determinação do segredo de justiça. Com a informatização dos serviços forenses e a divulgação da tramitação dos feitos até mesmo na Internet, poderá o juiz determinar que somente conste no registro informatizado as iniciais do nome da parte e até mesmo que a tramitação se faça em segredo de justiça.

trativa ou civil cabíveis contra o serventuário, perito, advogado, membro do Ministério Público e até mesmo o juiz que decretou a medida, o qual também tem – principalmente ele - o dever funcional de preservação do mesmo sigilo.

A decretação do segredo de justiça também alcança terceiros não interessados como peritos e testemunhas, os quais devem ser notificados do decreto, com ciência das sanções em caso de desobediência.

3. EXTENSÃO DA PUBLICIDADE DO PROCESSO JUDICIAL AOS DEMAIS PROCESSOS

Não se pense que se esgotam no âmbito jurisdicional as normas decorrentes do disposto no art. 93, IX, a despeito de sua colocação topográfica.

É que o processo judicial é o tronco de onde esgalham os demais ramos do processo e procedimentos, não só os realizados pela Administração Pública como os realizados por entidades privadas, como o processo da arbitragem ou o processo da justiça disciplinar desportiva, ou aqueles realizados com caráter sancionatório por condomínios, associações etc.

Do disposto no art. 93, IX, tanto quanto à publicidade dos julgamentos como quanto à fundamentação das decisões, são extraídas normas de aplicabilidade direta e imediata que integram o denominado *devido processo legal*, instituído pelo disposto no art. 5º, inciso LIV, e seguintes, da Constituição, como garantia fundamental no Estado Democrático de Direito.

Sobre o ***due process of Law***, já tivemos a oportunidade de observar:⁵

6.6.14.1. *Conceito do devido processo legal*

A nova Constituição traz, certamente, um avanço no atual estágio jurídico brasileiro, reforçando a cidadania, no seu verdadeiro conceito sociológico, em uma sociedade cujos padrões culturais são altamente discriminatórios.

⁵ Nagib Slaibi Filho, **Sentença cível – fundamentos e técnica**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, 6ª edição.

Este avanço é representado não só pela afirmação de uma democracia participativa, ou pela solene declaração dos direitos sociais, mas, talvez principalmente, pelo imperativo de que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, como prevê o art. 5º, inc. LIV.

O que poderia parecer corriqueiro a muitos povos, que empregam o método controversial para a tomada de decisões, não só em nível judicial, mas também nas mínimas atividades administrativas, para nós é, ainda, um instituto jurídico sem contornos definidos, instável em sua aceitação, o que se denomina o princípio do devido processo legal.

Só umas constituições estritamente liberais, visando a regulamentar uma sociedade sem intervenção estatal, podem admitir que as declarações de direitos sejam suficientes para assegurar a liberdade e a cidadania.

A atuação estatal é necessária porque é o Poder Público o principal fornecedor de bens, que intervém na ordem econômica visando a regular o excesso que representa a supremacia dos mais fortes em detrimento daqueles menos aquinhoados.

Eis aí a importância do princípio do devido processo legal: assegura que as relações estabelecidas pelo Estado sejam participativas e igualitárias; que o processo de tomada de decisão pelo Poder Público não seja um procedimento kafkiano, mas um meio de afirmação da própria legitimidade e de afirmação perante o indivíduo.

*A atividade estatal, judicial ou administrativa, está vinculada ao sistema controversial que se implanta pela adoção constitucional do **due process of law**: qualquer restrição à liberdade e aos bens só pode ser feita atendendo a alguns procedimentos cujo conjunto é que se denomina o devido processo de lei.*

Vários dispositivos constitucionais visam a assegurar o indivíduo em face da atuação estatal, como, por exemplo, se pode ver, tão-somente no art. 5º, caput (afirmação dos valores de vida, liberdade, igualdade e propriedade), incisos I (isonomia), II (só a lei limita a conduta individual), III (proibição de tortura ou tratamento degradante), X (privacidade), XI (inviolabilidade da casa), XII (inviolabilidade da correspondência), XIX (garan-

tia da existência e funcionamento das associações), XXXIII (direito de informação), XXXIV (direito de certidão), XXXV (direito de ação), XXXVII (garantia do juiz natural), XXXVIII (garantia do júri), XLI (proibição da discriminação), XLV (individualização da pena), XLIX (garantia da incolumidade física e moral do preso), L (direito de amamentação dos filhos das presidiárias), LIII (princípio da competência da autoridade processante), LV (ampla defesa e contraditório em qualquer processo judicial ou administrativo), LVI (inadmissibilidade de provas ilícitas), LVII (presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória), LVIII (dispensa de identificação criminal do civilmente identificado), LIX (ação penal privada subsidiária em caso de não ser intentada a ação penal pública no prazo legal), LX (proibição relativa da restrição da publicidade dos atos processuais), LXI (admissibilidade estrita da prisão), LXII (comunicabilidade da prisão à família e à pessoa indicada pelo preso, bem como à autoridade judiciária), LXIII (comunicação aos presos de seus direitos), LXIV (direito à identificação dos responsáveis pela prisão e pelo interrogatório policial), LXV (dever da autoridade judicial em relaxar a prisão ilegal), LXVI (direito à liberdade provisória), LXVII (princípio da patrimonialidade da execução cível, salvo o depositário infiel e o inadimplente de obrigação alimentar), LXXIV (assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes), LXXV (dever de indenização, pelo Estado, ao condenado por erro judiciário e ao que ficar preso por prazo excessivo).

Em tal extenso rol de direitos e garantias podem ser incluídas outras declarações decorrentes dos princípios ali adotados, como, por exemplo, o disposto no art. 93, inciso IX, ou os artigos 133 e 134, considerando a Advocacia e a Defensoria Pública como indispensáveis à administração da Justiça, que não são normas a expressar o corporativismo que tanto representa de ameaça para alguns, mas são normas garantidoras do acesso à Justiça, que é o requisito mínimo da existência do Estado Democrático de Direito.

Até mesmo ao prever a proteção à criança e ao adolescente, a nova Constituição simplesmente repete declarações internacionais já firmadas pelo país.

*Todos esses princípios, aparentemente dispersos, nada mais são do que expressões do princípio do “devido processo legal” (**due process of law**), que antes já era reconhecido em nosso Direito como princípio básico do processo judicial e que agora ganha, expressamente, foros de garantia constitucional.*

Todos esses princípios poderiam, sem nenhum prejuízo, se diferente fosse nosso desenvolvimento jurídico, ser substituídos pelo comando contido no inciso LIV do art. 5º: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Podemos, assim, conceituar o princípio do devido processo legal, no sentido formal, como a garantia de um processo ordenado para qualquer limitação à liberdade ou aos bens de quem quer que seja. Na expressão lapidar de Humberto Quiroga Lavié, “El debido proceso legal adjetivo: según el cual los actos constitucionales de cada poder del Estado deben formarse respetando los procedimientos establecidos por la norma constitucional que le otorga validez”.

É assim, o princípio do devido processo legal, ou devido processo de lei, o conjunto de princípios, constitucionalmente previstos, expressa ou implicitamente, que informam o processo de decisão do Poder Público.

4. CONCLUSÃO

Quanto ao princípio da publicidade, podemos concluir no sentido de reconhecer que a promessa constitucional de acesso à Justiça, contida no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, tem no processo mero instrumento de garantia de efetivação do direito fundamental e que a publicidade do processo, muito além de constituir dever organizacional do Poder Judiciário, constitui necessidade inelutável do Estado Democrático de Direito.☐

O Habeas Corpus Contra Ato de Particular

SERGIO DEMORO HAMILTON

Procurador de Justiça/RJ, Professor de Processo Penal da Faculdade de Direito da Universidade Santa Úrsula, Professor Convidado da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ).

1. Como por todos sabido, foi através da **Magna Charta libertatum**, de 15 de junho de 1215, que se instaurou de forma solene a tutela da liberdade individual e, por via de conseqüência, a exigência de controle jurisdicional da prisão de qualquer cidadão. Imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra, passaram, desde então, a ser expedidos **writs** (mandados) para que o homem (**corpus**) fosse trazido à presença do juiz com a finalidade de que este decidisse, de forma sumária, sobre se a prisão poderia ou não ser mantida. Com efeito, estabelecia aquele texto constitucional a seguinte determinação:

(nº 39) “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer forma molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele, senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país”¹

¹ Constituição da Grã-Bretanha, outorgada por João sem Terra, em 15 de junho de 1215 e confirmada seis vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III; seis vezes por Ricardo II; seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI.

Tal princípio veio a ser aperfeiçoado, séculos depois, pelo **Habeas Corpus Act** de 1679, que Blackstone chamou de “segunda Magna Carta”², onde se estabeleceu um processo legislativo destinado a amparar a tutela ao direito de liberdade. É de ponderar, no entanto, que o **habeas corpus**, então, já existia, como tal, como **common law**. A lei de **Habeas Corpus** de 1679 traçava um procedimento minucioso sobre a maneira de interposição da impetração, estabelecendo a forma escrita para a “reclamação ou requerimento” (art. 1º), a obrigação do preso ser apresentado ao Tribunal em prazo curto (art. 3º), não podendo exceder de vinte dias (prazo pequeno para as condições de locomoção da época), fixava a multa de 500 libras para quem capturasse, pelo mesmo fato, a pessoa beneficiada pela providência do **habeas corpus**, além de outras regras procedimentais.³

Em 1816, através de novo **Habeas Corpus Act**, o “*writ* recebe, no Direito inglês, sua estrutura definitiva”⁴. É o que ensina José Frederico Marques com apoio em Pontes de Miranda, salientando este que o ato de Carlos II, de 1679, não era completo pois só “se referia às pessoas acusadas de crime, de sorte que não tinham direito de pedir **habeas corpus** as detidas por outras acusações ou meros pretextos”. Dessa forma, ampliou-se o âmbito de aplicação do **writ**, tornando-o mais abrangente de maneira a transformá-lo em remédio para resolver “a questão da ilegalidade do constrangimento” sofrido pelo paciente. Esta, também, a posição da doutrina alienígena: “*après la loi*” de 1816 “*on peut considérer comme achevé l’évolution de l’habeas corpus. A ce moment, en effet, l’institution a acquis la nature, la forme, l’ampleur qu’ou lui connaît aujourd’hui*”.⁵

2. Do Direito inglês o **habeas corpus** foi transportado para outras legislações, chegando a nós, como remédio processual, atra-

² Pontes de Miranda, **História e Prática do habeas corpus**, p. 62, 1951.

³ **Constituições do Japão e da Grã-Bretanha**, p. 29/30, Edições Trabalhistas, 1987.

⁴ José Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 374, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª edição, 1965.

⁵ Bernard Delignières, **Le Writ d’Habeas Corpus ad Subjiciendum en Droit Anglais**, 1952, p. 162/163, *apud op. cit.*, José Frederico Marques, p. 367 e 374.

vés do Código de Processo Criminal do Império, de 1832 (art. 340). É certo que, antes de tudo, por tocar de perto os direitos e garantias individuais, ele é um verdadeiro instituto de Direito Processual Constitucional, tal como ocorre com o mandado de segurança. Porém, não há como negar que sua aplicação se dá no campo criminal, justificando, assim, sua disciplina nas leis que regem o processo penal. E foi assim, como lei processual, que ele ingressou em nosso direito positivo.

Releva observar, portanto, que na Constituição do Império, o **habeas corpus** não mereceu referência muito embora em várias passagens do texto legal daquela Lei Maior tenha o legislador constituinte tutelado a liberdade individual (art. 179, §§ 8º, 9º e 10), ficando o remédio heróico relegado à lei ordinária até o advento da Constituição republicana de 1891. Ali, no art. 72, § 22, garantiu-se o **habeas corpus** “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder” (Seção II, que cuidava da “Declaração de Direitos”)⁶

Na época, ficou famosa a posição extremada de Rui Barbosa para quem o **habeas corpus** teria cabimento em qualquer caso em que se desse abuso de poder ou ilegalidade em oposição aos que se mantinham fiéis às linhas clássicas do direito inglês, onde o **habeas corpus** se destinava, apenas, a garantir a liberdade de locomoção, tal como ocorria ao tempo das leis do Império⁷.

A reforma constitucional de 1926, em seu art. 72, § 22 (Seção II, que cogitava da “Declaração de Direitos”), sem dúvida restringiu o âmbito do remédio heróico à liberdade de ir e vir, ao aludir que a medida se daria “sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”⁸.

A Lei Magna de 34 repete as linhas básicas contidas nas normas anteriores, acrescentando, apenas, que “nas transgressões dis-

⁶ **Constituições do Brasil**, p. 352, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

⁷ José Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 376/377, Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro - São Paulo, 1ª edição, 1965.

⁸ **Constituições do Brasil**, p. 396, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

ciplinares” não caberia o **habeas corpus** (art. 113, 23)⁹. Porém, a grande novidade da Constituição de 1934, no âmbito da tutela dos direitos e garantias individuais, resultou na criação do mandado de segurança (art. 113, 33)¹⁰, destinado à defesa de direito “certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. Estabelecia, ainda, que o processo (**rectius** procedimento) seria o mesmo do **habeas corpus**, bem como a obrigatoriedade da ouvida da pessoa de direito público interessada.

Com a criação do mandado de segurança resguardou-se a tutela de direitos não amparados pelo **habeas corpus**, uma vez que, com a limitação imposta pela Reforma de 26, muitos juristas de renome foram buscar nos interditos possessórios a defesa para os direitos que, em razão da norma constitucional, ficaram à deriva.¹¹

Com o advento da Carta de 37, em linhas gerais, foram mantidos os preceitos anteriores constantes da Reforma de 26, falando-se, agora, em “liberdade de ir e vir” (ao invés de “liberdade de locomoção”, o que dá no mesmo) além de manter-se a exceção da incidência do **habeas corpus** para a punição disciplinar. (art. 122, 16)¹²

Ocorrendo a redemocratização do País, o art. 141, § 23 da Carta Magna de 1946 dispôs sobre o **habeas corpus** reafirmando os princípios básicos originários da Reforma de 1926, sem deixar de amparar, pela via do mandado de segurança, outros direitos subjetivos não protegidos pelo **habeas corpus** (art. 141, § 24). E, dessa forma, a matéria voltou a ser tratada nas Constituições de 1967 (art. 150, §§ 20 e 21) e na Emenda Constitucional de 1969 (arts. 153, §§ 20 e 21)¹³.

3. A Constituição em vigor, em seu art. 5º, LXVIII, estabelece que “conceder-se-á **habeas corpus** sempre que alguém sofrer ou se

⁹ **Constituições do Brasil**, p. 533, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹⁰ **Constituições do Brasil**, p. 534, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹¹ Vicente Ráo, **Posse de Direitos Pessoais**, p. 139/140.

¹² **Constituições do Brasil**, p. 609, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

¹³ **Constituições do Brasil**, p. 912 e 1091, Editora Liber Juris, 1975, organizado por Floriano de Aguiar Dias.

achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”, mantendo o mandado de segurança destinado à proteção de direito líquido e certo não amparado pelo **habeas corpus** ou **habeas data**, quando o responsável pela ilegalidade ou o abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (art. 5º, LXIX).

4. Sempre reinou na doutrina o maior dissentimento no sentido de saber se o **habeas corpus** caberia somente contra constrangimento emanado da autoridade pública ou se ele teria sentido também contra a coação originária de ato de particular. Em suma: o remédio heróico poderia ser empregado, somente, contra ato do delegado de polícia, do juiz de direito, do promotor de justiça etc. ou encontraria fundamento contra o diretor de hospital que retém, indevidamente, o doente que se encontra internado ou, ainda, o diretor de colégio que impede a saída de um aluno do estabelecimento de ensino por tempo indeterminado ou, ainda, contra o dono de fazenda que proíbe o empregado de afastar-se de sua propriedade. Em todos estes casos haveria, sem dúvida, violação ao direito de locomoção.

A atual Constituição deixa em aberto a controvérsia, uma vez que, ao tratar do **habeas corpus**, não exigiu, expressamente, que o constrangimento seja exercido por autoridade pública.

Magalhães Noronha coloca-se entre os que sempre deram ao preceito constitucional sentido amplo, ao assinalar que “condiz mais com a índole e a origem do instituto a opinião que amplia seu âmbito, para admiti-lo, também, contra ato de particular”¹⁴

E traz, em prol da sua opinião, o argumento histórico, ao salientar que, em suas origens, o Código de Processo Criminal do Império era taxativo, prescrevendo em seu art. 344:

*“Independentemente de petição, qualquer juiz pode fazer passar uma ordem de **habeas corpus**, ex officio, toda as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha*

¹⁴ E. Magalhães Noronha, **Curso de Direito Processual Penal**, p. 412, Editora Saraiva, 1986, 17ª edição.

*jurada, que **algum cidadão**, oficial de justiça ou autoridade pública, tem ilegalmente, alguém sob sua guarda ou detenção". (grifos meus)*

Não há dúvida de que o legislador do império, ao aludir a *algum cidadão*, admitia o remédio heróico de forma ampla, para atingir, também, o constrangimento emanado de ato de particular, como bem argumenta aquele saudoso Professor e Procurador de Justiça, que, por tantos anos, ornamentou o Ministério Público de São Paulo. Basta a mera interpretação literal da lei processual para que se chegue àquela conclusão.

Tourinho¹⁵, igualmente, esposa a possibilidade da impetração da ordem de ***habeas corpus*** contra ato de particular, invocando, entre outros, a autoridade de Costa Manso, Pedro Lessa, João Mendes Junior e do próprio Magalhães Noronha, acima referido, todos no sentido de que a ilegalidade pode emanar do particular.

Salienta, ainda, o eminente Professor e Procurador de Justiça de São Paulo que o art. 5º, LXVIII da Magna Carta "não fala em autoridade"¹⁶, ao passo que, no inciso seguinte, ao ocupar-se do mandado de segurança e do ***habeas data*** alude, expressamente, à ilegalidade ou abuso de poder, proveniente de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Talvez por ser pouco freqüente, em razão da pronta ação policial, a discussão nos tribunais a respeito da coação decorrente de ato de particular, o ***thema*** nem sempre tem merecido o devido destaque por parte da jurisprudência. Com efeito, constitui verdadeira raridade a ocorrência de tal modalidade de constrangimento ilegal ser discutida na via angusta do ***habeas corpus***. Não me deparei, até hoje, como Procurador de Justiça, com uma hipótese em que a questão viesse à tona.

Além disso, não se pode negar que a corrente de pensamento majoritária, pelo menos na aparência, é a mais consentânea com a

¹⁵ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, v. 4, p. 477/478, 1995, 17ª edição.

¹⁶ Fernando da Costa Tourinho Filho, **Processo Penal**, v. 4, p. 478, 1995, 17ª edição.

própria finalidade do ***habeas corpus***, pois, como salienta Costa Manso, “a interpretação das leis deve ser feita com espírito liberal. Interpretação que, em lugar de proteger a liberdade do indivíduo, só favorece a ação dos que a violam e restringem não é jurídica”¹⁷.

Portanto, a índole do instituto conduz, invariavelmente, o intérprete da lei a ampliar o seu âmbito e, em conseqüência, ao reconhecimento de que ele se aplica, também, contra o ato de particular.

5. Sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, parece-me que a melhor posição doutrinária é a restritiva, excluindo o constrangimento emanado do particular da proteção do remédio heróico.

Com efeito, a linha evolutiva da corrente ampliativa encontra raízes entre nós no Código de Processo Criminal do Império, de 1832, onde, como já assinalado, havia alusão, no art. 344, ao constrangimento oriundo de “algum cidadão”.

Frederico Marques, com apoio em ensinamento de Rafael Bielsa, observa que as origens remotas de tal entendimento regridem ao “Direito Romano, no ***interdictum de homine libero exhibendo***, remédio, sem dúvida, para a recuperação da liberdade física, mas só admissível contra particulares”.¹⁸

Como observa Rafael Bielsa “*ese interdicto se daba cuando los particulares, y no las autoridades, los que privaban de la libertad a un hombre libre*”¹⁹.

O estudo sistemático do nosso Código de Processo Penal conduz, sem sombra de dúvida, à conclusão de que o legislador ordinário, ao especificar a norma constitucional genérica, referiu-se, sempre, à *autoridade coatora*. Basta examinar os artigos 649, 650, § 1º, 653 e seu parágrafo único, 655, 660, §§ 3º e 5º, 662 e 665 da lei instrumental penal, para que não pare indagação a respeito dos objetivos da lei. Não alude, ao contrário do que se dava com o

¹⁷ Costa Manso, *apud*, **Código de Processo Penal**, Bento de Faria, v. II, p. 375, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1960.

¹⁸ Jose Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 374, Forense, Rio de Janeiro, 1ª edição, 1965.

¹⁹ Rafael Bielsa, **Estudios de Derecho Público**, v. III, p. 398, 1952, *apud op cit in* nº 18.

Código de Processo Criminal do Império (art. 344), à tutela jurisdicional em favor da pessoa vítima de detenção efetivada por “algum cidadão”.

Nem se argumente que a Constituição Federal aludiu somente à violência ou à coação sofrida pelo paciente em sua liberdade de locomoção, “por ilegalidade ou abuso de poder”, deixando de fazer referência à “autoridade pública” como ocorre com o mandado de segurança. É que a norma Constitucional, por sua própria natureza, se apresenta com caráter genérico, não necessitando, por tal razão, que todos os seus preceitos desçam a minúcias desnecessárias e até mesmo incabíveis em um texto daquela natureza.

Na verdade, o preceito da Lei Maior teve em mira a ilegalidade emanada do abuso de poder. Ora, o poder a que se refere a Carta Magna não é, à toda evidência, o do particular. É ao poder público, aquele dotado de mando ou de autoridade, *ex vi legis*, que a Constituição se dirige. O particular não dispõe de poder; ele, eventualmente, exerce um constrangimento físico, impedindo o direito ambulatório de determinada pessoa. Porém, em tal circunstância não se pode falar em abuso de poder; estaremos diante, isto sim, da prática de um crime.

A razão está, sem dúvida, com Bento de Faria, ao registrar que “a violência ou sua ameaça, quando realizada por particular contra outrem, constitui crime, sujeitando o agente à ação criminal. Assim, incumbe à polícia o respectivo inquérito contra o infrator, ou mesmo sua prisão, fazendo cessar imediatamente a coação por ele praticada”.²⁰

Portanto, não há confundir o constrangimento físico impeditivo do direito de locomoção proveniente de particular com a privação do direito de ir e vir advindo de ato da autoridade pública. O primeiro nada mais é que um crime; já o segundo dá ensejo à impetração de *habeas corpus*.

E nem se incorra no sofisma de afirmar que o particular também pode prender no caso de flagrante delito (art. 301, CPP). Tal prisão será feita, sempre, em nome da autoridade, impondo-se a

²⁰ Bento de Faria, *Código de Processo Penal*, v. II, p. 376, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro, 1960.

imediate apresentação do preso (**rectius**, capturado) à autoridade competente (art. 304, CPP). Esta é quem irá decidir sobre a lavratura ou não do auto respectivo (art. 304, CPP) e, se for o caso, mandará recolher o detido à prisão (art. 304, § 1º, CPP). Tal modalidade de prisão, expressamente prevista em lei, nada tem em comum com a ação criminosa praticada pelo particular, que age na clandestinidade com propósito inconfessável e criminoso.

É por tal razão que o Código de Processo Penal, em seu art. 240, § 1º, letra “g”, permite, expressamente, a busca e apreensão de pessoas vítimas de crime, mostrando, ainda uma vez mais, quão descabida seria a impetração de **habeas corpus** no objetivo de liberar o ofendido que se encontra privado de sua liberdade de locomoção em poder de mãos criminosas. Aliás, mesmo que se faça abstração de qualquer colocação técnica que o assunto possa merecer, a busca e apreensão será medida muito mais prática, rápida e eficiente para por termo à conduta criminosa do particular.

E se a polícia não agir?

Esta é uma indagação muito comum para os que entendem cabível o **habeas corpus** contra ato de particular.

Não me parece uma objeção capaz de gerar preocupação para quem pensa em sentido contrário. Com efeito, não se pode partir de uma colocação teratológica, presumindo que autoridade policial não atuará. Ao revés, é de presumir-se a ação policial. **Quid inde** caso a autoridade policial, por qualquer razão, não venha a tomar as providências cabíveis?

Bastará ao interessado dirigir-se ao Ministério Público, que, se for o caso, requisitará as providências cabíveis (art. 129, VIII da Constituição Federal e 26, I, letras “b” e “c”, e IV da Lei 8.625, de 12/02/93) ou requerer à autoridade judiciária, conforme a urgência do caso, em caráter cautelar, a busca e apreensão da vítima da ação criminosa (arts. 240, § 1º, letra “g” e 242, CPP).

Este, no meu entendimento, é o caminho adequado para a solução do impasse.

6. Em que casos se daria a intervenção policial para fazer cessar o constrangimento ilegal advindo de ato de particular?

Já vimos que a violência ou a ameaça, quando levada a efeito por particular contra outrem, constitui crime, incumbindo à Polícia

a prisão do coator ou, se tal não for possível, a instauração do respectivo inquérito policial contra o infrator. A peça de informação que daí resultar servirá de base para a eventual ação penal que o Ministério Público venha a propor contra o indiciado.

Em que casos tal se dará?

Já vimos alguns.

Azevedo Marques²¹, um dos autores que mais se destacou no estudo da matéria, dá como exemplos as hipóteses de “um pai ou tutor, ou diretor de internato, que proíbe o filho, ou internado, de sair durante muitos dias, prende-o, enfim, em casa particular, ou no estabelecimento de educação, cerceando-lhe a liberdade de locomoção”.

Estes, ao lado de outros exemplos acima formulados, servem para demonstrar a inocuidade do **habeas corpus** para pronta solução do caso.

Em certas ocasiões, a privação da liberdade de ir e vir do cidadão pode estender-se aos loucos, aos leprosos ou aos idosos sem que se façam presentes as exigências legais necessárias à sua internação. Ainda assim a providência policial resolverá com maior eficiência e brevidade a questão, sem a necessidade da impetração do remédio heróico. Não pode haver dúvida de que o **habeas corpus** só retardaria a liberação da vítima de crime não oferecendo vantagem alguma de prontidão em relação à célere atuação policial no sentido de soltar a pessoa vítima de crime praticado por particular.

7. Assim sendo, e em conclusão, não me parece sólido o argumento segundo o qual pelo simples fato de que a Constituição Federal, ao tratar do **habeas corpus**, não haver feito referência à violência ou à coação emanada de autoridade pública (art. 5º, LXVIII), deva reconhecer-se que ele é cabível contra ato de particular. A verdade é que o Código de Processo Penal, como já demonstrado (5, supra), aperfeiçoando o preceito constitucional, define o **habeas corpus** como providência destinada a enfrentar a coação praticada por *autoridade*.

²¹ Azevedo Marques, **Cinco Estudos**, p. 37, *apud* **Código de Processo Penal**, Bento de Faria, v. II, p. 375, Distribuidora Record Editora, 1960, Rio de Janeiro.

E não se pode discutir que o **habeas corpus** é, “antes de mais nada, remédio de Direito Processual Constitucional” e “sua maior projeção, sem dúvida alguma, reside no campo do processo penal”, como assinala Frederico Marques. E, ainda, acrescenta o saudoso mestre: por tal razão, é “nas leis de processo penal” que se encontra o seu “disciplinamento legislativo” (grifos meus)²².

Dessa forma, revela-se insofismável a colocação aqui defendida: o **habeas corpus** só terá cabimento quando o constrangimento ilegal decorrer de ato emanado da *autoridade pública*. O particular, quando assim procede, nada mais faz que praticar um crime.☐

²² Jose Frederico Marques, **Elementos de Direito Processual Penal**, v. IV, p. 367/368, Forense, Rio de Janeiro, 1965, 1ª edição.

Especialização dos Juízes*

Antonio Carlos Esteves Torres

*Juiz de Direito do TJ/RJ. Presidente do Fórum
Permanente de Direito Empresarial da EMERJ.*

Completou-se um ano desde a realização do XXIV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, uma realização da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual. De agosto de 2004 até esta data, o mundo passou por transformações substanciais e o Brasil por outras tantas. Mesmo para aqueles que não se dão conta de que a escalada frenética do preço do barril do petróleo, hoje ultrapassando a setenta dólares, vem como conseqüência da inquietude que os instantes modernos da globalização produzem, o fato é que o “*planeta bola de futebol*” (**soccer ball planet**) transformou-se no “*mundo bola de gude*” (**marble world**). Essa expressão traduz uma redução de tamanho geográfico e um minguar de propósitos políticos, muitas vezes, na concentração em mãos poderosas, em detrimento de valores e princípios humanos, romântica e juridicamente garantidos. A propriedade intelectual permeia, ao estilo de água, rompendo muros e fronteiras. Todos se submetem a uma entidade sem nome ou face, que, dominando as nações, sem pedir licença, para o que faz ou como faz, e, por isso, o faz com tranqüilidade, geralmente desnacionalizando os países, com resultados muitas vezes imperceptíveis. O que acontece no Extremo Oriente não tem mais o sabor de mistério que ainda vigia durante a época de **Madame Butterfly** e **Turandot**, de Giacomo Puccini, embora com final igualmente trágico. Os tigres asiáticos não são mais tão visivelmente atemorizantes (substituíram-se os dentes pela agulha têxtil) e o circo do investi-

* Palestra proferida no XXV Seminário Nacional da Propriedade Intelectual - São Paulo - 30/08/2005

mento pode transformar qualquer país em praça da moda. McDonald's e Coca-Cola viajam de Moscou a Lima, de Helsinque à Cidade do Cabo, com a placidez de passeios em jardim público. Mais e mais, a busca da diminuição de custos (*low-cost countries*) transforma populações gigantescoamente numerosas em maquinaria inesgotável de trabalho semi-escravo. A competição ainda é funestamente desigual, monopólio e privilégio são conceitos nada compreendidos para o público laico. Em sugestivo artigo, publicado em **El Paíz**, no dia 17 de julho de 2005, o macroeconomista Paul A. Samuelson chega a invocar Freud com a sua "*civilización y sus descontentos*", esclarecendo que "*Una de las principales causas de descontento es el proceso de globalización en sí*", arrematando com a frase-chave deste pequeno grande artigo: "A felicidade derivada do crescimento rápido nas economias incipientes induz novas incertezas às regiões que no seu conjunto continuam prósperas".¹

Neste torvelinho mundial, o Brasil vai desempenhando o seu papel, como pode, como deixam. Nossos processos na OMC são famosos contra a defesa da taxaçoão e o ataque do subsídio. Mas o Mercado Nacional existe e pode parecer paradoxal, mas a globalizaçoão se apóia "nesta criatura fora de moda, o estado nacional" (**NewsWeek**).² Agora mesmo, a nacionalidade está vivenciando um instante especial da nossa história. Não que a corrupçoão seja maior ou menor do que a que sempre esteve em voga. Apenas, os meios de comunicaçoão se tornaram tão poderosos e velozes que o véu diáfano da hipocrisia não pôde mais sustentar o clima de segredo. Isto ocorre de forma cíclica. As ações sub-reptícias vão ter que encontrar meios mais eficazes para fugir da fatalidade do desvelamento. Este intróito, que tende à escatologia, não deve ser fonte de preocupações insuplantáveis, indestrutíveis, embora não tenhamos notícias sérias e seguras das armas de destruiçoão massiva no Iraque; a Scotland Yard, atingida pela paranóia que aniquila a paz, já mint, e Guantânamo continue impávido. O terror compare-

¹ *La felicidad derivada del crecimiento rápido en las economías incipientes induce nuevas incertidumbres en las regiones que en conjunto siguen sendo prósperas*.

² *"The irony is that rests heavily on the behavior of that old fashioned creature the nation state"*.

ceu com firmeza e determinação: 11 de março em Madri e no triste verão londrino. Continuam dolorosas as lembranças do 11 de setembro de quatro anos atrás, em Nova Iorque. Na ocasião do seminário do ano passado, o Senhor Presidente do Superior Tribunal de Justiça, lançava ventos de otimismo, lembrando que o Brasil é um país maravilhoso, de uma natureza que encanta e de um povo que, dentro de uma década, somará mais de duzentos milhões de pessoas. No entanto, continuamos a criticar — e o senhor Ministro o fez, com franqueza e determinação, durante aquela aula — o nosso Sistema Judiciário, a despeito de passos importantes, como a reorganização da Justiça do Trabalho, a Reforma do Judiciário, enxugando os Poderes Estaduais que ainda mantinham Tribunais de Alçada, e outras medidas que pudessem significar esperança. Estuda-se no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro medida para acelerar a eliminação de arquivos mortos... mas nem tanto.

Neste caminhar, embora o cargo de Magistrado ainda exija de quem possa exercê-lo, na expressão mais completa da sua magnitude, competência, estudos e compromisso, somos obrigados a nos valer da juventude para o preenchimento de vagas. As alterações da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário?), ainda não totalmente implementadas, já reclamam novos passos, no caminho da consolidação de seus propósitos. Não estamos conseguindo nos livrar da papelada, como lembrou o Sr. Ministro, o excesso burocrático ortodoxo dos recursos ainda desafia o pleno fazimento de justiça.

O Senhor Ministro, na aula inaugural, revelou passagens hilariantes, tragicômicas, do universo judicial brasileiro, fazendo referência aos milhares de processos decididos pelos Tribunais Superiores, no período de um ano, dentre os quais a deliciosa ironia do papagaio mordido pelo cachorro (um litígio de vizinhos envolvendo indenização).

Há algumas semanas passadas, no dia 24 de agosto, terrível data para a nossa memória, quando o país mudou uma página da sua história, com o suicídio presidencial, o **Jornal do Brasil** revelava ida ao Superior Tribunal de Justiça de uma causa envolvendo a condenação pelo furto de seis frangos congelados. É uma fórmula cruelmente devastadora de afastar os julgadores do caminho sério e célere de suas funções imprescindíveis. Não se consegue inverter este quadro.

Embora nós não sejamos adeptos ardorosos das teses de um certo colunista cineasta do Jornal **O Globo**, na terça-feira, 23 de agosto, em análise muito bem articulada sobre a crise em que o atual mar de lamas se engrossa, na paisagem da Capital, o nobre jornalista, em longa exposição, esclarece que a *crise é uma verdadeira universidade popular*, boa para conhecer tipos humanos, excelente para aulas de teatro e cultura. Até um personagem que chama de Jeff comprovaria que o crime político não é um defeito, e sim uma instituição, aventando a hipótese de que a salvação do país está na destruição de esquemas denunciados, embora — adverte — ainda se trabalhe como trabalhavam os velhos revolucionários, na sombra e na dissimulação. A crise teria acabado com a bobagem alegórica e messiânica de um partido que se autodestruuiu. A crise é boa, diz o colunista, porque acaba com as ilusões do povo, desmoraliza a ópera bufa e revela os narcisistas compulsivos, agressivos, dependentes, invejosos, fracassados. A crise está mais para Freud do que para Marx. A miséria do país importa mais que a riqueza do país, embora esta seja a miséria e a miséria a própria política.

Depois desta quilométrica exposição filosófica, o cineasta-jornalista (ou jornalista-cineasta?), nas últimas linhas de sua catilinária, esclarece, definitivamente, que a solução da crise está na reforma do Judiciário (!!!???) porque a Polícia Federal e o Ministério Público existem, mas “tudo cessa quando cai na justiça, a cama de todos os vícios e, como antídoto deste veneno, clama pelo Parlamentarismo” (!!!!????).

Aliás, o artigo de Sua Excelência, o Sr. Presidente da entidade anfitriã do Seminário, publicado no **Estado de São Paulo**, neste 27 de agosto, citando observações do Banco Mundial, lança a responsabilidade pela ausência de 40% de empresários no cenário brasileiro ao descrédito com relação à eficiência da Justiça. Em seguida, embora lembre que esta circunstância da abstenção investidora se agrave com a citada ineficiência, enumera causas outras, como as dificuldades do INPI e o descompasso com mecanismos internacionais, o que, espera-se, reduza os efeitos da acusação e não nos desanime definitivamente.

Aí está o panorama que se desenhou depois de um ano do nosso último encontro e as Cassandras e detratores de plantão dei-

xaram passar a oportunidade de exaltar medidas importantes trazidas pelo combalido Poder Legislativo, dentre outras, a Lei 10.931/04, corrigindo defeitos estruturais na seara das incorporações e, mesmo após uma década de intensos trabalhos, conseguiu-se que a Lei de Recuperação de Empresas (Lei nº 11.101/05) viesse a lume, traduzindo um encontro com a realidade econômica que o país ostenta. Ninguém agüentava mais a invectiva primordial do uso do procedimento falencial como fórmula coativa de cobrança. O mundo é outro e continua a sua metamorfose na mesma proporção e rapidez com que os sistemas de comunicação se modernizam.

Com este relato, vale conjecturar sobre a função judicante. O juiz brasileiro, como o próprio Senhor Ministro na sua aula inaugural de um ano atrás reconheceu, está mal atendido quantitativamente. Para um universo de 170 milhões de almas, pouco mais de 15.000 juízes, entre federais e estaduais. Para combater este déficite, os magistrados vão dispensando férias, domingos, sábados, as festas de famílias, os encontros com filhos e netos. Correm para não perder o trem da história, agarrando-se aos vagões da atualização. Se, por um lado, a informática lhe propicia o alcance do mundo, por outro, a quantidade avassaladora de modificações científicas e tecnológicas o condena a não sair da frente do monitor, a perscrutar o avanço internético da história. A especialização lhe toma um tempo precioso que deveria ser destinado às decisões dos litígios, cuja autocomposição se demonstre inviável. Exige-se do juiz, neste início de milênio, um conhecimento técnico que suplanta todo e qualquer limite da exigibilidade razoável. É claro que continuamos fiéis ao pensamento de que o ideal é que o magistrado conheça a floresta e não a árvore. É a mais pura realidade. A *função do julgador* é definir, na hipótese dos conflitos, a supremacia dos *princípios gerais do direito*: cada um deve ter o que é seu; todos devem viver honestamente; não fazer mal a ninguém. Ocorre que, para atingir esses objetivos definidores e, a um só tempo, saneadores de desequilíbrios sociais, transita-se pelos meandros da pletora inimaginável de legislação multiplicada quase que diariamente através de processos nem sempre tipicamente legislativos, como é o caso das Medidas Provisórias ou de alguns excessos regulatórios. Em exposição durante o Seminário tivemos a oportunidade de constatar o mau uso da infor-

mação oficial, eleita como instrumento eliminador de um segmento econômico, no caso da indústria tabagista. Para este obstáculo, no caminho do fazimento de justiça, os administradores judiciais, impossibilitados de aumentarem o número de julgadores, sem decair do zelo com a qualidade do trabalho, foram obrigados, como já se adiantou, a juvenilizar a magistratura, formando magistrado já em exercício na função e, para tornar menos causticante o período normal de transcurso dos processos, com a burocracia processual excedente da que seja necessária ao devido processo legal e ao respeito ao contraditório, a optar pela especialização de magistrados em matérias grandemente intrincadas, além de forte e constantemente alteradas por normas de toda sorte. É perfeitamente assimilada a bifurcação da magistratura nos dois ramos mais específicos do conhecimento jurídico, cível e criminal: cedo percebeu-se a necessidade de sub-bifurcar o segmento civil, especializando-se os juízes em normas familiares e menoristas. Mais adiante e fechando o que nos parece impossível combinar, para fazer face à irreversível escatologia do progresso, com as suas conseqüências globalizantes, com as relações internacionais, inquietas como um formigueiro, conscientes de que, como aconteceu recentemente, ninguém entende mais da generalização dos sobressaltos mundializados do que o leiteiro de Itaperuna, a quem a Parmalat tenha deixado de pagar, sentiu-se a necessidade de destacar juízos para atender a especificidades como a Fazenda Pública, falências e propriedade industrial. A propósito dessas dificuldades, os juízes que pensam, como chama a atenção Herrendorf (HERRENDORF, Daniel E. **El Poder de Los Jueces – Como Piensan Los Jueces Qué Piensan**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2 ed. 1994.)³, têm imensas dificuldades

³ “¿Cómo piensan los jueces que piensan? Por lo pronto, piensan los objetos de la ciencia del derecho con métodos impropios. Describen situaciones y las resuelven bien o mal según la doctrina más enseñada, la norma más próxima siempre y cuando las causa no sean resueltas en forma mecánica por los secretarios y oficiales de los tribunales, lo que es un secreto a voces; práctica que ha desplazado a los jueces de sus funciones a cambio de la comodidad de contar con los dichos subrogantes de fácto.

Pero si el juez asume su función contadas sus luces, será visible que el atosigamiento al que esté sometido le impedirá desplegar su actividad mental de cabo a rabo, y deberá conformarse, por inteligente y lúcido que sea, con soluciones rápidas, inmediatas, que le permitan salir del embrollo y no atrasar los asuntos de su despacho.

En la emergencia, las soluciones formativas — normativistas, digamos — son las más aceleradas: le cabe al juez no

metodológicas arrimando-se em doutrinas repetitivas e apego a normas empedernidas e cômoda jurisprudência. Trabalham de forma mecânica, contando com a secretária e funcionários, porque, se assumirem a sua função mágica, com todos os seus percalços, acabarão afogados em papéis e impedidos de raciocinar, resolvendo os litígios por ouvido, nunca pela música da afeição científica.

Como vêem, tivemos que traçar um percurso longo das circunstâncias evolutivas do direito para esclarecer por que o Rio de Janeiro e São Paulo tiveram que optar pelo juiz conhecedor da árvore, em termos empresariais, para poder lhe permitir o trânsito pela floresta, de forma mais veloz e segura.

A história da propriedade intelectual não é brasileira, embora nós tenhamos a nossa própria história da propriedade intelectual e que já vem de longe. Os doutos apontam atos de 1809, com o Alvará de 28 de abril, do Príncipe Regente D. João VI. E, entre diplomas importantes, como a Lei 7.903, de 27.08.1945, sobre crimes em matéria de propriedade industrial, o Código da Propriedade Industrial, Lei nº 5.772, de 21.12.1971, até a Lei vigente, nº 9.279, de 14.05.1996, as modificações tiveram sempre em mira relações do país com outras nações, tanto é assim que a Convenção de Paris, do final do século XIX, ainda é um marco importante na organização do nosso direito marcário. A falta de óleo em nossas engrenagens burocráticas tem impedido, mais do que a ineficiência do Judiciário, a adoção de mecânicas mais expeditas. Estou pensando do PCT e no Protocolo de Madri, tratados que ainda não encontraram firme aplicação em território nacional.

A especialização é um objetivo presente em lei – art. 241, da Lei 9.279/96. Os juízos especializados, que, no Rio de Janeiro, além de falências e concordatas, agora recuperações, ainda decidem sobre direito marítimo, causas societárias e ações civis públicas, imprimiram razoável velocidade e maior segurança ao exame de questões sobre a propriedade intelectual, em especial, sobre marcas e

hacer más que repetir lo que la norma dice, con lo que se libera de actividades más complejas – interpretativas, comprensivas, intelectivas –.

En esa reiteración de los vocablos de la norma pertinente queda contenida la sentencia. Así resuelven habitualmente los problemas nuestros jueces.

Por atosigamiento, por velocidad, por falta de tiempo material, por comodidad intelectual. “

patentes, desde que não envolvam o Instituto Nacional da Propriedade Industrial porque, nessa circunstância, passa a funcionar a Justiça Federal, também especializada. De toda a sorte, não é que o magistrado caprichoso, estudioso, não pudesse decidir sobre questões dessa natureza particularizada. Mas, com o acúmulo de feitos tão diversificados quanto sejam a ação possessória e o despejo; o mundo da ordinária e das buscas e apreensões, além de cautelares e liminares sem fim, melhor seria que o profissional da decisão não tivesse que buscar nos alfarrábios o significado de estado da técnica (tudo o que vem antes de “caracterizado por”, expressão eminentemente patentária), marca de alto renome, licença compulsória, **pipeline**, patente, invenção (cuidado com o conceito civil de invenção e tesouro, artigos 603 e 607, do Código Civil), a mecânica do registro, a perda do direito, a caducidade, dos pedidos de licença e suas fórmulas contratuais.

A adaptação do conhecimento geral que todo magistrado deve ter a essa especificidade não lhe permitiria decidir com a presteza que o furor da modernidade impõe. O Poder Judiciário no Brasil, de uma forma geral, se avia no sentido de se aprimorar. As Escolas de Magistratura, Federais, Estaduais, a Escola Nacional da Associação dos Magistrados Brasileiros se articulam para aprimorar as condições intelectuais de seus associados e integrantes, numa luta contínua para suplantar as vicissitudes trazidas pela velocidade com que conceitos, doutrinas, leis se alteram a cada instante e isto tudo com as dificuldades trazidas pela quantidade deficitária dos que estão encarregados do mister de fazer justiça. Os senhores titulares de Presidências de Tribunais do Brasil, todos eles já *atosigados* pelos seus misteres judicantes, quando assumem as suas responsabilidades de gestão administrativa, se deparam com um universo no mais das vezes desconhecido e terrivelmente fustigante, porque, a administração pública, aqui e alhures, tem como recepcionista à entrada a escassez de recursos.

Apesar de tudo, vale evitar a demolição de esperanças, como fazem alguns desconhecedores da indispensabilidade do direito, lembrando que, ao menos quanto à propriedade intelectual, à igual a do que sugere REHBINDER (REHBINDER, Manfred. **Sociologia Del**

Diritto. Italy: Vittore Gualandi, 1982, F. 138/139)⁴ em trabalho primoroso: os atuais fenômenos das crises do direito não são afinal sintoma da sua morte ou de sua substituição por outros mecanismos do ordenamento, mas sinal de sua constante adaptação às mudanças do ambiente social. Esse processo de adaptação se manifesta, essencialmente, nas seguintes tendências evolutivas: a) a estandarização da sociedade no sentido de que uma sociedade de massa, causada pelo progresso científico e técnico, tem por consequência um tendência à estandarização do direito; b) ... socialização do direito; c) aumento do material jurídico; d) especialização e burocratização das instituições jurídicas; e) racionalização e cientificização do direito. Estas cinco tendências mencionadas, presentemente, têm estreita dependência uma da outra. Assim, a difusão da elaboração eletrônica de dados conduziu a evolução do direito em todas as cinco direções.

Voltamos, assim, às observações iniciais, sobre as dificuldades com que o Judiciário se defronta. Seus integrantes, com frequência, mesmo ao final de jornadas incrivelmente estafantes, reúnem-se em cursos, palestras, seminários, em que, a exemplo da ABPI, outras entidades e organizações vêm colaborando, cedendo o concurso de seus mais competentes associados, para fornecer aos sacrificados julgadores seus conhecimentos e aconselhamentos.

À guisa de conclusão, há um consenso entre os mais diversos segmentos da árdua tarefa de estudos jurídicos, como a ABPI, de que o aprimoramento dos que dinamizam o direito seja um caminho em direção ao progresso da magistratura, tornando assim menos longínquos os objetivos do fazimento de justiça. ☐

⁴ "Gli attuali fenomeni di crisi del diritto non sono dopotutto sintomo della morte e della sua sostituzione mediante altri meccanismi di ordinamento, ma segni del suo costante adattamento si manifesta essenzialmente nelle seguenti tendenze di evoluzione: A) La standardizzazione della società nel senso di una società di massa, causata dal progresso scientifico e tecnico, ha per conseguenza una tendenza verso la standardizzazione del diritto ... b) ... la socializzazione del diritto. c) ...l'aumento del materiale giuridico. d) ...specializzazione e burocratizzazione delle istituzioni giuridiche. e) ...la razionalizzazione e la scientificità del diritto. Le cinque tendenze di sviluppo ora menzionate sono nel presente strettamente dipendenti l'una dall'altra. Così la diffusione dell'elaborazione elettronica dei dati ha portato all'evoluzione del diritto in tutte e cinque le direzioni."

A Decisão Judicial e os Direitos Fundamentais Constitucionais da Democracia

*“Ele não está aqui, fui eu quem tocou o sino”, respondeu o camponês. “Mas então, ninguém morreu?” Insistiram os habitantes; o camponês respondeu novamente: “Não, ninguém que tivesse um nome ou a figura de uma pessoa, **eu toquei o sino pela Justiça, porque a Justiça está morta**”.¹*

Mauro Nicolau Junior

Juiz de Direito do TJ/RJ, Mestre em Direito Público e Evolução Social, Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade Cândido Mendes e da EMERJ

1 – INTRODUÇÃO

As duas últimas décadas proporcionaram ao país a sensível valorização dos princípios democráticos que elevaram a pessoa humana ao *status* de valor fonte fundamental do Direito e este, por sua vez, representa o estabelecimento de normas de conduta destinadas a possibilitar a convivência social. Neste clima de novos ares e novos direitos, vem o país deixando para trás duas “décadas de chumbo” quando se vivenciou a mais completa desconsideração aos direitos individuais e coletivos do ser humano e, também por isso, o Poder Judiciário passou a exercer papel fundamental na vida das pessoas na efetivação da tutela de tais prerrogativas.

¹ SARAMAGO, José. “Da justiça à democracia, passando pelos sinos”. *Le Monde Diplomatique*, n. 576, p. 3, Mars 2002.)

Este Poder que chegou a representar um mero órgão técnico do governo ou, quando muito, apenas a “boca da lei”, passou a frequentar o imaginário da comunidade e dos profissionais do Direito inspirados em idéias e ideais libertários e democráticos e sobre ele lançando a extrema responsabilidade de ser o garantidor maior dos direitos de todos, independentemente de classe social, poder financeiro, político ou qualquer outra forma de subjugar o próximo, o concretizador das aspirações de liberdade.² Essa liberdade inerente ao regime democrático envolve mais do que simplesmente fazer o que se deseja, pois, numa sociedade moderna e globalizada, as ações e condutas produzem conseqüências mais profundas do que as que podem ser visualizadas no momento do ato, funcionando como caixa de ressonância, o que justifica uma preocupação coletiva mais aguda no sentido de voltar os olhos para a necessidade de observância de que as ações, condutas e relações jurídicas devem ser pautadas pela solidariedade, pela preocupação com o próximo, sem descuidar da necessária individualidade pessoal que há de ser preservada³.

É esse o vetor a pautar a atuação do Poder Judiciário para compor as lides através de decisões que, proferidas por juízes imparciais e eqüidistantes das partes, na relatividade que tais termos possa propiciar, conduza a decisões justas e legítimas.

1.1 - Liberdade e Imparcialidade

Talvez o termo que mais identifique o princípio democrático de direito fundamentado na Constituição Federal, seja LIBERDADE que não se imagina desvinculada de uma posição de imparcialidade a respeito do tema, posicionamento científico exigido do pesquisador e, também, do julgador. No entanto, há uma consciência da utopia em imaginar-se uma pessoa totalmente neutra, visto que, em

² Para João Baptista Herkenhoff garantir a liberdade dentro de uma sociedade solidária é o desafio que se coloca. Liberdade para todos e não apenas para alguns. Liberdade que sirva aos anseios mais profundos da pessoa humana. De modo algum a liberdade que seja instrumento para qualquer espécie de opressão. (**Gênese dos direitos humanos**. 2ª ed. Aparecida, SP: Santuário, 2002).

³ MORAES, Maria Celina Bodin de. “O princípio da solidariedade”. In **Volume comemorativo do 60º aniversário do Departamento de Direito da PUC-Rio**.

qualquer situação, até mesmo de omissão, é impossível desfazer-se dos conceitos, princípios e valores que foram se amalgamando ao caráter, à personalidade e à própria alma de cada um. A pessoa, historicamente, sempre esteve pautada e suas atuações limitadas e, às vezes, impostas pelos estreitos parâmetros da religião, da moral e da preservação do patrimônio, cedendo espaço, portanto, à liberdade que, em sua plenitude, talvez representasse a implantação do caos.⁴

Pressuposto fundamental da legitimidade e eficiência das decisões judiciais, a imparcialidade há de ser estudada, não como às vezes apregoada, estigmatizante, paralisante, alienante que ofusca e cega, impedindo que se veja e se caminhe adiante. Faz-se necessário, implantar ou aprofundar o princípio da *liberdade de pensar*, que envolve de forma objetiva, o próprio conceito de democracia. Mais uma vez Hannah Arendt⁵ esclarece que o tema só começou a despertar o interesse dos filósofos *quando a liberdade não mais foi experimentada no fato de agir e de associar-se com outros, mas no querer e no comércio consigo mesmo, em síntese, quando a liberdade se tornou livre-arbítrio.*

A liberdade só se manifesta, conclui ela, *quando o eu quero e o eu posso coincidem.* Não é apenas desejo contra desejo, o que é próprio do livre-arbítrio, mas junção de desejo e poder. Nas grandes metrópoles – inventa-se e desenvolve-se a democracia, como campo fértil ao exercício da liberdade. Nelas também se manifestam os entraves ao exercício dessa mesma liberdade. Na filosofia de Aristóteles, o fundamento do direito está na própria *pólis*. Como o direito existe na sociedade, já que o homem é animal político, segue-se que o fundamento é imanente à própria sociedade num Estado democrático de direito: *O homem deve buscar a vida boa, que*

⁴ No que pertine à imparcialidade, escreve Hannah Arendt, que veio ao mundo quando Homero decidiu cantar os feitos dos troianos não menos que os dos aqueus, e louvar a glória de Heitor não menos que a grandeza de Aquiles. Essa imparcialidade homérica ecoa em Heródoto que decidiu impedir que os gregos e bárbaros perdessem seu devido quinhão de glória [...]. Não apenas deixa para trás o interesse comum no próprio lado e no próprio povo, mas descarta também a alternativa de vitória ou derrota, considerada pelos modernos como expressão do julgamento objetivo da história e não permite que ela interfira com o que é julgado digno de louvor imortalizante. (ARENDR, **A condição humana**. 10ª ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

⁵ ARENDR, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. Trad. Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

só pode obter se se integrar ao sistema social em que vive. O fim do Estado não é meramente a vida, mas a boa qualidade de vida⁶.

O homem nasceu livre, escreveu Rousseau⁷, mas é preciso que a independência do indivíduo natural não lhe seja roubada, quando entra na sociedade e se torna um cidadão. Nessa linha de pensamento, o problema consiste em encontrar um sistema social em que as exigências da ordem e da liberdade não sejam contraditórias. É, pois, o desafio dos nossos tempos: hoje, as grandes cidades concentram o melhor e o pior, o justo e o injusto, o novo e o velho, o natural e o artificial, a liberdade e a ordem. Qualquer discussão sobre a democracia e liberdade que não tome como ponto de partida as cidades modernas e os problemas nelas vivenciados notadamente originados do relacionamento entre as pessoas, tende a ser mais uma abstração. De qualquer sorte, o paradoxo reside em que essa liberdade que se busca e à qual tanto se aspira é também aquela em cujo nome já se desencadearam guerras, mortes, ódios e rancores que atravessam séculos.

A despeito dessas distorções, a liberdade tem sua força transcendental e reforça-se na época contemporânea como inafastável ao ser humano, eis que deve conduzir à utopia de criação de uma sociedade solidária. Não deve conduzir ao isolamento, à solidão, à competição, ao esmagamento do fraco pelo forte, ao homem-lobo-do-homem, à ruptura dos elos. Essa ruptura leva tanto à esquizofrenia individual como à social.

2 – O QUE SE HÁ DE BUSCAR: FUNÇÃO DE TODO E QUALQUER PROFISSIONAL DO DIREITO

Diante de tantas incertezas, revela-se fundamental a necessidade de uma *reflexão crítico-constutivo* da democracia que vivemos e do papel do Poder Judiciário, em direção a um sistema jurídico liberto de distorções preconceituosas e fundado em “fetiches” que, muitas vezes, impede de pensar e ver o que está diante dos

⁶ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”. In: **Os pensadores**: Jean-Jacques Rousseau. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

olhos, e para tanto, o caminho que se há de trilhar é o da legitimidade de suas decisões como forma de efetivação do princípio constitucional de valorização da pessoa humana como centro de irradiação de todo o sistema e destinatária de todas as preocupações e atenções, perpassando os sistemas de Justiça tradicionais.

Na tentativa de traçar alguma delimitação teórica no quadro de crise em que se encontra o Poder Judiciário e, de forma geral, todo o Poder, serão concentradas as atenções em um dos vários aspectos desse amplo panorama: o da ineficiência da Justiça brasileira medida em relação a um adequado desencargo de suas atribuições constitucionais dentro de um Estado Democrático de Direito de forma a se atingir a legitimidade de suas decisões.

*A falha dos mecanismos estatais em assegurar uma prestação segura e eficiente de serviços judiciais, no entanto, a par de não espelhar uma realidade propriamente nova, vem agora ganhando um especial relevo que não apenas a torna uma questão extremamente atual, como traduz-se em um reflexo positivo de uma progressiva conscientização social, na medida em que a cobrança pela realização do justo é um anseio próprio da cidadania.*⁸

E, não se tem mais qualquer dúvida em afirmar que o acesso à *ordem jurídica* justa é prerrogativa constitucionalmente assegurada como, também, consiste naquela parcela considerada como mínimo indispensável à manutenção da dignidade da pessoa humana. Para Ricardo Lobo Torres⁹ o mínimo é direito subjetivo protegido negativamente contra a intervenção do Estado e, ao mesmo tempo, garantido positivamente pelas prestações estatais.¹⁰ O aspecto de “universalidade” dos direitos humanos é peculiar a essa modalidade de direitos e se manifesta, primeiramente, na promulgação da

⁸ MOREIRA, Helena delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil. Crise de Eficiência**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 21.

⁹ TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In: **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁰ Ingo Sarlet completa: [...] a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem. (SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002).

Declaração Francesa de 1789 e, posteriormente, em 1948, na Declaração da ONU.¹¹

Os movimentos internacionais voltados à preservação e à proteção dos direitos humanos vêm ganhando força e prestígio, a ponto de que, em diversos países, inclusive o Brasil, os tratados que contêm com a adesão formal são incorporados pela ordem jurídica com *status* de norma constitucional, notadamente diante da norma expressa inserida na Constituição Federal através da recente Emenda número 45 que superou o antagonismo entre os sistemas monista e dualista. Se, por um lado, tal fato pode pouco representar diante de forças atuantes que dificultam sua concretização, de outro, rende ensejo a que movimentos organizados a partir da força popular exerçam pressão política cada vez mais eficaz.

3 – O PODER JUDICIÁRIO – FOCO DAS ATENÇÕES POPULARES

A atuação eficaz do Poder Público (princípio da eficiência - direito fundamental dos cidadãos) se mostra relevante para a plenitude do exercício e preservação da democracia, que tem como elemento primordial o homem, e, no que interessa a pesquisa que se pretende desenvolver, do Poder Judiciário atuando com independência e consciência de sua relevância, de forma a tornar real a norma até então existente apenas no plano da abstração. A força da hermenêutica se faz presente no sentido de buscar a aplicação das normas legais e constitucionais de forma que propiciem o respeito aos direitos humanos e fundamentais, até mesmo como caminho de tornar concreto o mandamento de que todo o poder emana do povo, que, em certos momentos, vem sendo solapado pelo que se passou a denominar de “reserva do possível”, termo que vem se banalizando para justificar a ineficiência do Poder Público.

O tema passa, necessariamente, por uma análise do papel do Poder Judiciário no que diz respeito ao amparo das pretensões posi-

¹¹ Segundo Paulo Bonavides, a Declaração da ONU, procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da tríple geração (ainda não existiam os direitos de 4ª geração) na titularidade de um indivíduo que antes de ser homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por uma pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000).

tivas, ou seja, se seria possível ao magistrado tutelar tais pretensões ou se ele estaria limitado ao controle do discurso em face da separação dos poderes, já que diante da “reserva do possível” negar-se-ia a competência dos juízes (não legitimados pelo voto) a dispor sobre medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários.

Conhecido é o sistema de posições jurídicas fundamentais de Alexy¹², veiculado em sua teoria analítica dos direitos subjetivos, em que há uma tríplice divisão: direito a algo, liberdades e competências. O direito a algo é concebido como uma relação trilateral na qual o primeiro membro é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro é o objeto do direito. Quando se cogita sobre os direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas são chamados de direitos de defesa, enquanto os direitos a ações positivas coincidiriam, parcialmente, com os direitos a prestações, em uma conceituação restrita de prestação. Os direitos a ações negativas subdividem-se em: a) direito ao não-impedimento de ações; b) direito à não-afetação de propriedade (bens) e situações (jurídico-subjetivas); e c) direito à não-eliminação de posições jurídicas. Por seu turno, os direitos a ações positivas desmembrar-se-iam em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.

Pela evolução histórica e pelas características originais, os direitos voltados ao valor liberdade foram inicialmente classificados como direitos negativos, na qualidade de limites constitucionais ao poder do Estado. Como corolário dessa visão, os direitos da liberdade seriam sempre eficazes, já que não dependeriam de regulamentação. Conquanto fosse admitida a regulação das liberdades, o gozo das mesmas decorreria da própria Constituição, e não do trabalho do legislador inferior. Por outro lado, os direitos sociais foram inicialmente reconhecidos como voltados não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos (a expressão “direitos positivos” aqui lançada não guarda qualquer relação com a emblemática oposição entre “direitos positivos” e “direitos naturais”. A “positividade” está na ação do Estado dentro do

¹² ALEXY, Robert. “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, nº 217, 1999, p. 55-66.

campo material).¹³ E, remata J. J. Gomes Canotilho¹⁴ que a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” aponta à dependência dos recursos econômicos. A elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

Por força da indigitada limitação de recursos, parcela substancial da doutrina vem defendendo que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais considerados mais relevantes, por integrarem o *núcleo da dignidade da pessoa* ou por decorrerem do direito básico da liberdade – teria validade *erga omnes* e seria diretamente sindicável. Estaria incluído neste núcleo sindicável o acesso à *ordem jurídica justa* (Art. 3º, I, CRFB), com todas as conseqüências de eventual resposta positiva, desde o aprimoramento cultural e social dos magistrados e demais profissionais que exerçam funções essenciais à Justiça, até a implantação de equipamentos e instrumentais necessários a atender uma demanda que vem se avolumando sobremaneira, dia após dia?

À luz de todo o exposto, importa informar desde já que a ausência de recursos materiais constitui uma barreira fática à efetividade dos direitos sociais, esteja a aplicação dos correspondentes recursos

¹³ Como professa Norberto Bobbio: É supérfluo acrescentar que o reconhecimento dos direitos sociais suscita, além do problema da proliferação dos direitos do homem, problemas bem mais difíceis de resolver(...): é que a proteção destes últimos requer uma intervenção ativa do estado, que não é requerida pela proteção dos direitos de liberdade, produzindo aquela organização dos serviços públicos de onde nasceu até mesmo uma nova forma de Estado, o Estado Social. Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática, ou seja, para a passagem da declaração puramente verbal à sua proteção efetiva, precisamente o contrário, isto é, a ampliação dos poderes do Estado. [...] na Constituição italiana, as normas que se referem a direitos sociais foram chamadas puramente de programáticas. Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proíbem e permitem num futuro indefinido e sem prazo de carência claramente delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o ‘programa’ é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de ‘direito’? (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6ª ed. Brasília: UNB, 1995).

¹⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

na esfera de competência do legislador, do administrador ou do judiciário. Ou seja, esteja a decisão das políticas públicas vinculada ou não a uma reserva de competência parlamentar, o fato é que a efetividade da prestação sempre depende da existência dos meios necessários.

Existe a possibilidade de se reconhecerem direitos subjetivos a prestações, tutelados pelo Poder Judiciário, independentemente ou além da concretização do legislador. Robert Alexy¹⁵ observa que, apenas quando a garantia material do padrão mínimo em direitos sociais puder ser tida como prioritária, estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social.

Para a definição do patamar mínimo a permitir a superação da limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o limite real de escassez há que se ter como parâmetro demarcatório o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CRFB), que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais, coibindo abusos que pudessem levar ao seu esvaziamento ou à sua supressão e essa tarefa incumbe ao juiz, ainda que dele não seja exclusiva. Alguns argumentam que, em tempos de crise, até mesmo a garantia de direitos sociais mínimos poderia colocar em risco a estabilidade econômica, impondo-se o “embalsamamento” do Poder Judiciário, como o fez o documento 319 do Banco Mundial. No entanto, é importante salientar, com Alexy, que, justamente em tais circunstâncias, uma proteção de posições jurídicas fundamentais na esfera social, por menor que seja, revela-se indispensável, mas, para tanto, o Judiciário há que se mostrar independente o suficiente dos demais poderes, de ingerências e influências.¹⁶

¹⁵ ALEXY, Robert. “Colisão e ponderação como problema fundamental da dogmática dos direitos fundamentais”. Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, dez. 1998. Não publicada.

¹⁶ Talvez seja uma tarefa que, em se reconhecendo a impossibilidade de ser realizada pelo homem, melhor caberia a Deus, visto que desde que Deus se retirou da vida política (e se despediu da história), seu cargo na estrutura funcional não foi declarado vago. Assim como outrora ELE, o povo foi desde então usado da boca para fora e conduzido aos campos de batalha por todos os interessados no poder ou no poder-violência, sem que antes lhe tivessem perguntado. A diferença reside no fato de que o povo poderia ter sido perfeitamente consultado. Mas nesse caso os donos do poder

Por esse motivo, toda a normatização legal e os princípios constitucionais encontram sua razão e origem no homem e na sua liberdade, daí o papel fundamental do Direito enquanto técnica de convivência indispensável para a manutenção e reforma, quando necessária, da sociedade, fundamentadas em procedimentos que, enquanto legalidade, conferem qualidade ao exercício do poder, sendo por isso mesmo, indispensáveis, dada a relevância entre meios e fins e onexo estreito que existe entre procedimentos e resultados.¹⁷

O resultado da tortura, lembra Norberto Bobbio¹⁸, pode ser a obtenção da verdade. Entretanto, trata-se de procedimento que desqualifica os resultados. Os meios, portanto, condicionam os fins, e os fins só justificam os meios quando os meios não corrompem e desfiguram os fins almejados. Exatamente nesse sentido, há que ser pensado o positivismo, não mais como forma de repressão, mas sim de aprimoramento da democracia, da igualdade de oportunidades garantida pelo procedimento equilibrado e *veraz* que, na lição de Habermas, ao individualizar a *situação ideal do discurso* vem a significar exatamente o desenvolvimento do diálogo e da dialética procedimental por pessoas e interlocutores preparados para tal mister, gerando o equilíbrio necessário de forças para conduzir a um resultado justo obtido pelo exercício potencializado da liberdade. A liberdade positiva fundante e fundada na lei, conforme afirmou

deveriam ter se contentado com a população real, e nesse caso resultariam sempre desejos distintos, o caráter heteróclito das necessidades, a contraditoriedade dos interesses, a incompatibilidade das intenções, em suma, a situação real. Em vez disso, e provavelmente também por causa disso, a despedida de Deus não foi aceita sem ambigüidades. E o dono do poder (juntamente com os seus adversários que queriam tornar-se donos do poder) criou o povo conforme a sua imagem; conforme as suas necessidades e o seu gosto ele o criou. E a democracia? Mesmo lá onde se pensou na população e se tentou instituir seu governo, a seletividade de cada invocação d"o" povo (e mesmo "d" a população) acabou por se impor diabolicamente: o deus evidenciou ser dificilmente exorcizável (diferenças de informação, de cultura, de camada, de classe, de linguagem; manipulação; estrutura de vigência jurídica-institucional). Por trás do lado vitrine do Uno Ponto de Convergência de todas as legitimações pel"o povo" pulula e atua o politeísmo real (i.é., dos *constituent groups*, das classes decisoras, dos que são capazes de articulação e poder-violência (poder) entre grupos). (MÜLLER, Friedrich. **Fragmento (sobre) o poder constituinte do povo**. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

¹⁷ NICOLAU JUNIOR, Mauro. "Segurança Jurídica e certeza do direito. Realidade ou utopia num Estado Democrático de Direito?" (**Boletim ADV-Coad**, "seleções jurídicas", setembro/2004).

¹⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

Rousseau¹⁹: *As leis não são, propriamente, mais do que as condições da associação civil. O povo, submetido às leis, deve ser o seu autor. Só àqueles que se associam cabe regulamentar as condições da sociedade.*

Há que se buscar uma fórmula de garantir a igualdade de oportunidades – a igualdade verdadeira, aquela que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais –, idealizada na República de Weimar e em sua Constituição de 1919, que inaugurou, na Alemanha, o Estado Social de Direito. Esses ares solidários e protetivos se fizeram sentir no Direito norte-americano por meio da jurisprudência que se formou em torno da V Emenda da Constituição (1791), resultando no *due process of law* e com a inclusão, em 1868, da XIV Emenda da cláusula *equal protection of the law*, que viria a ser o suporte do controle e respeito pela igualdade, cuja análise merece atenção visto que vêm se aproximando, no Brasil, os sistemas do *common law e civil law*.²⁰

Nunca pareceu tão oportuna a célebre frase do sofista grego Protágoras: “O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são”.

Qual o papel legítimo do Poder Judiciário nesse quadro?

A dignidade constitui um valor universal. A despeito das diversidades socioculturais perversas e de todas as diferenças físicas, intelectuais, psicológicas, as pessoas são detentoras de igual dignidade, embora diferentes em suas individualidades. Elas apresentam, em função da humana condição, as mesmas necessidades e facul-

¹⁹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens”. In: **Os pensadores**: Jean-Jacques Rousseau. Tradução de Lourdes Santos Machado. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

²⁰ A esse respeito ensina Carlos Roberto Siqueira Castro que o princípio da igualdade articula-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário [...]. Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era. [...] Afivelados estão os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, enquanto elementos de utopia concreta que atendem as perspectivas constitucional-humanitárias. Assim é que a dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. II da CRFB) consta do rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. “O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas”. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (Org.). **1988–1998: uma década de Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999).

dades vitais, e o respeito não pode ser considerado como generosidade, mas sim como *dever de solidariedade imposto a todos pela ética*, e não necessariamente pelo direito, pela religião ou por outra qualquer força estruturante.

Nesse caminhar, sendo o Direito integrado por princípios gerais, escritos ou não (regras e princípios), que dão suporte a todo o ordenamento jurídico, vem sendo propagada a idéia de que o Direito é um sistema não apenas de regras, mas também de princípios que operam, já não mais como fontes subsidiárias, mas sim primárias e prevalentes, sobrepondo-se, inclusive, aos textos legais. Esse movimento convida ainda a que sejam interpretados de forma abrangente e expansiva, alçando o intérprete e aplicador da norma à condição de responsável pela concretização dos direitos humanos. Considerando, portanto, sua aplicabilidade direta e imediata, os princípios impregnam, com toda sua carga valorativa, as normas jurídicas, relacionando-se de forma mais próxima com os direitos da personalidade e os direitos fundamentais. ***Pari passu*** ganharam força as normas legais de conteúdo aberto, o enfoque do ordenamento jurídico permeável, necessitando sempre da complementação, integração e atualização, que são funções do intérprete.

A existência de um Poder Judiciário forte constitui uma garantia de equilíbrio e de pacificação das relações entre os poderes. Sua ausência representa de pronto uma das causas maiores do fracasso dos regimes franceses de separação estrita de poderes. Essa condição política do Judiciário revela-se, também, pela capacidade de controlar a constitucionalidade dos atos dos outros poderes e de defender a sociedade dos abusos eventualmente cometidos pelo Estado.

4 – A LEGITIMIDADE UTÓPICA DAS DECISÕES JUDICIAIS

Para Hannah Arendt²¹, *a igualdade não é um dado, mas um construído*, de forma que a todos cabe enfatizar a busca da aplicação e da concretização dos direitos humanos, notadamente quando

²¹ ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro: o conceito de história antigo e moderno**. 2ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1979.

alçados ao *status* constitucional que, num regime democrático de direito, impõe, possibilita e conta com a participação ativa e efetiva de todos. É absolutamente atual a lição de Rousseau, quando perquire, no prefácio do “Discurso sobre a desigualdade dos homens”: *Como conhecer, pois, a origem da desigualdade entre os homens, a não ser começando por conhecer o próprio homem?*

Ao passo em que se percebe um grande número de conceitos abertos utilizados pelo sistema normativo vigente, a atuação da justiça de forma a complementar, aprimorar e atualizar os significados nele existentes se revela utópica, não no sentido vernacular (ou seja, como projeto irrealizável, quimera), mas sim como ensina João Baptista Herkenhoff:²² *a utopia é o contrário do mito, ou seja, utopia é a representação daquilo que não existe ainda, mas que poderá existir se o homem lutar para sua concretização. A utopia alimenta o projeto de luta e faz a História* [sem destaque no original]. Não se ignora a massificação da agressão e da própria suplantação dos direitos humanos, tanto local como universalmente. Basta abrir os jornais que trazem diariamente demonstração de miséria, violência, discriminação, prepotência, corrupção, para concluir que o ser humano clama por justiça, igualdade e fraternidade. Como ainda ensina Herkenhoff,²³ *as pessoas têm uma dignidade humana que tem que ser reverenciada. O Direito não pode ser instrumento legitimador da exploração do homem pelo homem. Direito que legitima a espoliação não é Direito, mas corrupção do Direito.*

Clara demonstração dessa assertiva está no artigo 12 do novo Código Civil (“Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, a direito da personalidade e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”) e também no artigo 2º (“A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”). A distribuição de justiça de forma eqüitativa, equilibrada e isonômica, realizadora da Constituição Federal, dos projetos nela inseridos e do próprio *sentimento*

²² HERKENHOFF, João Baptista. **Direito e utopia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

²³ HERKENHOFF, João Baptista. **Gênese dos direitos humanos**. 2ª ed. Aparecida, SP: Santuário, 2002.

constitucional, nas palavras de Pablo Lucas Verdú²⁴ é o que justifica a existência do Poder Judiciário.

Num ambiente de democracia ainda frágil, correntes menos interessadas na justiça se aproveitam para lançar teses que, no fundo, representam o engessamento do Poder Judiciário, transformando-o em mera instituição ou órgão técnico a serviço de forças econômicas.²⁵ O Banco Mundial através do documento que tem o título *O setor judiciário na América Latina e no Caribe – Elementos para reforma*, identificado como Documento Técnico nº 319 cuja primeira edição já data de meados de 1996, produzido nos Estados Unidos, prevê claramente a necessidade de reformas de fundo nos Poderes Judiciários da América Latina e do Caribe. Propõe, então, um projeto de reforma global, com adaptações às condições específicas de cada país, mas com o mesmo princípio e a mesma lógica: quebrar a natureza monopolística do Judiciário, melhor garantir o direito de propriedade e propiciar o desenvolvimento econômico e do setor privado, fragilizando a expressão institucional do Poder Judiciário e tornando-o menos operante nas garantias de direitos e liberdades, desde que estejam em jogo as necessidades do capital, sobretudo do capital internacional, o que é, por certo, afronta direta à Constituição Federal e à soberania nacional.

O desenvolvimento econômico é, por certo, finalidade a ser obtida pelos governos. Mas não é, decididamente, tarefa do Judiciário. O Judiciário não produz e não deve produzir desenvolvimento econômico. *O Judiciário produz e deve produzir justiça*. De outra sorte, para aceitar as mudanças técnicas, é necessária uma mudança cultural, desde a formação dos profissionais em direito, em especial com a desformalização do processo ao mínimo necessário e a

²⁴ VERDÚ, Pablo Lucas. **O sentimento constitucional. Aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política**. Tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

²⁵ Veja-se, a propósito, o que consta do Documento 319 do Banco Mundial quando conclui que muitos países estão colocando as reformas legais e judiciais como parte de seus programas de desenvolvimento. Isso é resultado do crescente reconhecimento de que o progresso econômico e social não é atingível de forma sustentável sem respeito às regras fixadas nas leis e à consolidação democrática, e sem uma efetiva proteção dos direitos humanos amplamente definida; cada um desses pontos requer um bom funcionamento do Judiciário, que interprete e dê força às leis, eqüânime e eficientemente. Um Judiciário efetivo é previsível, resolve casos em um tempo razoável e é acessível ao público.

redução do garantismo excessivo com o respectivo aumento no grau de confiança nas próprias decisões, até porque, como afirmado por Liebman²⁶, *as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação*. Assim, não parece restar dúvidas de que a justiça se alcança por meio da tutela dos direitos constitucionalmente amparados e da legitimidade de suas decisões.

Os princípios fundamentais do Estado democrático de direito brasileiro, que se positivam no artigo 1º da Constituição Federal, incorporam a idéia de segurança que, ponderada e razoavelmente, imanta a dignidade, a soberania, a livre iniciativa e o trabalho, a cidadania e o pluralismo político. Os princípios de segurança jurídica entram no jogo de ponderação com os princípios de justiça, na busca do equilíbrio entre a segurança justa ou a justiça segura, tornando-se ideal ético e jurídico, com os seus reflexos sobre a ponderação entre os princípios da legalidade e da distribuição de bens.

Parece ser bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples idéia majoritária. Democracia significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos da maioria, pode dar uma grande colaboração à democracia; e para isso pode em muito colaborar um judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *cheks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante outros centros de poder.²⁷

A legitimidade (ou legitimação) se alcança pela justificação, necessariamente ligada aos fundamentos dos direitos que, na lição de Ricardo Lobo Torres²⁸ *é um tema geral que se abre a diferentes*

²⁶ LIEBMAN, Enrico Túlio. **Manual de Direito Processual Civil**. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985. v. 1.

²⁷ De todo modo, como observa Capelletti, a situação de desequilíbrio entre os poderes do Estado em face da ausência de um judiciário forte e independente, identificada como “perigosa”, pode obter relativa equalização pela instituição de organismos “quase judiciários”, como conselhos ou tribunais administrativos, investidos de tarefa não confiada à magistratura ordinária, o controle dos “poderes políticos”, caso da França e seu *Conseil d’État*, que não integra o Judiciário e em cuja competência encontra-se justamente a decisão dos conflitos entre particulares e a administração pública. (CAPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993, p. 47)

²⁸ TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. (V. III – Os direitos humanos e a tributação – Imunidades e isonomia).

respostas, inclusive positivistas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. A legitimidade do Estado moderno tem que ser vista, sobretudo, a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso.

A doutrina de Kelsen²⁹ procurava superar as ideologias da legitimidade, identificando o Estado com o Direito, entendido como ordenamento coercitivo da conduta humana, sobre o qual a moral e a justiça nada têm a dizer, com o que restringia o princípio da legitimidade à questão da competência dos órgãos ou da validade da norma, sempre dependentes de uma norma superior do ordenamento. A legitimidade da conduta está umbilicalmente vinculada à idéia de validade ética que é entendida como a adequação do direito a valores e idéias aceitos pela comunidade. A distinção entre legitimidade e legitimação, em síntese, está em que aquela se apóia no consenso sobre a adequação entre o ordenamento positivo e os valores, enquanto a legitimação consiste no próprio processo de justificação da Constituição e de seus princípios fundamentais.

O Estado legitima-se por intermédio da manifestação da vontade geral e do contrato social, desde que prevaleça a tríade da Revolução Francesa.³⁰ A segurança jurídica fundamentada apenas na força da lei acabou por perder sua credibilidade quando se realçou o Estado social, no qual preponderava a segurança social, e não a in-

²⁹ KELSEN, Hans. **O que é Justiça?**. Tradução Luis Carlos Borges e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

³⁰ No pensar de Ricardo Lobo Torres a legitimação do Estado advém, ainda, da liberdade, da justiça e da segurança dos direitos e que a doutrina da legitimação do Estado, desenvolvida por Hobbes, Locke, Rousseau e Kant assim se apresenta: Na teoria de **Hobbes** [*Leviathan*] a idéia central é a segurança dos direitos. O homem no Estado de Natureza era inimigo do homem e vivia permanentemente em guerra. Pelo contrato social abdica de uma parte de sua liberdade em favor do Estado, que, por seu turno, lhe garante a preservação dos direitos. [...] Com **Locke** há mudança de argumentação, e a liberdade ganha espaço na legitimação do Estado. A finalidade da união dos homens sob o Estado é a preservação da propriedade, que deve ser obtida pela legislação promulgada e conhecida pelo povo e dirigida à garantia da paz, segurança e bem público das pessoas. **Rousseau** assenta a idéia de contrato social na liberdade com afirmar que "o que o homem perde pelo contrato social é a sua liberdade natural e um direito limitado a tudo que almeja e pode obter; o que ganha é a liberdade civil e a propriedade de tudo que possui". Na Filosofia de **Kant** a liberdade ocupa também lugar de destaque. É fruto do dever ser em que se constitui a máxima de que cada qual deve transformar o seu agir em regra universal de conduta. A partir daí há uma certa concordância entre liberdade e lei, o que faz com que o Estado se legitime através de suas leis obtidas em liberdade. (TORRES, Ricardo Lobo. "A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade". In: _____. (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

dividual até porque a liberdade já não se confunde com a só legalidade, senão que vai se abrir também para o diálogo com a justiça e a segurança. A justiça perde o conteúdo que se acreditou ter por intermédio de regras de ouro e passa a ser procedimental, aberta a regras que fundamentam a democracia. A segurança jurídica compreende também a segurança social que, através de princípios como os da dignidade humana e da cidadania, vai ganhar seu lugar na Constituição.

Nesse ponto, mesmo os princípios da dignidade, da liberdade e da justiça sofrem a influência da ponderação, da razoabilidade, da transparência e da igualdade. Robert Alexy, diz que *a legitimação da decisão judicial só pode derivar da argumentação jurídica racional, que a idéia de racionalidade discursiva apenas se realiza em um Estado Democrático Constitucional e que é impossível um Estado Democrático Constitucional sem discurso, sem argumentação e sem justificação, o que conduz à absoluta preponderância do valor da interpretação das normas.*³¹

5. EMBASAMENTO TEÓRICO NECESSÁRIO À CONSECUÇÃO DOS OBJETIVOS PRECÍPUOS DO ESTADO E DO PODER JUDICIÁRIO

*Na vida da ciência - da ciência jurídica ou de qualquer outra - não há, nem pode haver, ponto de repouso definitivo. O que antes se tiver virado do avesso pode sempre, a todo tempo, ser revirado: não no sentido de dar marcha à ré, de abrir mão do avanço consumado, de desprezar as recentes conquistas; mas no de averiguar se, com a ajuda das novas lentes, porventura não se obtêm, olhando noutra direção, quiçá no sentido contrário, imagens também novas e igualmente enriquecedoras.*³² A eterna busca por um conceito de justiça

³¹ Assim, as decisões emanadas do Poder Judiciário devem ser suficientemente justificadas, segundo os princípios da ponderação e da razoabilidade, para que possam ser consideradas legítimas – situação que se antagoniza com a simples técnica da subsunção, eminentemente positivista e despreocupada com os direitos fundamentais da pessoa humana. Há de se manter conexão do caso em julgamento com a realidade fática e histórica, sujeitando-o ao teste de razoabilidade que procura a adequação entre meios e fins, sopesando as situações particulares diante de princípios constitucionais, nas palavras de Luis Roberto Barroso que informa que, segundo Recaséns Siches e sua lógica do razoável, o logos humano ou do razoável [...] está regido por razões de congruência ou adequação entre a realidade social e os valores, os valores e os fins e a realidade social concreta e os fins e os meios. (BARROSO, Luis Roberto. “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro”. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 54, 2001).

³² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O juiz e a cultura da transgressão”. **Revista da Emerj**, n. 9, p. 98-119, 2000.

reflete o anseio dos juristas por um parâmetro, um “código doador de sentido” capaz de avaliar a legitimidade do direito positivo. Um sentido que permaneça firme perante a mutabilidade da ordem social e da vontade dos governantes.

A palavra justo remete à proporção, exata medida, harmonia, adequação. Nessa linha, é o conceito de justiça fornecido pelo livro I, título I, das Institutas de JUSTINIANO³³: *justiça é a vontade constante e perpétua de dar o seu direito a cada um*. Tal conceito é reafirmado no título I, parágrafo 3º, ao serem enunciados os preceitos jurídicos que devem informar a vida de todos os seres humanos: *viver honestamente, não ofender a outrem, dar a cada um o que é seu*.

Na história do conceito de justiça, tal fórmula une-se à amplamente difundida concepção aristotélica. Para o filósofo grego, a justiça pode ser vista sob duas perspectivas distintas, a justiça comutativa, “que obedece relação absoluta, numérica ou aritmética”, e a justiça distributiva, “de caráter corretivo, destinada a reger, proporcionalmente, as relações sociais em função do devido a cada um segundo seus méritos ou responsabilidades”³⁴. Essa última seria a justiça das relações sociais, a justiça do direito, por meio da qual buscar-se-ia implementar a igualdade entre os seres humanos. Para Hans Kelsen *o anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade*.

Na obra de Gustav Radbruch³⁵ encontra-se solução que, de certa forma, concilia as vertentes expostas pelo estabelecimento dos parâmetros substanciais do conceito de justiça e realizado pelos princípios fundamentais que informam certa ordem social, os quais variarão de acordo com o momento histórico e com os fins a que a sociedade almeja alcançar. Em conjunto com as idéias de justiça e de finalidade, diante da mutabilidade dos fins passíveis de serem eleitos, assoma a idéia de segurança, a qual, tendo como instrumen-

³³ JUSTINIANUS, Flavius Petrus Sabbatius. **Institutas do Imperador Justiniano**. Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

³⁴ ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

³⁵ RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Trad. Cabral de Moncada, Coimbra: Armênio Armando, 1979.

to o direito positivo, estabiliza e torna objetivos os fins a serem perseguidos pela sociedade. Ou seja, a justiça ganha um sentido concreto à medida que balizada por valores abarcados pelo direito positivo. Para Radbruch, essa seria a coordenação normal entre justiça, fim e segurança. No entanto, tal sincronia não é absoluta. Em situações excepcionais quando o respeito a essa ordem provoca grande ofensa a um desses prismas, especialmente nos casos de grave ofensa à justiça, ela pode ser momentaneamente quebrada.

O juiz não pode prostrar-se diante do caso concreto como uma máquina insensível. Sua atividade desenvolve-se com o objetivo de *pacificar com justiça* o conflito de interesses submetido a sua apreciação. Para tanto, não pode o julgador acomodar-se sob os influxos da *lógica do razoável*, o juiz moderno é desafiado a assumir cada vez mais um papel ativo e criativo na interpretação da lei, adaptando-a, em nome da justiça, aos princípios e valores de seu tempo. Sendo da essência dos princípios que eles entrem freqüentemente em conflito entre si, cumpre ao intérprete encontrar um compromisso, pelo qual se destine, a cada princípio, um determinado âmbito de aplicação. Diante do conflito entre princípios, não se deve de modo algum tentar eliminar algum deles. A missão do intérprete é buscar uma solução conciliadora, definir a área de atuação de cada um dos princípios. Nessa ordem de idéias, Paulo Bonavides³⁶ aduz não haver uma única solução para o conflito entre princípios jurídicos. Prevalecerá sempre aquele que, especificamente no caso concreto, tiver maior força. Tal prevalência não implica restrição em abstrato da força impositiva do princípio afastado. Em outras circunstâncias, diante de novos fatores relevantes, o princípio antes afastado está pronto para ser aplicado.

5.1 - Reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito

O que é justiça? Talvez esta seja uma das indagações mais antigas formuladas pelo homem. Segundo o conceito normativo, justiça é um fim social, da mesma forma que a igualdade ou a liberda-

³⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

de ou a democracia ou o bem-estar, não se confundindo, porém, com esses outros fins sociais porque se tratam de termos descritivos. Aristóteles, fundador da ética como ciência, em meio à crise ética grega, examina a justiça como uma excelência moral fundamental, a maior das virtudes, no *Ética a Nicômaco*, Livro V, e, a partir da análise do comportamento justo e do injusto, proclama a justiça distributiva e a corretiva - esta última subdividida em justiça comutativa e judicial - distinção aceita de maneira geral e prestigiada até os dias atuais. Nesse contexto, a partir de formulações geométricas e matemáticas, são examinados o princípio da igualdade, o princípio da atribuição por merecimento, o princípio da reciprocidade e o princípio da retribuição.

5.2 - Democracia e Justiça Social

O traço mais marcante da sociedade brasileira, e nela a Justiça, é a profunda desigualdade na distribuição de riquezas que a estigmatiza. E não se trata de situação passageira, que resulte apenas da atual conjuntura econômica. Pelo contrário, esta característica da sociedade tem a idade da Nação. A Constituição de 1988 ao invés de fechar os olhos para esta barbárie, assumiu, como metas capitais, a construção de sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da miséria, e a redução das desigualdades sociais e regionais. Passados dezessete anos de sua promulgação, constata-se que evoluímos significativamente em muitos pontos em relação ao regime pretérito, e parte dos sucessos institucionais pode ser creditada à aplicação da Carta de 88. Porém, no quesito da justiça social, ainda há muito a ser feito.

Uma dogmática constitucional comprometida com a justiça distributiva, a inclusão social e a solidariedade, contribui para a construção de um país menos injusto. O convívio de democracia e constitucionalismo é sujeito a tensões. Num primeiro olhar, a democracia postula o governo do povo, através do predomínio da vontade da maioria, enquanto que o constitucionalismo, como doutrina que preconiza a limitação jurídica do exercício do poder, estabelece freios e contrapesos para a soberania popular. São dois ideais que nasceram de visões políticas não convergentes: o ideário democrático propõe o fortalecimento do poder, desde que exercido pelo pró-

prio povo, e o ideário constitucionalista busca a contenção jurídica do poder, em prol da liberdade dos governados. O primeiro aposta na vontade das maiorias e o segundo desconfia dela, temendo o despotismo das multidões. Embora na visão contemporânea do Estado Democrático de Direito, democracia e constitucionalismo sejam vistos como valores complementares, interdependentes e até sinérgicos, a correta dosagem dos ingredientes desta fórmula é essencial para o seu sucesso. Por um lado, constitucionalismo em excesso pode asfixiar a vontade popular e frustrar a autonomia política do cidadão. Por outro, uma “democracia” sem limites tenderia a pôr em sério risco os direitos fundamentais das minorias e outros valores essenciais, que são condições para a manutenção ao longo do tempo da própria empreitada democrática.³⁷

No contexto de reabertura do Direito Constitucional ao universo dos valores, a democracia tem de figurar como um elemento essencial na interpretação jurídica. A democracia é a única forma de governar que trata a todos com igualdade, na medida em que atribui a cada indivíduo um idêntico poder de influência nas decisões coletivas que atingirão sua vida. É na democracia que as pessoas são tratadas como sujeitos e não como objetos, uma vez que apenas no regime democrático se reconhece em cada indivíduo um cidadão livre, dotado da estatura moral para, em igualdade com seus concidadãos, participar de decisões vinculativas para toda a comunidade. Só no regime democrático ganha concretude o princípio da dignidade da pessoa – epicentro axiológico de qualquer ordenamento constitucional humanitário –, pois denegar a cada um o direito de participar ativamente da construção do futuro coletivo da comunidade a que pertence é fazer pouco da sua humanidade.

Sob o ângulo sistêmico, verifica-se que, já no preâmbulo do texto constitucional, afirma-se que o objetivo da Assembleia Nacional Constituinte foi instituir um Estado Democrático de Direito, e a

³⁷ Como destacou Vital Moreira, “(...) por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático. O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático”. (CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991).

mesma expressão é empregada logo em seguida, no artigo primeiro, para qualificar o que seria o novo Estado Brasileiro. Pela primeira vez em nossa história o direito ao voto direto, secreto, universal e periódico, é elevado à condição de limite intransponível ao poder de reforma constitucional, no afã de coartar qualquer possibilidade de recaída autoritária.

5.3 – Uma aproximação entre as Teorias da Justiça de Bentham, Rawls e Habermas

Na busca da possibilidade da efetivação do princípio democrático de valorização da pessoa humana como epicentro, força motriz e principal valor axiológico da Constituição, faz-se a análise da função do Poder Judiciário como elemento fundamental à Democracia através da justiça, equidade, eticidade e legitimidade de suas decisões.

Nesse caminhar se procurará adequar à época atual a Teoria da Justiça de Jeremy Bentham³⁸ com a afirmação de que *o bom cidadão, sob o governo das leis, deve obedecer pontualmente e censurar livremente*, dotado que é de livre-arbítrio através do qual a vontade humana expressa através do legislador deve solucionar os problemas surgidos, para o que se fazem necessários a busca e uso do esclarecimento racional. É que esclarecimento, segundo Kant, de forma a eliminar qualquer dúvida que possa surgir a respeito do que se entende por livre pensar, responsabiliza o ser humano por suas próprias decisões (ou indecisões) e o faz afirmando que *esclarecimento é a saída do homem de sua mediocridade, da qual ele próprio é culpado. O homem é o próprio culpado dessa mediocridade se a causa dela não se encontra na falta de entendimento, mas na falta de decisão e coragem de servir-se de si mesmo sem a direção de outrem. Sapere aude! Tem a coragem de fazer uso de teu próprio entendimento, tal é o lema do esclarecimento.*³⁹

³⁸ BENTHAM, Jeremy. "Uma introdução aos Princípios da Moral e da Legislação". In. **Os Pensadores**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

³⁹ KANT, Immanuel. Textos Seleccionados, resposta à pergunta: **O que é esclarecimento**. Petrópolis: Ed.Vozes, 1974.

Uma sociedade democrática não poderá ser construída com indivíduos acrílicos e que se limitem a obedecer de forma passiva, ou seja, por mero respeito à autoridade estabelecida. Ao contrário, a escolha consciente, que se obtém através de uma decisão pensada, racional, e não imposta deve ser o objetivo de governantes na busca da felicidade do maior número de governados, e quando assim não agem, tornam ilegítimos seus procedimentos, descaracterizando o regime democrático representativo. Assim, a *etapa da deliberação e do equilíbrio* reflexivo pugnada por Rawls⁴⁰ há de ser objeto de discussão balanceada e ética de forças entre as partes que, segundo Habermas⁴¹ se consegue através de um sistema procedimentalista que enfatize a prática comunicativa democrática. Não pode tratar-se de uma adesão apenas formal, ou simbólica, a valores aceitos pela comunidade internacional. Esse tipo de adesão é chamado por Habermas de “brazilização”: *Nesses países, a realidade social desmente a validade das normas, para cuja implementação faltam as condições efetivas e a vontade política. Uma semelhante tendência à “brazilização” poderia até mesmo se apossar das democracias estabelecidas do Ocidente. Pois também aí a substância normativa das ordens constitucionais é esvaziada quando não se consegue criar um novo equilíbrio entre os mercados globalizados e uma política que precisaria ser estendida para além das fronteiras do Estado nacional e, não obstante, conservar uma legitimação democrática.*⁴²

6. CONCLUSÃO

Neste cenário, portanto, de aparente conflito entre a incessante busca por JUSTIÇA, o, cada vez mais inflamado, clamor público pelo pleno exercício dos direitos mínimos, irrenunciáveis da dignidade democrática, do atendimento básico às necessidades de cada pessoa, a atividade jurisdicional encontra-se sob os holofotes populares, não só por conta de sua conhecida ineficiência no atender prontamente aos anseios da comunidade (individuais e coletivos)

⁴⁰ RAWLS, John. **Justiça como equidade**. – Uma reformulação. Trad. Cláudio Berliner. SP: Martins Fontes, 2003.

⁴¹ HABERMAS, Jürgen. **A ética da discussão e a questão da verdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

⁴² HABERMAS, Jürgen. **Verdade e Justificação**. Tradução Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

como também por ser essa ineficiência e a tão propalada demora, elementos estimulantes da criminalidade, da afronta aos direitos alheios na certeza, quase sempre confirmada, da impunidade.

Neste ponto, há que se aprimorar todo o sistema, inclusive e principalmente, no que pertine à esfera criminal, com o aparelhamento humano e instrumental das instituições voltadas à investigação e deflagração do procedimento jurisdicional apropriado à esfera da persecução penal que há de ser focada sob tríplice aspecto: preventivo – no sentido de evitar-se que os delitos ocorram; efetivo – fazendo-se presente e imediata a atuação das instituições que devem agir quando constatada a lesão ou ameaça de lesão a direitos legalmente tutelados; e repressivo – com a efetivação do cumprimento das medidas impostas àqueles que, em sociedade, tiveram comportamento discrepante daquele que se impõe a todos quantos se proponham a viver entre seus iguais.

Esses objetivos não serão implantados e concretizados imediata e instantaneamente como num passe de mágica e só poderão resultar da atuação persistente, eficaz, séria e comprometida com os objetivos ético-institucionais tanto dos membros do Poder Judiciário quanto daqueles que desempenham atribuições que são essenciais ao seu funcionamento (Polícia: Civil, Militar e Federal; Ministério Público, Advocacia, Defensoria Pública, Procuradorias das Pessoas Jurídicas de Direito Público), ou seja, a JUSTIÇA não é um dado, mas um construído constante, permanente, diuturno, às vezes sujeito à fracassos, tropeços, obstáculos e frustrações, mas há que ser o fim último e maior de todos nós. ▣

Lides de Consumo e “Inversão” do Ônus da Prova

Fábio Costa Soares

Juiz de Direito/TJRJ. Mestre em Direito Processual (UERJ). Especialista em Direito do Consumidor (CEPED/UERJ). Ex-Defensor Público e Ex-Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

1 - INTRODUÇÃO

O debate sobre ônus da prova na atualidade é intenso e em verdade reflete a busca, nas searas doutrinária, legislativa e judicial, pela adequação do direito processual ao direito material e à realidade social subjacente.

Em que pese a difusão de idéias no sentido da “inversão” do ônus da prova na generalidade das relações jurídicas¹ em algumas hipóteses fáticas apreciadas pelo juiz, neste escrito concentraremos a análise na temática atinente à denominação “inversão” do **onus probandi** nas relações jurídicas de consumo.

Haveria realmente “inversão” do ônus da prova para uma das partes em determinadas situações fáticas, por *ato do juiz* ou do próprio legislador? Ou, ao contrário, uma verdadeira “isenção” daquele ônus para uma das partes, mantendo-se o **onus probandi** da par-

¹Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2000. Nesta obra, afirma o emérito processualista: “Quando é difícil ao Autor provar o que alega e o Réu está em condição mais favorável para provar a não ocorrência do fato constitutivo do direito do Autor, a inversão do ônus da prova deve ser possível ainda que a hipótese não seja de relação de consumo” (p. 256).

te que estiver em melhores condições de produzir a prova sobre fatos relevantes para a decisão da causa e adequada defesa dos seus interesses em juízo?

2 - O ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Código de Processo Civil de 1973 distribui abstratamente entre as partes o ônus de provar as alegações sobre fatos de seu *interesse*, que no sistema da persuasão racional ou do livre convencimento adotado pelo direito brasileiro² influenciarão a decisão sobre questões incidentes e sobre o *meritum causae* proferida no processo³. O fato alegado deve ser provado pela parte a quem *interessa* (aspecto *subjetivo* do ônus da prova), sob pena de ser considerado inexistente⁴. Esta a regra geral.

Não se trata de obrigação de produzir a prova, pois não há qualquer *sanção* para o comportamento omissivo. Contudo, vedado o *non liquet*, o juiz decidirá a causa imputando à parte inerte as conseqüências da sua omissão na produção da prova (conseqüências que a parte tem conhecimento desde o início do procedimento), evidenciando-se neste momento o aspecto *objetivo* do *onus probandi* como *regra de julgamento*.

O artigo 333 do Código de Processo Civil brasileiro, versando sobre o aspecto *subjetivo* do ônus da prova, enuncia que o mesmo cabe ao *Autor*, quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao *Réu* quanto à existência de fato impeditivo, extintivo ou modificativo do direito do Autor⁵.

Esta regra do processo civil clássico, contudo, é inadequada para a satisfação das pretensões e para a solução das lides ocorrentes na sociedade de massa informatizada e globalizada. O processo civil, como todo o Direito, necessita estar próximo da realidade social,

²Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**, 17ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 352.

³Para Cândido Rangel Dinamarco, “ônus da prova é o encargo, atribuído pela lei, de demonstrar a ocorrência de fatos de seu próprio interesse para as decisões a serem proferidas no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 71).

⁴Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 248.

⁵Pertinente a observação de Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “o artigo 333 alude somente a Autor e Réu, mas nessas palavras reside a disciplina da distribuição do ônus da prova entre todos os sujeitos que figuram como partes no processo” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, v. III, p. 73).

apresentar feição adequada⁶ aos fatos sociais, satisfazer os anseios de efetividade⁷ e de acesso real à justiça, tudo sob a ideologia unificadora do acesso à ordem jurídica justa⁸ e à luz dos valores constitucionais.

No plano das relações jurídicas de consumo, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e a sua proteção estatal (CRFB/88, artigos 5º, inciso XXXII e 170, V) é decorrência lógica do princípio da igualdade material (CRFB/88, artigo 5º, *caput*) e necessária à preservação da cidadania e da dignidade da pessoa humana (CRFB/88, art. 1º, II e III), assim como para o alcance dos objetivos eleitos pelo legislador constituinte originário no artigo 3º da Lei Maior, onde se destacam a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos (incisos I, III e IV).

Nesta linha, a “inversão” do ônus da prova em determinadas situações é uma das formas de adequação do vetusto processo civil às complexas lides de consumo da atualidade, entre litigantes *habituais* e *eventuais*.

3 - LIDES DE CONSUMO: INVERSÃO OU ISENÇÃO DO ÔNUS DA PROVA?

As normas sobre *onus probandi* enunciadas no artigo 333 do Código de Processo Civil também se aplicam às *lides de consumo*, sendo afastadas apenas em determinadas hipóteses estabelecidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990⁹.

⁶“Quando voltamos os olhos para a realidade social, porém, verificamos que o processo se encontra muito distante dela” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p.15).

⁷A maior preocupação do processualista da atualidade é com a obtenção de *resultados através* do processo. Nas palavras de LUIZ FUX, “o pressuposto da ‘efetividade’ representa, sem dúvida, a atual ótica do processo, historicamente da mesma importância da época em que o processo era analisado sob a ótica da ‘relação jurídica’”. São dois marcos referentes a duas épocas de franca evolução da ciência processual” (FUX, Luiz. **Tutela de Segurança e Tutela da Evidência [Fundamentos da Tutela Antecipada]**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 51).

⁸A expressão *acesso à ordem jurídica justa* foi cunhada por Kazuo Watanabe (**Controle Jurisdicional e Mandado de Segurança contra atos judiciais, 1980**), aceita pelos demais processualistas.

⁹Cf. BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor.” *In Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Coordenador: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 123.

No que tange à defesa dos interesses e direitos do consumidor em juízo, o Código consagrou a “inversão” do ônus da prova em favor daquele em determinadas hipóteses, seja pelo próprio legislador (v.g., artigos 12, parágrafo 3º, 14, parágrafo 3º e 38 – *ope legis*) ou por ato do juiz (artigo 6º, inciso VIII – *ope judicis*). É incabível a “inversão” do ônus da prova em favor do *fornecedor*, parte mais forte na relação jurídica de consumo, haja vista que este, em regra, está em melhor posição para produzir a prova das alegações de fatos do seu interesse¹⁰.

A “inversão” do ônus da prova pode ser legal, convencional ou judicial, segundo decorra “da própria lei, da vontade das partes ou da decisão do juiz.”¹¹. Em se tratando de *lides de consumo*, o artigo 51, inciso VI da Lei nº 8.078/90, considera *nula de pleno direito* a cláusula contratual que estabeleça a “inversão” do ônus da prova em prejuízo do consumidor, diante da natureza de ordem pública e interesse social das normas protetivas do CDC (artigo 1º).

Partindo do significado do verbo *inverter*¹², existiria verdadeira “inversão” do ônus da prova nas lides de consumo?

A resposta em sentido afirmativo levaria à conclusão lógica no sentido de que *inverter* o ônus da prova teria o *significado* de *trocar* as posições do consumidor e do fornecedor originariamente estabelecidas nas normas do artigo 333, incisos I e II do Código de Processo Civil, *mudando o sentido destas*. Assim, em ação proposta pelo consumidor, a *inversão* em seu favor deveria implicar na assunção pelo fornecedor do encargo probatório que antes recaía sobre aquele, mudando o sentido da norma.

Parece óbvio o absurdo deste quadro, que jamais ocorrerá na prática. Não se pode *inverter* o ônus da prova para *transferir* ao fornecedor o ônus referente à *alegação da existência dos fatos constitutivos* do direito pleiteado pelo consumidor.

¹⁰Cf. MORAES, Voltaire de Lima. “Anotações Sobre a Inversão do ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor”. In **Revista de Direito do Consumidor**, n. 31. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 66.

¹¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, v. III, p. 76.

¹²“INVERTER, v.t. Alterar; mudar; trocar; voltar; virar em sentido oposto ao natural; opor; trocar a ordem em que estão colocados (termos de fração etc.).” Cf. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. Ministério da Educação e Cultura.

Diante disto, afigura-se inadequada a adoção da expressão *inversão do ônus da prova* para designar o fenômeno jurídico-processual através do qual a ausência de produção da prova das alegações sobre os fatos constitutivos dos direitos do consumidor (quando Autor), ou dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos dos direitos alegados pelo fornecedor (quando Réu o consumidor), não acarretará os efeitos que decorreriam da sistemática estática e abstrata do Código de Processo Civil de 1973 (a consideração, pelo juiz, como *fato inexistente*).

Na hipótese do artigo 6º, inciso VIII, assim como nos casos dos artigos 12, parágrafo 3º, 14, parágrafo 3º e 38, todos do CDC, não há que se falar em “*inversão*” do ônus da prova.

O que ocorre é a *isenção do onus probandi* imposto ao consumidor e a conseqüente manutenção do ônus de provar que recai sobre o fornecedor, previamente estabelecido no artigo 333 do Código de Processo Civil, desde que presentes determinados requisitos (como *v.g.*, a *verossimilhança* das alegações ou *hipossuficiência* do consumidor), quando for determinada por ato do juiz (*ope judicis*, artigo 6º, inciso VIII).

Inverter o ônus da prova não pode significar transferir ao fornecedor o *onus* de produzir a prova acerca de fatos *constitutivos* do direito do consumidor. É dizer, em uma demanda indenizatória, que jamais caberá ao fornecedor *provar o dano* causado ao consumidor, mas a existência de algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alegado *in statu assertionis* pelo Autor-consumidor e presumido como ocorrente, para eximir-se da responsabilidade imputada.

Em que pese a respeitabilidade das opiniões em contrário¹³, nos casos explicitados não é atribuído ao fornecedor de produtos e serviços um *novo* ônus, ou *novo encargo* probatório, que seria *acrescido* aos demais estabelecidos no artigo 333 do CPC.

¹³ Pensam em sentido contrário: Carlos Roberto Barbosa Moreira. “Notas Sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor”. In *Estudos de Direito Processual em Memória de Luiz Machado Guimarães*. Coordenador: José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 124; Luiz Paulo da Silva Araújo Filho. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23; Voltaire de Lima Moraes. “Anotações Sobre a Inversão do Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor”. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 31. São Paulo, editora Revista dos Tribunais, p. 68.

Na hipótese de “inversão” do ônus da prova, o que se tem é a *liberação* do consumidor-Autor do encargo referente à produção da prova das alegações dos fatos constitutivos do seu direito, cuja existência é presumida *até que e se* o fornecedor *provar* as eventuais alegações em sentido contrário, acerca da ocorrência de fatos *impeditivos, extintivos ou modificativos* daquele direito pleiteado e arrimado em fatos a primeiro exame reconhecidos (presunção ***juris tantum***).

Aproximando as nossas afirmações *em tese* da realidade dos casos concretos, constata-se que o ***onus probandi*** estabelecido *absolutamente* no Código de Processo Civil não se altera. O que pode se modificar, concretamente, são as conseqüências que decorriam da falta de produção da prova, na medida em que a *lei* (v.g. CDC, artigo 12, parágrafo 3º, 14, parágrafos 3º e 38), ou o *juiz* (CDC, artigo 6º, inciso VIII), retira de uma das partes (***in casu*** o consumidor) o peso que recaía sobre a produção da prova das alegações do fato constitutivo do seu direito (quando Autor) ou dos fatos impeditivos, extintivos, ou modificativos do direito do fornecedor (quando Réu em ação proposta pelo fornecedor), deixando de atribuir aos fatos não provados a equivalência a fatos inexistentes, salvo se o contrário resultar da prova produzida pelo fornecedor (mantendo-se a carga probatória sempre existente e em nada alterada – CPC, artigo 333, I e II)¹⁴.

O consumidor-Autor fica *isento* (por força de lei ou por ato do juiz) da produção da prova das alegações dos fatos *constitutivos* do seu direito, que são tidos como provados pelo legislador ou pelo juiz (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor),

¹⁴ Afirma Kazuo Watanabe, ao fazer referência à norma do artigo 6º, inciso VIII do CDC: “O dispositivo prevê duas situações distintas: a) a verossimilhança da alegação do consumidor e b) hipossuficiência do consumidor. Na primeira situação, na verdade, não há uma verdadeira inversão do ônus da prova. O que ocorre, como bem observa Leo Rosenberg [Tratado de Derecho Procesal Civil, trad. A.M. Vera, EJE, 1955, t. II, par.11, III, n. 3, d, p. 227] é que o magistrado, com a ajuda das máximas de experiência e das regras de vida, considera produzida a prova que incumbe a uma das partes (...) a menos que a outra parte demonstre o contrário. (...)” (**Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado Pelos Autores do Anteprojeto**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 712). Contudo, pelas razões expostas neste trabalho, ousamos discordar do emérito Professor quando afirma que “na segunda situação, que é a da hipossuficiência, poderá ocorrer, tal seja a situação do caso concreto, uma verdadeira inversão do ônus da prova.” (*Op. Cit.*, p. 712), pois entendemos que também na hipótese de hipossuficiência não há “inversão” do ônus da prova.

enquanto o fornecedor permanece com a carga referente à prova das alegações dos fatos *impeditivos*, *modificativos* ou *extintivos* do direito alegado pelo consumidor. Se o fornecedor quedar-se inerte e não produzir a prova das alegações sobre os referidos fatos, ante a relatividade da presunção, tal postura repercutirá diretamente nos seus interesses¹⁵.

4 - MOMENTO PROCESSUAL

Vozes autorizadas¹⁶ sustentam ser o momento anterior ao início da fase instrutória o mais adequado à determinação da “inversão” do ônus da prova, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

Este não parece ser o melhor entendimento sobre o tema, ***data venia***, haja vista que parte de falsa premissa: a “inversão” atribui ao fornecedor um novo ***onus probandi***.

Como destacado, não há qualquer criação ou transferência de encargo probatório ao fornecedor. O ônus da prova que recai sobre o fornecedor sempre foi e sempre será do seu conhecimento e versará sobre fatos constitutivos do seu direito quando Autor, ou sobre os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do consumidor quando Réu (CPC, artigo 333, I e II).

Não havendo novidade alguma, o fornecedor não precisa do alerta do juiz sobre o *peso* de provar suas alegações e as conseqüências da sua inércia. Precisa é estar consciente de que o processo civil moderno não mais compactua com a atuação descomprometida das partes. Ademais, como destaca Dinamarco sobre as regras de distribuição do ônus da prova, “*a circunstância de o juiz valer-se delas somente no momento de julgar convive no sistema com a consciência, que desde o início as partes devem ter, quanto aos ônus*

¹⁵ Como coloca Gustavo Tepedino, ao sustentar que a inversão do ônus da prova deve ser determinada com base na ordinária experiência do juiz, “*o respeito à dignidade, à saúde, à segurança; a proteção de interesses existenciais; a qualidade de vida e também os interesses econômicos, a atividade econômica livre e concorrencial, são alguns dos aspectos que devem guiar o magistrado para dirimir os conflitos no âmbito das relações de consumo*” (TEPEDINO, Gustavo. “Premissas Metodológicas Para a Constitucionalização do Direito Civil”. In **Temas de Direito Civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.17).

¹⁶ Cf. BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. *Op.cit.*, p.136-139; FILHO, Luiz Paulo da Silva Araújo. *Op. cit.*, p. 23.

probatórios pertinentes a cada uma delas – donde o indispensável empenho em participar ativamente na medida do que lhe incumbe, com o grande risco de sucumbir aquela que se omitir.”¹⁷

Deve o fornecedor atuar com probidade e envidar todos os esforços para o esclarecimento dos fatos narrados por ele no processo, não se olvidando dos deveres impostos no artigo 14 do Código de Processo Civil e dos escopos político e social do processo, que não pode ser encarado pelo fornecedor como uma aventura.

Não é crível que o fornecedor, *litigante habitual*¹⁸, desconheça as regras de distribuição do ônus da prova estabelecidos pelo legislador processual e que o alerta a ser dado pelo juiz seja condição para o efetivo exercício da garantia da ampla defesa e do contraditório.

Aceitar o alerta do juiz como antecedente da “inversão” do ônus da prova, quando em verdade nenhum encargo novo é atribuído ao fornecedor, é o mesmo que aceitar que o fornecedor somente adotará postura séria quanto à prova dos fatos por ele alegados caso advertido pelo juiz das conseqüências da ausência de comprovação. E isto é inaceitável, mormente diante das normas enunciadas nos artigos 14 e 16 do Código de Processo Civil.

Assim, o momento da sentença é o mais adequado à “inversão” do ônus da prova. Somente após o término da instrução probatória é que o juiz poderá verificar se as partes se liberaram dos ônus que recaíam sobre as mesmas (CPC, artigo 333, I e II e CDC, artigo 12, parágrafo 3º, artigo 14, parágrafo 3º e artigo 38), estando autorizado a, ao verificar a presença de um dos pressupostos legais (CDC, artigo 6º, inciso VIII), retirar, *v.g.*, das costas do consumidor-Autor o peso que sobre elas recaía no tocante à prova dos fatos constitutivos do seu direito, aceitando como verdadeiros os fatos por ele alegados, salvo se o fornecedor provar a ocorrência de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos.

Como se percebe, o juiz *não cria* nenhum encargo novo para o fornecedor, mas apenas libera ou *isenta* o consumidor-Autor da

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, v. III, p. 85.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25.

produção da prova sobre o fato constitutivo do seu direito, sem que sobre ele recaia a consequência da inexistência dos fatos alegados, cuja prova neste caso é encargo, como sempre foi, do fornecedor-Réu.

Insista-se mais uma vez: se não pode o juiz *transferir* ou *criar* para o fornecedor-Réu o encargo de produzir a prova da veracidade das alegações do consumidor-Autor sobre fatos constitutivos do seu direito, não há que se falar em *inversão*.

O momento *procedimental*, para a aplicação da “inversão” do ônus da prova é o da sentença, inexistindo *novo* ônus para o fornecedor, decorrente ainda do fato de tratar-se de *regra* de julgamento¹⁹ e, como destacou BUZAID sobre as regras de distribuição do ônus da prova e o seu aspecto objetivo, “*justamente por se tratar de uma regra valorativa de julgamento, a oportunidade em que deve ser aplicada é a da prolação da sentença, concluindo o processo. O juiz não deve entrar no seu exame na pendência da causa nem advertir as partes das incertezas da prova; nem, finalmente, do encargo que toca a cada qual; tão só depois de produzidas ou não as provas e de examinadas todas as circunstâncias de fato é que o juiz recebe da lei o critério que há de plasmar o conteúdo de sua decisão.*”²⁰ Como observa também DINAMARCO: “*é no momento de julgar que o juiz terá diante de si a ‘regra de julgamento’ e as alternativas: a) fato alegado por uma das partes e admitido por outra é*

¹⁹ Neste sentido, considerando a inversão do ônus da prova como regra de julgamento: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 85; WATANABE, Kazuo e MATOS, Cecília: *Op. cit.*, p. 714-716. A consideração das normas de repartição do **onus probandi** como regras de julgamento está em toda a obra de Micheli (MICHELI, Gian Antonio. **L’Onere Della Prova**. Padova: Cedam, 1966), merecendo destaque, na Parte Primeira (“*Il Dogma dell’onere della Prova. La Regola di Giudizio*”), o capítulo IV (“*La Regola di Giudizio Dell’ordine della Prova. La Risoluzione del Dubbio nel Processo Civile*”).

²⁰ BUZAID, Alfredo. “Do Ônus da Prova”. In **Estudos de Direito**. I. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 66-67. Como asseverou ROSENBERG, o juiz “*debe decidirse sobre la carga de la prueba sólo al final del proceso, regularmente después de examinadas las circunstancias de hecho no discutidas, y después de la recepción de la prueba*” (ROSENBERG, Lèo. **La Carga de La Prueba**. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires, EJE, 1956, p. 3). Para Eduardo Cambi, ao analisar os aspectos *subjetivo* e *objetivo* do ônus da prova, “a partir dessa dicotomia, pode-se afirmar que o aspecto subjetivo do ônus da prova refere-se a quem interessa produzir certa prova e a qual das partes será prejudicada pela decisão a ser tomada em decorrência da falta de prova, enquanto o aspecto objetivo do ônus da prova concerne à regra de julgamento; isto é, regula a decisão sobre fato incerto ou desconhecido” (CAMBI, Eduardo. **Direito Constitucional à Prova no Processo Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 40).

fato existente; b) alegado e não negado (silêncio, revelia e confissão) também é existente; c) fato alegado e negado, é inexistente.”²¹

5 - CONCLUSÃO

A regra geral do artigo 333 do Código de Processo Civil, que dispõe sobre a distribuição estática e abstrata do **onus probandi**, sofre alteração no que concerne às conseqüências advindas da ausência de produção da prova pelo consumidor e pelo fornecedor nas *lides de consumo*.

A primeira alteração ocorre com a intervenção direta do legislador para “inverter” **a priori** o ônus da prova em determinadas hipóteses (artigos 12, parágrafo 3º, 14, parágrafo 3º, e 38). A segunda alteração da mencionada regra geral concerne à possibilidade de intervenção do juiz para, **a posteriori** e presente um dos pressupostos legais (CDC, artigo 6º, inciso VIII), alterar as conseqüências da ausência de produção da prova pela parte que não estiver em condições de produzi-la.

Em verdade, o que ocorre é a *isenção* do **onus probandi** imposto ao consumidor e a manutenção do ônus de provar do fornecedor, previamente estabelecido no artigo 333 do Código de Processo Civil (aplicável em princípio a todos os procedimentos), por determinação legal (CDC, artigo 12, parágrafo 3º, artigo 14, parágrafo 3º e artigo 38) ou por ato do juiz, desde que presente um dos requisitos ou pressupostos.

Não havendo qualquer **onus** novo atribuído ao fornecedor, o momento adequado à “inversão” do ônus da prova é o da prolação da sentença, sem qualquer ofensa às garantias do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.☐

²¹DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 249, nota 6.

O Controle Abstrato de Constitucionalidade da Lei Municipal e a Autonomia Federativa

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

*Procurador do Município do Rio de Janeiro,
Professor de Direito Administrativo e
Constitucional da EMERJ e Mestrando em Di-
reito Constitucional da PUC-RIO.*

1- INTRODUÇÃO

A questão do controle de constitucionalidade das leis municipais, malgrado a existência de poucas obras específicas sobre o tema¹, é instigante, notadamente pelo fato do poder constituinte originário brasileiro não ter previsto uma forma de controle abstrato de constitucionalidade, via ação direta, da lei municipal em face da Constituição da República.

No que toca ao controle concentrado das leis municipais, existe apenas previsão expressa no art. 125, § 2º da Constituição da República, conferindo a possibilidade dos Estados-membros instituírem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual.

Note-se que a argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), prevista no art. 102, § 1º da Constituição de 1988, foi devidamente regulamentada pela Lei nº 9.882/99, praticamente

¹Destaque-se, por todos: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery, **Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais**, 2ª ed., RT, 1994.

onze anos após a promulgação da Constituição Federal, quando, não obstante o silêncio do texto constitucional, estabeleceu-se a possibilidade de análise da constitucionalidade da legislação municipal confrontada diretamente com a Constituição Federal.

De lado a demora injustificada do legislador infraconstitucional em conceder a eficácia plena e direta ao art. 102, §1º da Constituição da República², certo é que a própria doutrina e o Supremo Tribunal Federal ainda hesitam no tratamento da ADPF.

O controle de constitucionalidade das leis municipais ganha relevo atualmente, especialmente pelo fato dos Municípios, após a promulgação da Constituição de 1988, encontrarem-se inseridos como “entidades de terceiro grau”³, deixando, assim, de ser simples entidades administrativas. A atual Carta constitucional ampliou a autonomia política, administrativa e financeira dos Municípios, outorgando-lhes, ainda, a elaboração de Lei Orgânica.

Não obstante isso, o que se vê atualmente é a situação de penúria em que se encontram vários Municípios, o que põe em xeque a própria noção de autonomia. A insuficiência de recursos financeiros gerada, dentre outras causas, pela insuficiência de repasses de verbas federais e estaduais, compromete a autonomia consagrada pela Constituição brasileira.⁴

Da mesma forma, a autonomia real dos Municípios passa necessariamente pela existência de um sistema eficaz de controle de constitucionalidade das leis municipais que garanta a sua compatibilidade com a Constituição do respectivo Estado-membro e da própria Constituição da República. Com as alternativas e mecanismos hoje existentes no tocante ao controle concentrado de constitucionalidade, abre-se um espaço perigoso para a possibilidade de normas municipais incompatíveis com o texto da Constituição

² Lembre-se que o STF entendia que o art. 102, § 1º da CRFB não era auto-aplicável. Neste sentido: STF, AgRg na PET 1.140, Rel. Min. Sydney Sanches, DJ 31/05/96.

³ Expressão utilizada por Hely Lopes Meirelles. **Direito Municipal Brasileiro**, 12ª ed., Malheiros, 2001, p. 44.

⁴ Luis Roberto Barroso, ao comentar a crise fiscal dos Municípios, chama atenção para o fato da sua tributação ter expressão econômica somente em áreas desenvolvidas e urbanas. BARROSO, Luis Roberto. “A derrota da Federação: o colapso financeiro dos Estados e Municípios” in **Temas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, 2ª ed., p. 145.

da República permanecerem produzindo efeitos no cenário jurídico, o que coloca em risco, sem dúvida alguma, a autonomia municipal e a unidade da Federação.

Deste modo, ganha relevo o aprimoramento da técnica de fiscalização abstrata de constitucionalidade das leis municipais vigente no modelo constitucional brasileiro.

O tema aqui proposto possui alguns pontos delicados e nebulosos que precisam ser sanados com urgência, já que envolve o modelo de Federação brasileira e a própria integridade da Carta republicana. De lado a argüição de descumprimento de preceito fundamental, não se admite o controle concentrado de constitucionalidade da legislação municipal em face da Constituição da República. O controle, nesse último caso, ocorre apenas em relação ao texto das Cartas estaduais.

O presente estudo analisa alguns dos problemas inerentes do controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal perante a Constituição Estadual, como a questão das normas de reprodução obrigatória e as de remissão, e os advindos da ausência de um mecanismo eficaz de controle abstrato da legislação municipal em face da Constituição da República, fato que coloca em risco à noção de autonomia municipal.⁵

2 - AUTONOMIA MUNICIPAL E A FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Deve-se atentar, neste ponto, para a posição do Município na Federação brasileira.

Embora a autonomia municipal tenha sido prestigiada pelas Constituições anteriores, os Municípios não constituíam um terceiro ente da Federação ao lado dos Estados e da União.

Isto porque, embora os Municípios possuíssem capacidade de auto-governo e auto-administração, não tinham eles o poder de auto-organização, nem eram elencados pelas Cartas constitucionais como

⁵ Cite-se, por oportuno, que, dentre os argumentos utilizados pelo professor José Nilo de Castro para negar o caráter de ente da federação aos Municípios, encontra-se justamente a ausência do controle concentrado de constitucionalidade do STF das leis e atos normativos municipais. Vide: CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**, 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 53.

entes federativos, o que ocorreu somente com a promulgação da Constituição de 1988.⁶

Realmente, ao lado das competências conferidas aos entes municipais, a outorga pela atual Constituição do poder de auto-organização através das respectivas leis orgânicas (art. 29 da Constituição da República) consagra definitivamente a autonomia municipal.⁷

Não obstante a clareza do texto constitucional, José Afonso da Silva permanece sustentando a tese de que os Municípios não constituiriam entes da federação:

“Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios. Existe federação de Estados. Estes é que são essenciais ao conceito de qualquer federação. Não se vá, depois, querer criar uma câmara de representantes dos Municípios. Em que muda a federação brasileira com o incluir os Municípios como um de seus componentes? Não muda nada. Passaram os Municípios a ser entidades federativas? Certamente que não, pois não temos uma federação de Municípios. Não é uma união de Municípios que forma a federação.”⁸

⁶ O *status* de ente da Federação conferido aos Municípios é conferido, especialmente, pelos seguintes artigos da atual Constituição: artigo 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”; artigo 18: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”; e art. 29: “O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado”.

⁷ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Brasileiro: O Problema da Federação**. Rio de Janeiro, Forense, 1982, p. 41; FERRARI, Sérgio. **Constituição Estadual e Federação**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 82/83. Note-se que segundo RAUL MACHADO HORTA, autonomia é “a revelação de capacidade para expedir as normas que organizam, preenchem e desenvolvem o ordenamento jurídico dos entes públicos.” Vide: HORTA, Raul Machado. **A autonomia de Estado-membro no Direito Constitucional brasileiro**, Belo Horizonte, 1964, p.17.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª edição, Malheiros, 1998, p. 475. Neste sentido: CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**, 4ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 53-60.

De lado algumas opiniões minoritárias em contrário, o Município restou consagrado como membro integrante da federação brasileira. Fato é que não existe um modelo pronto e acabado de federação. A posição dos Municípios como entidades de terceiro grau na federação brasileira decorre do próprio texto constitucional e não de especulações doutrinárias baseadas em modelos adotados por outros países.

3 - ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Diversos são os métodos de controle de constitucionalidade no direito brasileiro, senão vejamos.

Em primeiro lugar, o controle pode ser por ação, quando se busca retirar uma norma inconstitucional do ordenamento jurídico, ou por omissão, quando se pretende a edição de norma jurídica destinada à materialização de um comando constitucional.

Com relação aos órgãos que exercem o controle, este pode ser político, quando realizado pelo Poder Executivo e Legislativo, ou jurisdicional, exercido, como o próprio nome sugere, pelo Poder Judiciário.

Quanto ao momento de exercício do controle, pode-se falar em controle preventivo, realizado antes da edição da norma jurídica, e repressivo, exercido após tal fato.

No que tange a forma de controle, o concreto (ou incidental) é exercido no julgamento de um caso concreto, sendo a questão constitucional causa de pedir da demanda. O controle abstrato (ou principal), por sua vez, é aquele em que se verifica a adequação da norma jurídica impugnada com o texto da Constituição (por ação) ou a não edição de regra reclamada pela Carta Constitucional (por omissão), independentemente de qualquer caso concreto. Neste último caso (controle abstrato), a análise da constitucionalidade da norma é o objeto principal da ação.

Outra classificação importante diz respeito aos órgãos que exercem o controle. Diz-se concentrado, quando a competência para o processo e julgamento da causa for de apenas um órgão, e difuso, se esta competência for conferida a inúmeros órgãos, como ocorre nas hipóteses de controle concreto.

Lembre-se, por oportuno, que o controle difuso tem origem no sistema do **judicial review** nos Estados Unidos e remonta ao célebre caso *Marbury vs Madison* julgado em 1803 pelo juiz John Marshall.⁹ Naquele julgamento histórico, foram estabelecidas duas premissas básicas: a supremacia da Constituição e o poder-dever dos juízes de negar aplicação às leis contrárias à Constituição.

Por outro lado, o controle concentrado foi elaborado pelo mestre da escola jurídica de Viena Hans Kelsen e colocado em prática na Constituição austríaca de 1920.

Por fim, sob o critério do tipo de inconstitucionalidade, esta pode ser subjetiva, quando a norma jurídica é editada por pessoa política (órgão) incompetente; formal, quando a norma é editada de maneira contrária às regras procedimentais constitucionais; ou material, quando a norma jurídica desrespeita um princípio e/ou regra constitucional diversos dos referidos no controle subjetivo e formal.

4 - CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS MUNICIPAIS PERANTE A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

O controle de constitucionalidade da lei municipal perante a Constituição Estadual pode ser difuso ou concentrado.

O órgão judiciário estadual pode declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade de lei municipal, estadual ou federal em face da Constituição da República, além da inconstitucionalidade da lei municipal ou estadual perante a Constituição estadual.

Neste controle difuso da lei municipal, será cabível recurso extraordinário dirigido ao Supremo Tribunal Federal sempre que a decisão em única ou última instância contrariar dispositivo da Constituição da República, julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face daquela Carta constitucional ou julgar válida lei local contes-

⁹ O professor Mauro Cappelletti, embora reconheça o caráter inovador da decisão em comento, cita exemplos de civilizações antigas, como a ateniense, onde havia previsão da supremacia de uma lei ou corpo de leis – modernamente chamadas de “constitucionais” (entre aspas, tendo em vista a inexistência de constitucionalismo à época) sobre outras leis, hoje denominadas ordinárias. Vide: CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**, 2ª edição, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1999 (reimpressão), p. 48 e segs.

tada em face de lei federal (art. 102, III, *a*, *c* e *d* da Constituição da República, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/04).

Diversa é a hipótese quando a lei municipal viola a Constituição Estadual. Neste caso, caberá ao Tribunal de Justiça estadual, guardião da Constituição estadual, decidir definitivamente sobre a constitucionalidade dos atos normativos eventualmente questionados, não havendo autorização para interposição de recurso extraordinário, salvo quando se tratar de norma que reproduz dispositivo da Constituição da República, ponto que será analisado adiante.

O controle abstrato de constitucionalidade da lei municipal perante a Constituição Estadual suscita questionamentos e merece uma análise mais detalhada.

A possibilidade de controle de constitucionalidade abstrato de lei municipal perante a Constituição Estadual foi instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº 16/65.

As Constituições de 1967 e 1969, todavia, não trataram do assunto. Não obstante isso, alguns Estados instituíram instrumentos de defesa de suas Constituições (ex.: São Paulo e Paraná), o que gerou controvérsias na doutrina e na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, instado a se pronunciar sobre o caso, averbou que os Estados, tendo em vista o silêncio na Constituição da República, não poderiam instituir mecanismos próprios de defesa de suas Constituições.¹⁰

A Constituição de 1988, todavia, conferiu expressamente aos Estados a competência para instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais e municipais perante a Constituição Estadual.¹¹

¹⁰ Nesse sentido: RTJ 97:1.170. Em sentido contrário posiciona-se José Afonso da Silva: “É fora de dúvida, portanto, que existe relação hierárquica entre leis e atos municipais e a Constituição do Estado. Se assim é, torna-se incompreensível sustentar que essas leis e atos só se expõem ao controle da jurisdição excepcional nos casos adrede indicados na Constituição Federal, negando-se, por esse modo, ao constituinte estadual o poder de instituir sistema próprio de defesa da Constituição estadual, como se o sistema de defesa desta fosse matéria de competência do constituinte federal.” “Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade de Lei Municipal”, in **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, nº 11, p. 450, dez. 1977.

¹¹ Estabelece o art. 125, § 2º da Constituição da República: “Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Vale destacar que alguns Estados criaram a possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal a ser realizado pelos respectivos Tribunais de Justiça (ex.: São Paulo, Minas Gerais etc.). Entretanto, o STF tem declarado a inconstitucionalidade desses dispositivos sob o argumento de que não existe, no direito pátrio, controle concentrado de constitucionalidade da legislação municipal em face da Constituição da República.¹²

A Constituição Estadual possui autonomia na criação do instituto, devendo respeitar, todavia, as limitações impostas pela Constituição da República: a) o objeto do controle restringe-se a atos normativos (não enquadra os atos administrativos); b) somente será exercido em face da Constituição estadual (não cabe em face da Constituição da República ou Lei Orgânica municipal); e c) a legitimação para agir deve ser atribuída a mais de um órgão.¹³

4.1 - A Representação de Inconstitucionalidade e o Problema das Normas de Reprodução Obrigatória pelas Constituições Estaduais

As normas elencadas nas Constituições estaduais não se prestam a qualquer conteúdo, sendo certo que, apesar da doutrina brasileira não haver formulado ainda uma teoria geral das limitações ao constituinte estadual, existem importantes classificações neste ponto.

Raul Machado Horta, por exemplo, parte da premissa de que a Constituição da República é sede de normas que conferem homogeneidade aos ordenamentos parciais. Estas normas centrais podem ser divididas em três espécies¹⁴: a) Princípios constitucionais

¹² Vide, dentre outras: ADI 347 MC/SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 26/10/90; ADI 409 MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RTJ 134: 1.066.

¹³ Neste sentido: FERRARI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 240.

¹⁴ HORTA, Raul Machado. **Estudos de Direito Constitucional**. Belo Horizonte, Del Rey, 1995, p. 73 e segs. Merece destaque também a classificação elaborada por Sérgio Ferrari em relação às limitações ao poder de auto-organização dos Estados-membros. Ver FERRARI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 143-148.

- são aqueles cuja inobservância pelos Estados pode acarretar a intervenção federal (ex.: forma republicana, autonomia dos Municípios etc); b) Princípios estabelecidos - a identificação desses princípios, como reconhece o próprio autor, não é tarefa fácil, vez que encontram-se dispersos no texto constitucional; e c) regras de preordenação dos Estados - são aquelas que se dirigem diretamente aos Estados, dispondo sobre sua organização e conteúdo.

Ademais, o referido autor faz distinção entre normas de reprodução e normas de imitação. As primeiras são as normas da Constituição da República que devem ser reproduzidas de forma compulsória nas Constituições estaduais. Ao revés, as segundas referem-se às normas copiadas da Constituição da República pelas Constituições estaduais de forma voluntária e facultativa.

De lado as diversas classificações apresentadas pela doutrina, há consenso no entendimento de que as Constituições dos Estados-membros têm seu conteúdo limitado por diversas normas da Constituição da República. Na prática, as Constituições estaduais são compostas, basicamente, de normas de reprodução.¹⁵

Vê-se, desta forma, a existência de inúmeras limitações impostas ao poder constituinte decorrente¹⁶, o que demonstra a importância do estudo do controle de constitucionalidade quando utilizada como parâmetro norma da Constituição Estadual de reprodução obrigatória da Constituição da República.

No caso do controle de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face de norma da Constituição Estadual de reprodução do texto constitucional federal, algumas questões devem ser prontamente esclarecidas. Pode-se dizer que haveria, em

¹⁵ Esta constatação é apresentada por Rodrigo Lopes Lourenço: "Por todo o exposto, vê-se que as Constituições estaduais brasileiras têm limitadíssimas possibilidades de introduzirem no ordenamento jurídico normas relevantes, limitando-se à reprodução de regras e princípios da Lei Magna, à normatização das atividades internas da respectiva Assembléia Legislativa, à fixação de competência originária dos tribunais estaduais (Constituição da República, art. 125, § 1º, parte inicial) e à regulamentação da representação por inconstitucionalidade (Constituição da República, art. 125, § 2º)". LOURENÇO, Rodrigo Lopes. **Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro Forense, 2ª edição, Forense, 1999, p. 122. Ver, ainda, FERRARI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 241.

¹⁶ Em que pese a existência de outros termos utilizados por parte da doutrina, utiliza-se, neste momento, da expressão "poder constituinte decorrente" para designar o poder de elaborar a Constituição dos Estados-membros.

última análise, o confronto entre a lei municipal e a própria Constituição Federal, o que ensejaria a usurpação da competência da Suprema Corte, uma vez que a decisão do Tribunal estadual teria eficácia **erga omnes**.

Quanto à possível usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, é importante esclarecer que esta, tecnicamente, não ocorre, tendo em vista que a própria Suprema Corte não possui competência para processar e julgar, via ação direta¹⁷, a constitucionalidade da legislação municipal atacada em face da Constituição Federal. No célebre julgamento da Reclamação nº 383/SP, o Supremo Tribunal Federal assentou o seguinte entendimento:

“Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta.

Reclamação conhecida, mas julgada improcedente.”¹⁸

Registre-se, de plano, que a reclamação, em princípio, não poderia sequer ser utilizada em razão de não possuir a Suprema

¹⁷ Hoje, todavia, é admissível, como se verá adiante, o controle abstrato da constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal diretamente em face da Constituição Federal. Na verdade, o art. 102, § 1º da Constituição de 1988 delegou ao legislador infraconstitucional a regulamentação da ADPF, cogitando a Lei nº 9.882/99, em seu art. 1º, parágrafo único, a possibilidade de utilização deste meio processual para impugnação da legislação municipal face à Constituição da República.

¹⁸ Recl 383/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 21/05/1993, RTJ 147, p. 404.

Corte, como visto, competência para processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. O cabimento da referida Reclamação, todavia, só foi admitido pelo fato de que, caso existisse esta ação direta, a competência seria do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal.¹⁹

Assentou-se na doutrina e na jurisprudência, após o julgamento acima, a possibilidade do controle abstrato de constitucionalidade, pelos tribunais locais, do controle de constitucionalidade de leis municipais em face de normas das Cartas estaduais de reprodução obrigatória de normas da Constituição da República. Nesse caso, abre-se caminho para eventual interposição de recurso extraordinário.

Afastou-se a idéia de incompetência dos tribunais estaduais para o julgamento das representações de inconstitucionalidade no caso em comento em razão, fundamentalmente, da possibilidade desses tribunais utilizarem-se de outra norma da Constituição estadual, que não seja de reprodução obrigatória, como parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, o que inviabilizaria, inclusive, a utilização do recurso extraordinário.

Transcreva-se, por oportuno, o brilhante voto do Ministro Moreira Alves:

“O que não é possível é pretender-se trancar uma ação da competência dos Tribunais de Justiça, com base em fundamentos jurídicos que não vinculam essas Cortes, que, por isso mesmo, ainda que sejam eles calcados em norma de reprodução – e, no caso, não o são sequer -, podem examinar a inconstitucionalidade argüida à luz de quaisquer dispositivos da Constituição estadual, e declarar a inconstitucionalidade com base em norma da exclusiva competência dos Estados-membros. E, nesse caso, ainda que a aplicação dessa norma

¹⁹ Tal assertiva consta do voto do Min. Moreira Alves no julgamento da Reclamação 383/SP: “Admitiu-se, pois, a reclamação, não porque o Tribunal local estivesse processando ação direta de inconstitucionalidade a ser processada e julgada originariamente por esta Corte, mas porque não tem ela tal competência que, se existisse, seria do Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição Federal.” (p. 29 do voto).

estritamente estadual seja errônea, a questão se adstringe exclusivamente ao âmbito estadual."²⁰

Ocorre que, como salientado alhures, as Constituições estaduais são compostas, em quase sua totalidade, de normas de reprodução, sendo pouco provável que o tribunal local, ao decidir, altere o fundamento apontado na inicial por outro que não seja uma norma de reprodução.

Em conseqüência, há o risco concreto de não ser interposto recurso extraordinário da decisão declaratória de inconstitucionalidade de lei municipal em face de norma de reprodução e, nesse caso, transitar em julgado uma decisão contrária ao posicionamento da Suprema Corte sobre aquela norma.

O que se vê, em resumo, é o esforço do Supremo Tribunal Federal em aperfeiçoar, através de uma interpretação construtiva e criativa, o modelo de análise da compatibilidade da legislação municipal com a Constituição da República. Não obstante isso, ainda existem imperfeições que poderiam ser ao menos atenuadas via reforma constitucional.

4.2 - Recurso Extraordinário e efeito *erga omnes*

O recurso extraordinário traduz um instrumento amplamente utilizado no controle difuso de constitucionalidade, visando remeter ao Supremo Tribunal Federal a análise incidental da constitucionalidade de uma norma jurídica em face da Constituição da República.

Embora a decisão do Supremo Tribunal Federal no julgamento do recurso extraordinário produza, em regra, efeitos apenas entre as partes do processo, existe uma hipótese em que tal decisão possuirá efeitos *erga omnes*. Trata-se do recurso extraordinário interposto contra decisão proferida por Tribunal de Justiça estadual no julgamento de representação de inconstitucionalidade.

Como visto no item anterior, a nossa Suprema Corte admite a interposição de recurso extraordinário contra decisão de tribunal de

²⁰ RTJ 147, p. 456.

justiça estadual quando do julgamento de representação de inconstitucionalidade de lei municipal em face de norma estadual de reprodução. Ora, por uma razão lógica, se a representação de inconstitucionalidade encerra uma fiscalização abstrata de constitucionalidade (trata-se de processo objetivo) e a decisão nela proferida gera efeitos **erga omnes**, o recurso extraordinário interposto contra tal decisão possuirá os mesmos efeitos.

Corroborando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, em decisão noticiada no Informativo nº 118, assim decidiu:

*“Prosseguindo no julgamento acima mencionado, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Min. Moreira Alves, entendeu que a decisão tomada em recurso extraordinário interposto contra acórdão de Tribunal de Justiça em representação de inconstitucionalidade de lei municipal frente à Constituição Estadual (CF, art. 125, § 2º) tem eficácia **erga omnes**, por se tratar de controle concentrado ainda que a via do recurso extraordinário seja própria do controle difuso, eficácia essa que se estende a todo território nacional.”²¹*

Revela-se oportuna a transcrição da crítica da professora Regina Maria Macedo Nery Ferrari em relação à posição adotada pelo STF:

“Embora considerando que o recurso extraordinário só tenha cabimento em relação às causas decididas em única ou última instância, parece importante recordar que a análise da ação foi feita abstratamente, dissociada de um caso concreto, e a admissão do recurso, nesse caso, poderia caracterizar uma via indireta de apreciação de inconstitucionalidade em tese, de lei municipal frente à Constituição Federal. É o que ensina o Ministro Moreira Alves, quando, no RE 109.098, identificando o problema, assim se pronunciou: ‘ (...) se nem o Supremo Tribunal Federal pode julgar da inconstitucionalidade ou não,

²¹ STF, RE 187.142-RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, DJ 02/10/98.

em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições estaduais, sob pretexto da omissão daquela, dêem esse poder de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?’

Desenvolvendo esse raciocínio, parece que tal possibilidade poderia ainda chocar-se com o disposto no art. 103, quando determina quem pode propor ação direta de inconstitucionalidade. Poder-se-ia estar admitindo mais uma pessoa com a titularidade para argüir a constitucionalidade em tese frente ao Supremo Tribunal Federal, em que pese ser o recurso extraordinário o instrumento utilizado.”²²

Com efeito, em uma primeira análise, poderia se falar em ofensa à Constituição da República, uma vez que inexistente no texto constitucional, como afirmado anteriormente, modalidade de controle concentrado, via ação direta, de constitucionalidade de lei municipal frente à Carta Federal.

Ocorre que não há ofensa ao texto constitucional na hipótese acima mencionada.

Em primeiro lugar, embora seja verdade o fato de a Constituição da República não prever o controle concentrado de constitucionalidade da legislação municipal em face de seu texto na modalidade da ação direta, não há impedimento para a instituição desse tipo de controle por outras formas, como ocorre, por exemplo, com a argüição de descumprimento de preceito fundamental.²³

Ademais, aplica-se ao caso a norma inserta no art. 102, III, a da Constituição de 1988. Se há decisão de Tribunal de Justiça estadual

²² FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op.cit.*, p. 82.

²³ Gustavo Binenbojm defende a constitucionalidade da previsão da lei municipal como objeto da ADPF: “(...) Não se afigura, entretanto, qualquer inconstitucionalidade na previsão constante da Lei nº 9.882/99, de vez que, quanto à argüição de descumprimento de preceito fundamental, o art. 102, § 1º, da Lei Maior delegou integralmente ao legislador ordinário a definição de seus contornos e de seu objeto”. Vide: BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p.193/194. Contra: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**, 10ª ed, São Paulo: Atlas, 2001, p. 635.

contrariando o texto da Constituição Federal, abre-se, por ordem do próprio texto da Lei Maior, o caminho do recurso extraordinário.

A interpretação do texto constitucional deve se pautar sempre pela preservação de sua integridade e efetividade.

Importante lembrar que em caso de simultânea tramitação de ação direta de inconstitucionalidade e representação de inconstitucionalidade com fundamento em normas idênticas, o julgamento desta última ficaria sobrestado até a decisão final daquela ação pelo Supremo Tribunal Federal que vincularia o órgão julgador estadual.²⁴ Se a Suprema Corte declarar a inconstitucionalidade da norma impugnada, a representação seria extinta. Caso contrário (se a norma for declarada constitucional), a representação prosseguiria perante o Tribunal estadual se houvesse impugnação de outros dispositivos da Constituição Estadual.

4.3 - A Questão das Normas de Remissão e a Posição do STF

Outro problema, que pode ser apontado na fiscalização abstrata de lei municipal frente à Constituição Estadual, refere-se à questão das normas de remissão, vale dizer, normas da Constituição do Estado que remetem ao texto da Constituição Federal.

Quanto a essa questão, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso extraordinário nº 213.120-BA, assentou o seguinte entendimento:

“Controle Abstrato de Constitucionalidade de Lei municipal. Pressupostos. Hipótese de Normas que Fazem Mera Remissão Formal aos Princípios Tributários Constitucionais. Impossibilidade.

1. A simples referência aos princípios estabelecidos na Constituição Federal não autoriza o exercício do controle abstrato de constitucionalidade de lei municipal por este Tribunal.

2. O ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte só é permitido se a causa de pedir

²⁴ STF, ADIN nº 1423/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 22/11/96.

consubstanciar norma da Constituição Estadual que reproduza princípios ou dispositivos da Carta da República.

3. A hipótese não se identifica com a jurisprudência desta Corte que admite o controle abstrato de constitucionalidade de ato normativo municipal quando a Constituição Estadual reproduz literalmente os preceitos da Carta Federal.

4. Recurso conhecido e provido para declarar o autor carecedor do direito de ação.”²⁵

Ora, depreende-se do entendimento do STF a impossibilidade de interposição de recurso extraordinário quando a decisão do Tribunal de Justiça estadual utilizar como parâmetro norma da Constituição estadual de remissão. A nossa Corte Suprema admite tal espécie de controle apenas quando se tratar de norma de reprodução, o que gera um grave problema: a possibilidade de interpretações judiciais conflitantes em relação aos dispositivos da Constituição de 1988.

4.4 - Ação Declaratória de Constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal no âmbito estadual – Possibilidade de sua previsão pela Constituição do Estado-membro

Discute-se na doutrina a viabilidade de instituição da ação declaratória de constitucionalidade em âmbito estadual, uma vez que a Constituição da República (art. 125, § 2º) prevê apenas a hipótese de instituição de Representação de Inconstitucionalidade.

Criada pela Emenda Constitucional nº 03/93, a ação declaratória de constitucionalidade pressupõe a existência de relevante controvérsia jurídica sobre a constitucionalidade de determinada lei e tem por objetivo “afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria”²⁶, ou, em outras palavras, transformar

²⁵ REExt 213.120/Ba, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ, 02/06/00.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 176.

a presunção relativa de constitucionalidade das leis e atos normativos em presunção absoluta²⁷.

O objeto da ação declaratória de constitucionalidade é a lei ou ato normativo federal (art. 102, I, a da CRFB) e o rol dos legitimados é mais limitado que o previsto para a ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, § 4º da CRFB). Trata-se, em verdade, de um verdadeiro instrumento de governo e não propriamente da sociedade²⁸, sendo que todos os legitimados (órgãos estatais) possuem legitimação universal.

De lado algumas posições contrárias²⁹, a maioria da doutrina vem apontando para a viabilidade de previsão no âmbito estadual da ação declaratória de constitucionalidade desde que observados determinados requisitos.

Nagib Slaibi Filho³⁰ afirma ser permitido aos Estados instituírem, em suas respectivas Constituições, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, refutando, todavia, a possibilidade de estender o objeto desta ação para os atos normativos municipais, pois, nesse caso, seria necessário ampliar-se o rol dos legitimados ativos para permitir o ajuizamento da ação pelo Prefeito e pela Câmara dos Vereadores, o que representaria extensão indevida da legitimidade deferida pela Constituição Federal.

No mesmo sentido parece ser a posição adotada por Alexandre de Moraes ao admitir a “ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual, em face da Constituição Estadual, a ser ajuizada no Tribunal de Justiça e tendo como co-legitimados o Governador do Estado, a Mesa da Assembléia Legislativa e o Procurador-Geral de Justiça”.³¹ Note-se que o autor não faz qualquer refe-

²⁷ Vide MORAES, Alexandre. *Op.cit.*, p. 624.

²⁸ A percepção é do professor Luís Roberto Barroso: “Claramente, a intenção do constituinte derivado foi criar um mecanismo de atuação dos órgãos estatais, um instrumento de governo e não propriamente da sociedade.” Vide: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 179.

²⁹ José Afonso da Silva parece defender a impossibilidade de sua instituição nos Estados. Vide: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 15ª. Ed, Maleiros, 1998, p. 61.

³⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Ação Declaratória de Constitucionalidade**, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 96.

³¹ MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 624.

rência à legislação municipal, o que parece demonstrar a concordância com a tese defendida pelo professor Nagib Slaibi Filho.

Parece-nos, no entanto, que a razão está com Regina Maria Macedo Nery Ferrari³² quando aceita a instituição da ação declaratória de constitucionalidade de leis e atos normativos estaduais e municipais frente à Constituição Estadual.

Realmente, ao se admitir a instituição de ação declaratória de constitucionalidade em âmbito estadual, não faz sentido restringir-se o objeto da referida ação apenas para legislação estadual. De lado a necessidade de se evitar que qualquer ato normativo, inclusive o de índole municipal, contrarie a Constituição Estadual e coloque em risco a própria integridade da Federação, tem-se que a ação declaratória de constitucionalidade é, em verdade, a ação direta de inconstitucionalidade “com o sinal trocado”. Desta forma, autorizada a criação da representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual e municipal em face da Constituição do Estado, deve-se autorizar também a instituição da ação declaratória de constitucionalidade com o mesmo objeto.

5 - ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: UM AVANÇO

Verifica-se, por tudo o que foi exposto até o momento, a celeuma causada pelo silêncio do poder constituinte originário no tocante ao controle abstrato das normas municipais em face da Constituição de 1988.

Mas nem tudo está perdido. A previsão da argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) abriu a possibilidade, que se concretizou com a edição da Lei nº 9.882/99, do controle abstrato e concentrado das normas municipais diante da Constituição da República.³³

A regulamentação da argüição de descumprimento de preceito fundamental, não obstante represente um importante passo no sis-

³²FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Op. cit.*, p. 121.

³³Vale registrar, todavia, que o professor Alexandre de Moraes entende que essa ampliação procedida pela Lei nº 9.882/99, ao prever a legislação municipal como objeto da ADPF, é inconstitucional. MORAES, Alexandre de. *Op. cit.*, p. 635.

tema de controle de constitucionalidade da legislação municipal, possui conceitos e expressões indeterminadas que precisam ser esclarecidos pelo Supremo Tribunal Federal, cabendo destacar, dentre outras, as seguintes questões: a) a norma-parâmetro utilizada deverá ser necessariamente um “preceito fundamental”³⁴, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, intérprete maior da Constituição, precisar o seu conceito; b) Os legitimados para a propositura da argüição de preceito fundamental são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade, excluindo-se de forma inexplicável a legitimidade dos Prefeitos e das Mesas das Câmaras Municipais;³⁵ e c) A ADPF possui caráter subsidiário, não havendo consenso na doutrina sobre o que seria “outro meio eficaz de sanar a lesividade” (art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99). Alguns autores, como o Ministro Gilmar Ferreira Mendes³⁶ e o professor Luís Roberto Barroso³⁷, defendem, ao nosso ver com razão, a idéia de que esse outro meio eficaz refere-se ao sistema concentrado de constitucionalidade, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da ADPF. Nada obstante, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 3 de relatoria do Ministro Sydney Sanches,³⁸ decidiu que o outro meio eficaz poderia ser buscado em sede de controle difuso de constitucionalidade, o que esvazia a própria eficácia do instituto³⁹.

³⁴ Luís Roberto Barroso aponta, sem caráter exaustivo, para algumas normas constitucionais que devem ser consideradas como preceitos fundamentais: princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), direitos fundamentais (art. 5º e segs.), cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e os princípios constitucionais sensíveis (art. 34, VII). Ver BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 222.

³⁵ É pertinente a observação de Gustavo Binenbojm: “Faz-se mister, todavia, ponderar que a Lei nº 9.882/99 não conferiu legitimidade aos Prefeitos Municipais, nem tampouco às Mesas de Câmaras Municipais ou a qualquer entidade pública ou privada de âmbito municipal, para manejarem o novo instrumento. Resta saber a quem interessará deflagrar, via argüição de descumprimento de preceito fundamental, a jurisdição da Suprema Corte para o exercício do controle de constitucionalidade de leis e atos normativos municipais. Espera-se que a Lei nº 9.882/99 não tenha criado – como diria Barbosa Moreira – um *sino sem badalo*.” Vide: BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 194.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. “Argüição de descumprimento de preceito fundamental: demonstração de inexistência de outro meio eficaz”, **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 43, jul. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=236>>.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 226.

³⁸ STF, ADPF 3 QO/CE, Rel. Min. Sydney Sanches, julgado em 18/05/2000, Informativo nº 189 do STF. Esse entendimento foi reiterado no julgamento da ADPF 17 AgR/AP, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, DJ 14/02/2003.

³⁹ Essa preocupação foi exposta pelo atento Ministro ao comentar a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 3 QO/CE: “A questão, ao que penso, não está solucionada em definitivo e o Supremo Tribunal Federal certamente voltará ao tema, devendo considerar, repito as palavras ditas anteriormente, que, praticamente,

6 - SOLUÇÕES PROPOSTAS

A doutrina, sensível ao problema, apresenta possíveis soluções para o aperfeiçoamento do controle abstrato de constitucionalidade da legislação municipal a fim de se garantir a supremacia da própria Constituição da República.

6.1 - Recurso Extraordinário Necessário

O ilustre professor Clèmerson Merlin Clève propôs a criação do “recurso extraordinário necessário” contra as decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça no julgamento de representações de inconstitucionalidade em que a norma da Constituição Estadual utilizada como parâmetro seja de reprodução obrigatória.⁴⁰

Sem dúvida, a proposta aventada pelo renomado autor afigura-se oportuna, vez que, ao se retirar da parte a possibilidade de não-interposição do recurso extraordinário, seria uma forma eficaz de evitar o problema da ocorrência de decisões conflitantes entre os tribunais estaduais e o Supremo Tribunal Federal no que tange à interpretação de norma da Constituição estadual de reprodução da Constituição da República.

Além de respeitar a autonomia federativa dos Estados, permitiria que o Supremo Tribunal Federal, guardião por excelência da Constituição de 1988, proferisse a última palavra sobre a constitucionalidade de dispositivos contrariados em face daquela Carta.

6.2 - Incidente de inconstitucionalidade

Outra solução apresentada pela doutrina é a criação do incidente de inconstitucionalidade. Zeno Veloso defende a criação do referido incidente quando, em caso de relevante interesse público

sempre existirá, no controle difuso, ações e recursos que poderiam ser utilizados a fim de sanar a lesividade. Para que serviria, então, a argüição de descumprimento de preceito fundamental?” Vide: VELLOSO, Carlos Mário da Silva. “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental”, *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº 12, março, 2002.

⁴⁰ - CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo. RT, 1ª edição, 1995, p. 282.

“a controvérsia constitucional referente à lei municipal seria apresentada, diretamente, ao STF, suspendendo-se o processo, até que o Excelso Pretório proferisse a decisão sobre a questão constitucional”.⁴¹

No mesmo sentido posiciona-se Gilmar Ferreira Mendes, esclarecendo que o incidente de constitucionalidade afastaria os embaraços colocados à criação da ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal perante o STF.⁴²

Veja que a sobredita sugestão foi adotada pelo art. 1º, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9.882/99⁴³, que regulamenta a arguição de descumprimento de preceito fundamental e permite expressamente o controle concentrado da legislação municipal perante a Constituição Federal.

6.3 - Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal perante o Supremo Tribunal Federal

A inserção no texto da Constituição de 1988 de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal perante a Corte Suprema configura proposta que mais se coaduna com a importância dos Municípios conferida pelo atual texto constitucional.

Rodrigo Lopes Lourenço é peremptório ao dizer que “somente o Supremo Tribunal Federal deveria realizar o controle abstrato de constitucionalidade, incluindo-se em seu objeto os atos normativos municipais”, o que seria compensado com a imperiosa redução da sua carga de trabalho, “especialmente quanto à possibilidade de julgar questões judiciais absolutamente idênticas”.⁴⁴

Este também é o pensamento de Sergio Ferrari quando estabelece como solução mais adequada à dogmática constitucional “a

⁴¹ VELOSO, Zeno. **Controle Jurisdicional de Constitucionalidade**. Belo Horizonte, Del Rey, 2a. edição, 2000, p.358.

⁴² Vide: MENDES, Gilmar Ferreira. “Arguição de descumprimento de preceito fundamental” in MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**, atualizada por Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes, 25ª. ed., 2003, p. 407.

⁴³ “Art. 1º (...) Parágrafo único. Caberá também a arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.”

⁴⁴ LOURENÇO, Rodrigo Lopes. *Op. cit.*, p. 129.

inclusão da lei municipal entre os possíveis objetos da ação direta de inconstitucionalidade perante a Constituição Federal, de competência do Supremo Tribunal Federal”.⁴⁵

O entrave de ordem prática desta proposta, segundo alguns autores, é o fato de que, uma vez colocada em prática, emperrariamos o Supremo Tribunal Federal, já que esta Corte passaria a receber milhares de novas ações dos mais de cinco mil Municípios brasileiros.

Contra esta crítica, os defensores da idéia da fiscalização abstrata da lei municipal perante a Constituição Federal apontam uma solução, qual seja, a diminuição da competência do Supremo Tribunal Federal que passaria a exercer o papel exclusivo de guardião da Constituição da República. O que se vê, atualmente, é uma quantidade excessiva de casos muitas vezes idênticos julgados pela Corte, o que alimenta, inclusive, a idéia de súmula vinculante⁴⁶.

7 - CONCLUSÃO

Não foi o propósito deste estudo esgotar o tema e apresentar a solução para todos os males enfrentados no campo da fiscalização abstrata de constitucionalidade da lei municipal.

Procurou-se sistematizar a questão, diagnosticando os problemas e prescrevendo algumas soluções possíveis.

O atual sistema abstrato de constitucionalidade da legislação municipal no Brasil, lacunoso e defeituoso, desprestigia a autonomia municipal e coloca em risco a supremacia da Constituição, um dos principais alicerces do constitucionalismo contemporâneo. Isto porque o sistema positivado na Constituição, malgrado o esforço interpretativo do Supremo Tribunal Federal, abre caminho para possibilidade real, hoje, de existência de uma norma municipal incompatível com a Constituição da República, em razão, especialmente, da inexistência de uma via jurisdicional efetiva de controle de sua validade.

⁴⁵ FERRARI, Sérgio. *Op. cit.*, p. 251.

⁴⁶ Registre-se a recente previsão no texto constitucional da súmula vinculante através da Emenda Constitucional nº 45/04 que incluiu o art. 103-A e parágrafos.

Deve-se aperfeiçoar, com a máxima urgência, esse tipo de controle de constitucionalidade com a edição de emendas à Constituição de 1988 que criem soluções eficazes capazes de resolver os problemas aqui apontados.

Dentre as soluções apresentadas no presente trabalho, que, sem dúvida alguma, representam interessantes propostas para o aperfeiçoamento da jurisdição constitucional, a criação da ação direta de inconstitucionalidade das leis municipais em face da Constituição da República, com a conseqüente redefinição das competências do Supremo Tribunal Federal, afigura-se talvez a medida mais adequada para o problema, notadamente por prestigiar a consagrada autonomia municipal. Aliás, é importante frisar que a ampliação do papel da jurisdição concentrada e abstrata é uma tendência do constitucionalismo atual.⁴⁷

Ora, ao se admitir que os Municípios editem leis e atos normativos próprios (competência legislativa própria), forçoso é reconhecer a possibilidade de que essa legislação contrarie diretamente a Constituição da República, daí decorrendo a necessidade de se criar um meio eficaz de controle de constitucionalidade. A garantia efetiva da autonomia municipal passa necessariamente por um mecanismo adequado de controle da constitucionalidade das leis municipais.☐

⁴⁷ Neste sentido: BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 218.

A Tutela Coletiva e o Estatuto do Idoso

Humberto Dalla Bernardina de Pinho
Pós-Doutor em Direito (University of Connecticut School of Law). Mestre, Doutor em Direito e Professor Adjunto de Direito Processual (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Promotor de Justiça Titular no Estado do Rio de Janeiro.

I. ESCORÇO HISTÓRICO

A previsão da possibilidade de propositura de ações coletivas no Brasil é recente. A lei da Ação Civil Pública, de 1985, foi a primeira a tratar efetivamente do tema, inaugurando uma nova fase do processo civil, em que se começa a abandonar a visão individualista do processo e passa-se a vê-lo como apto a tutelar também interesses coletivamente considerados.

Antes da lei da Ação Civil Pública, o único instrumento à disposição dos jurisdicionados para a defesa dos interesses coletivos era a ação popular, introduzida em nosso ordenamento pela Constituição Federal de 1934 e pela Lei Federal nº 4.717/65.

Todavia, tal ação não era suficiente para assegurar uma efetiva tutela dos interesses coletivos; primeiro, porque o seu objeto era limitado, restringindo-se, naquela época, às matérias concernentes ao patrimônio público e à moralidade administrativa (não podendo, por conseguinte, a ação ser utilizada para proteção da infância e da juventude, dos direitos dos consumidores, de classes de trabalhadores, entre outros); e, segundo, porque o cidadão geralmente se encontrava em situação de desvantagem perante os entes públicos réus na ação popular, que invariavelmente possuíam melhores recursos para se defender adequadamente em juízo.

Desse modo, temos que apenas com o advento da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, a tutela dos direitos coletivos *lato sensu* passou a ser efetiva¹.

Isso porque a Lei da Ação Civil Pública ampliou as hipóteses de cabimento de demandas visando à tutela dos direitos difusos e coletivos, podendo tal ação ser utilizada não somente para a proteção do patrimônio público, que já era tutelável via ação popular, mas, da mesma forma, para a proteção do meio ambiente, dos consumidores, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, bem como qualquer interesse difuso ou coletivo².

A Lei da Ação Civil Pública foi seguida pela Lei 7.853/89, que disciplina especificamente a tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência, e pela Lei 7.913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários.

Depois, mister fazer referência à Constituição Federal de 1988, que teve papel fundamental na tutela dos direitos coletivos *lato sensu*, uma vez que ampliou o objeto da ação popular, permitindo a sua utilização também para a preservação do meio ambiente e da moralidade administrativa; previu a possibilidade de mandado de segurança coletivo; e por fim dispôs expressamente sobre a legitimidade para tanto³.

¹ De acordo com Arruda Alvim, “a ação civil pública protege ‘novos’ bens jurídicos, entronizando no ordenamento uma nova e privilegiada pauta de bens e valores, com o caráter de interesses e direitos difusos ou coletivos (sucessivamente alargada para direitos individuais e homogêneos)”. “Ação Civil Pública”. In **Revista de Processo**, v. 87, 1997, p. 157.

² Art. 1º da Lei 7.347/85.

³ O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 trata da ação popular e do mandado de segurança coletivo: “Art. 5º(...): LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados; (...) LXXIII – qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”. A ação civil pública vem inserida no capítulo que trata do Ministério Público, como sendo uma de suas funções institucionais: “Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (...) Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público: (...) III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;”.

Posteriormente, temos a edição do E.C.A. (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que contemplou a viabilidade da ação civil pública por ofensa a direitos da criança e do adolescente.

Logo após, foi editado o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.90), que alterou diversos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública e também regulamentou no ordenamento pátrio a ação coletiva nos seus artigos 91 a 100.

Importante ainda apontarmos a edição da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que visa ao combate dos atos ilícitos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções, criando mecanismos para a repressão a esses atos e a devolução aos cofres públicos das quantias desviadas de suas finalidades originais; da Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste), que dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações econômicas, e da Lei 8.974/95, que estabelece normas de proteção à vida e à saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente.

Por fim, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003) cria uma série de normas protetivas às pessoas maiores de sessenta anos, bem como regulamenta o uso da ação civil pública para a defesa dos interesses desses indivíduos, como veremos adiante.

II. DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS. TERMINOLOGIA

Iniciaremos o estudo analisando as modalidades de direitos coletivos, de acordo com as definições fornecidas pelos incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Os direitos ou interesses difusos são conceituados no art. 81, I do Código de Defesa do Consumidor como sendo *“os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”*.

Rodolfo de Camargo Mancuso, com base na conceituação legal acima apontada, indica como características básicas de tais interesses a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade, e a sua duração efêmera⁴.

⁴ **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir.** 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000.

Com relação à indeterminação dos sujeitos, temos que os interesses difusos dirão respeito a um grupo indeterminado ou dificilmente determinável de sujeitos. Justifica-se a tutela dessa espécie de direitos, ainda de acordo com o magistério de Rodolfo de Camargo Mancuso, a partir do raciocínio de que se o interesse individual merece a tutela do Direito, com mais razão ainda a merece o interesse de muitos, ainda que os seus titulares não possam ser identificados precisamente.

A lesão a esses direitos, por consequência, também atingirá um número indeterminado de pessoas, que pode ser tanto uma comunidade, quanto uma etnia, ou mesmo um país inteiro. Assim, temos que *“os interesses difusos situam-se no ‘extremo oposto’ dos direitos subjetivos, visto que estes apresentam como nota básica o ‘poder de exigir’, exercitável por seu titular, contra ou em face de outrem, tendo por objeto certo bem da vida”*⁵.

Quanto à indivisibilidade do objeto, a satisfação dos interesses difusos a um indivíduo implica necessariamente a satisfação de outros, enquanto que a lesão também atingirá toda a coletividade. O caráter da indivisibilidade desses interesses também decorre do fato de que não existe a possibilidade de se afirmar com precisão quanto do direito pertence a cada um dos integrantes do grupo indeterminado, que é o seu titular.

A terceira característica dos direitos difusos é a intensa litigiosidade interna, visto que, nas palavras de Rodolfo Mancuso, os interesses difusos são *“soltos, fluidos, desagregados, disseminados entre segmentos sociais mais ou menos extensos, não têm um vínculo jurídico básico, mas exsurtem de aglutinações continenciais, normalmente contrapostas entre si”*⁶, sendo que a “marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato, contingentes, por vezes até ocasionais”⁷.

⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2000, p. 88.

⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *ob. cit.*, p. 92.

⁷ *Ob. cit.*, p. 94.

A quarta característica diferenciadora dos interesses difusos é a sua transição ou mutação no tempo e no espaço, visto que os mesmos surgem e também desaparecem muitas vezes de situações repentinas e imprevisíveis.

Os direitos ou interesses coletivos em sentido estrito são conceituados pelo artigo 81, parágrafo único, II, do CDC, como “os *transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria, ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base*”.

Conforme lição de Kazuo Watanabe, “com o uso da expressão *transindividual de natureza indivisível se destacou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles*”⁸.

Assim, são direitos coletivos em sentido estrito aqueles cujos sujeitos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e não por circunstâncias fáticas, como ocorre no caso dos direitos difusos.

Ademais, os titulares dos direitos coletivos em sentido estrito são determinados, ou ao menos determináveis em tese, em virtude do fato de que eles fazem parte de certos “grupos, categorias, ou classes”, como, por exemplo, os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os membros de uma associação de classe, etc.

Também os direitos coletivos em sentido estrito são indivisíveis, visto que não existe a possibilidade de eles serem satisfeitos ou lesados para apenas um dos seus titulares: tal qual ocorre com relação aos direitos coletivos, também aqui a satisfação ou a lesão do direito irá atingir indistintamente todos os seus possíveis titulares⁹.

Ainda podemos apontar como características dos direitos coletivos em sentido estrito, dada a sua natureza, que eles são

⁸ “Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense”. **Rev. de Processo**, v. 67, 1992, p. 17.

⁹ ZAVASCKI, Teori albino, “Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos”. In **Revista de Processo**, v. 78, 1995, p. 34.

insuscetíveis de apropriação individual, de renúncia ou de transação, e intransmissíveis.

Finalmente, os direitos individuais homogêneos.

O CDC inovou ao incluir em seu artigo 81, parágrafo único, III, a possibilidade de tutela coletiva desses direitos. Tycho Brahe Fernandes e Ângela Silva Guimarães afirmam que *“o tratamento legislativo consagrador dos direitos individuais homogêneos tem em si uma função estritamente teleológica, qual seja, a de propiciar uma maior efetividade no acesso à justiça, tendo em vista a ineficácia dos meios até bem pouco tempo atrás existentes no processo civil brasileiro”*¹⁰.

No que tange ao conceito dos direitos individuais homogêneos, temos que o CDC, em seu art. 81, parágrafo único, III, os define como aqueles que possuem *“origem comum”*.

Essa falta de conceituação precisa levou a um entendimento errôneo de que seria interesse individual homogêneo aquele que não pudesse ser encaixado nas conceituações de direitos difusos e coletivos¹¹. Assim passamos a analisar alguns conceitos que foram desenvolvidos pela doutrina, a fim de delimitar mais precisamente o tema.

De acordo com o magistério de Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes, *“os direitos individuais homogêneos particularizam-se por serem singulares, próprios de cada pessoa (pois, divisíveis), decorrentes de fato comum, mas que por motivos de interesse social podem ser tutelados coletivamente, como meio de lograr maiores êxitos no aspecto da efetiva reparação patrimonial”*¹².

Assim, temos que os direitos individuais homogêneos são aqueles que têm por base uma mesma circunstância fática, sendo os seus

¹⁰ “A Legitimação do Ministério Público na Tutela dos Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos”. Artigo disponível no site www.mp.sc.gov.br.

¹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 33.

¹² “Breves considerações sobre as ações coletivas contempladas no Código de Defesa do Consumidor”. **Revista de Processo**, v. 71, 1993, p. 141.

titulares determinados ou ao menos determináveis, distinguindo-se exatamente nesse ponto dos direitos difusos, que também têm por base a mesma circunstância fática, todavia os seus titulares são indeterminados.

Muito também se discute quanto à natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, perguntando-se se teriam natureza de direitos individuais ou coletivos.

Alcides A. Munhos da Cunha, assumindo posição minoritária, entende que os direitos ou interesses individuais homogêneos “são interesses meta-individuais, enquanto pressupõem interesses coordenados e justapostos que visam à obtenção de um mesmo bem, de uma mesma utilidade indivisível”¹³.

Em sentido contrário, Rodolfo de Camargo Mancuso preleciona que “tudo indica que os interesses individuais homogêneos não são coletivos em sua essência, nem no modo como são exercidos, mas apresentam certa uniformidade, pela circunstância que seus titulares se encontram em certas situações, que lhes confere coesão suficiente para destacá-los da massa de indivíduos isoladamente considerados”.¹⁴

Nessa mesma esteira o entendimento de Pedro da Silva Dinamarco: “eles são verdadeiros interesses individuais, mas circunstancialmente tratados de forma coletiva. (...) São conseqüências da moderna sociedade de massa, em que a concentração de pessoas em grandes centros e a produção em série abrem espaço para que muitas pessoas sejam prejudicadas por um mesmo fato”¹⁵.

Entendemos nós que o direito individual homogêneo é direito subjetivo individual complexo; “é um direito individual porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo, porque suas necessidades são as mesmas de

¹³ “Evolução das Ações Coletivas no Brasil”. **Revista de Processo**, v. 77, 1995, p. 233.

¹⁴ “Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos”. **Ação Civil Pública: Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação** – coordenador Édis Milaré, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 438-450.

¹⁵ **Ação Civil Pública**. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 60.

*todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão*¹⁶.

III. ASPECTOS PROCEDIMENTAIS

Como já visto anteriormente, será cabível ação civil pública para a tutelar direitos materiais no que tange à defesa do meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bem como para a defesa de quaisquer outros direitos difusos ou coletivos, conforme art. 1º da Lei 7.347/85.

O parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, introduzido pela Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, restringiu as hipóteses de cabimento dessa espécie de ação, ao disciplinar que *“não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia de Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”*.

As ações civis públicas diferem da ação coletiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, cabendo esta para a defesa dos interesses individuais homogêneos.

Para que seja possível a tutela dos direitos individuais homogêneos via Ação Coletiva, não basta haver comunhão de interesses entre os sujeitos ativos ou passivos de uma possível ação, pois se apenas isso fosse necessário estaríamos diante de uma situação de litisconsórcio, já previsto no art. 46 do CPC.

É necessário, também, que a prestação jurisdicional tenha alguma relevância social, ou seja, *“quando há um litisconsórcio, há uma simples e mera soma de interesses individuais. Quando se está diante de uma pretensão coletiva, quando se provoca a jurisdição coletiva, há não só a soma de interesses individuais, mas também um plus especializante”*¹⁷.

¹⁶ **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça.** Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 33.

¹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, “Ações de classe. Direito comparado e aspectos processuais relevantes”. **Revista da EMERJ** nº 18, 2002, p. 145.

O rol de legitimados para a propositura de ações coletivas **lato sensu** se encontra no art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, combinado com o artigo 82 do CDC. Assim, possuem legitimidade para atuarem no pólo ativo da ação civil pública e da ação coletiva: o Ministério Público, a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, as autarquias, as empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista e associações¹⁸.

Dessa forma, vê-se que o cidadão individualmente considerado não tem legitimidade para propor ações coletivas¹⁹, apenas o terá para ajuizar ação popular, que também pode ser utilizada para a proteção de direitos difusos, conforme se depreende da redação do art. 5º, LXXIII da Constituição Federal, que autoriza a utilização dessa ação para a proteção da moralidade administrativa, do meio ambiente e do patrimônio histórico cultural, ou seja, para a defesa de interesses difusos²⁰.

Por outro lado, a Lei da Ação Civil Pública faculta, no seu art. 5º, parágrafo 2º, *“ao poder público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes”*. Esse litisconsórcio é facultativo e ulterior, pois a lei não impõe obrigações dessas pessoas legitimadas litigarem em conjunto, e determina que os litisconsortes poderão aderir à demanda já proposta anteriormente por outro legitimado.

¹⁸ *“É concorrente, autônoma e disjuntiva a legitimação ativa para as ações civil públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos co-legitimados pode propor a ação quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente”*. MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 236.

¹⁹ Humberto Dalla Bernardina de Pinho lembra que, embora o legislador não concede legitimidade ao cidadão para a propositura de ação coletiva, *“lhe permite algum grau de participação na demanda, na medida em que o artigo 94 do CDC determina que com a instauração da relação processual, deve ser publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor”*. *“As ações coletivas no direito brasileiro: aspectos gerais, evolutórios e algumas controvérsias”*. Artigo disponível no site www.humbertodalla.pro.br.

²⁰ Hugo Nigro Mazzilli preleciona no sentido de que *“o próprio cidadão pode, na qualidade de substituto processual, propor ação popular, que terá caráter coletivo, idêntico ao de uma ação civil pública, quando se trate, v.g., de defender o meio ambiente ou o chamado patrimônio cultural. Por sua vez, partidos políticos com representação no Congresso Nacional, organizações sindicais, entidades de classe ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, poderão ajuizar mandado de segurança coletivo, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”*. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 222.

Há autores que afirmam que no caso de o legitimado ingressar no processo com base no art. 5º, parágrafo 2º, da Lei da Ação Civil Pública e aditar a inicial, para que a mesma não seja considerada inepta, ou mesmo para ampliar o seu objeto, seria recebido no processo como litisconsorte, enquanto que se apenas se habilitar no processo, sem fazer nenhuma alteração na ação proposta, apenas aderindo aos termos da petição inicial, deveria ser considerado assistente litisconsorcial²¹.

Com relação à ação coletiva para defesa de direitos individuais homogêneos, aplica-se o art. 94 do CDC, que estabelece que os interessados poderão intervir como litisconsortes no processo. Tal intervenção acarreta conseqüências, pois tendo intervindo ou não os interessados como litisconsortes, serão todos beneficiados no caso de sentença favorável.

Todavia, caso a sentença seja improcedente, somente os que não intervieram no processo como litisconsortes é que poderão propor suas ações individuais, de acordo com o art. 103, III combinado com o parágrafo 2º do CDC (esse ponto será analisado adiante, no item referente à coisa julgada).

O foro competente para o julgamento da ação civil pública, de acordo com o art. 2º da Lei 7.347/85 é o do local onde se produziu o dano, ressalvando o artigo a competência da Justiça Federal, qualquer que seja a situação.

Tal dispositivo é complementado pelo artigo 93 do CDC, que regula a competência da ação coletiva *stricto sensu*. Segundo esse artigo, a competência é fixada de acordo com o local do dano, determinado pela abrangência: (i) no foro da capital do Estado ou no Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional e (ii) no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local.

Portanto, rompe-se a regra tradicional do CPC, segundo a qual a competência se fixa, em ações pessoais, no foro do domicílio do réu (art. 94 do CDC).

²¹ Entende-se possível, também, o litisconsórcio entre Ministérios Públicos para a propositura de ações coletivas, com base no art. 5º, parágrafo 5º da Lei da Ação Civil Pública, embora o dispositivo referido seja imensamente criticado. Ver, por todos, CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Ação civil pública: comentários por artigo**. 3ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

Com relação à sentença da ação civil pública e da ação coletiva, dois pontos merecem ser destacados: a forma de sua liquidação e execução e os efeitos da coisa julgada.

Em primeiro lugar, a forma de liquidação e execução da sentença são distintas na ação civil pública e na ação coletiva.

Na ação civil pública, a liquidação e execução da sentença são feitas nos próprios autos pelos legitimados previstos no artigo 5º da Lei 7.347/85, sendo competente para o julgamento o mesmo juízo perante o qual tramita a ação.

Na ação coletiva, por sua vez, considerando que ela tem por objeto direitos individuais homogêneos, a liquidação e a execução podem ser feitas a título individual e correm no foro da ação de conhecimento ou no domicílio do autor, de acordo com o previsto nos artigos 97 e 101 do CDC. Assim, é possível a cisão de juízo da ação de conhecimento e da ação de execução, rompendo o esquema tradicional previsto no artigo 575 do CPC²².

No que tange à coisa julgada, temos que os seus efeitos em sede de ações coletivas **lato sensu** não seguem o sistema previsto no CPC. De acordo com o artigo 472 do CPC, a coisa julgada apenas atinge aqueles que tenham sido parte no processo, não beneficiando nem prejudicando terceiros, tornando imutáveis apenas aquilo efetivamente decidido, não alcançando, assim, os fundamentos da decisão proferida.

Os efeitos da coisa julgada da ação civil pública e da ação coletiva, por sua vez, operam **secundum eventum litis**, ou seja,

²² Ada Pellegrini Grinover afirma que as liquidações propostas a título individual podem ser julgadas tanto pelo juízo que apreciou a ação condenatória, como pelo juízo do domicílio do liquidante, aplicando-se a regra esculpida no art. 101, I do CDC, visto que *“não é difícil aplicar analogicamente essa regra ao foro competente para a liquidação, a que necessariamente se liga o parágrafo 2º, inc. I, do art. 98: o processo de liquidação é, segundo a doutrina dominante, processo de conhecimento, preparatório da futura execução e destinado a complementar o comando da sentença condenatória; a liquidação da sentença prevista no caput do art. 97 será sempre feita a título individual, promovida que seja pelo prejudicado ou pelos entes e pessoas que podem representá-lo em juízo. Ademais, na liquidação da sentença que reconheceu o dever de indenizar e condenou o réu, os diversos liquidantes deverão ainda provar a existência de seu dano pessoal, bem como o nexo etiológico com o dano geral que embasou a condenação genérica. Desse modo, a regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor encontra plena aplicação à hipótese, sendo a única capaz de explicar e dar conteúdo ao remanescente parágrafo 2º, inc. I, do art. 98 do Código”*. **Código Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1998, p. 693.

dependem do resultado do julgamento da lide, e alcançam mais do que o decidido, tornando imutáveis os próprios fundamentos de decidir, além de atingir pessoas que não tenham sido formalmente partes no processo.

De acordo com o artigo 16 da Lei 7.347/85, a coisa julgada da ação civil pública possui efeitos **erga omnes**, exceto se for julgada improcedente por insuficiência de provas, caso em que nova ação poderá ser intentada por qualquer legitimado, desde que assentado em nova prova.

Por outro lado, para se verificar precisamente os efeitos da coisa julgada na ação civil pública e na ação coletiva, o CDC determina a análise da espécie de direito envolvido na ação²³.

Em ações versando sobre direitos difusos, a coisa julgada opera efeitos **erga omnes**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer outro legitimado poderá intentar outra ação, valendo-se de nova prova, conforme determina o artigo 103, I, do CDC.

Contudo, o artigo 103, §1º, do CDC resguarda os direitos individuais dos titulares dos direitos difusos. Isso porque, no momento em que a ação é julgada procedente, todos os atingidos se beneficiarão da coisa julgada **erga omnes**; todavia, a sentença de improcedência não impede que cada um, individualmente, possa buscar junto ao judiciário o seu direito individual. Nesse caso, a sentença de improcedência, se foi proferida por outro motivo que não a insuficiência de provas, irá impedir apenas a propositura de nova ação civil pública pleiteando o mesmo direito, ante a eficácia da coisa julgada, todavia não impede a propositura de ações individuais.

Vale aqui ressaltar que, no caso de haver ação individual em curso no momento da propositura da ação civil pública, que versar sobre os mesmos direitos difusos, deverá o autor individual pedir a suspensão da sua ação individual, nos termos do artigo 104 do CDC, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência nos autos do

²³ O sistema do CDC de tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos deve ser aplicado às Ações Cíveis Públicas em geral, mesmo que não estejam envolvidas relações de consumo, por força do artigo 21 da Lei n. 7.347/85.

ajuizamento da ação civil coletiva, se quiser se beneficiar de eventual resultado favorável a ser alcançado através da sentença proferida na ação civil coletiva.

Todavia, pode também o autor da ação individual optar por prosseguir na sua ação individual, caso em que não ficará sujeito à sorte da ação coletiva, valerá para ele apenas a decisão a ser proferida na sua própria ação.

Se o dano que fundamenta a ação é coletivo, os efeitos da coisa julgada operam **ultra partes**, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo por insuficiência de provas. Assim, apesar de a coisa julgada atingir quem não tenha sido parte, limita-se ao grupo, categoria ou classe.

Da mesma forma que ocorre nas hipóteses de proteção a direito difuso, eventual resultado negativo por motivo outro que não insuficiência de provas não obsta a propositura de demandas individuais, nos termos do §1º do artigo 103 do CDC. Se houver demanda individual pendente de julgamento no momento da propositura da ação civil pública, também o autor deverá pedir sua suspensão para poder beneficiar-se do resultado da demanda coletiva.

No caso de ação coletiva versando sobre direitos individuais homogêneos, a coisa julgada opera efeitos **erga omnes** apenas no caso de procedência do pedido.

Em caso de improcedência do pedido, aqueles que não tiverem se habilitado no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual (§ 2º do artigo 103 do CDC), hipótese essa vedada aos sujeitos que participaram do processo como litisconsortes²⁴.

Diante do exposto, verifica-se que objetivo do legislador foi o de permitir que o lesado sempre se beneficie da coisa julgada coletiva, refletindo a tendência do direito processual coletivo.

Por fim, vale fazer uma rápida análise do art. 16 da Lei da Ação Civil Pública.

²⁴ Atente-se para o fato de que, em se tratando de direito individual homogêneo, o legislador exige que, tramitando simultaneamente ação coletiva e ação individual, seja a última suspensa até a conclusão da primeira, para que o lesado beneficie-se da procedência da ação coletiva, nos termos do artigo 104 do CDC.

A redação de tal artigo foi alterada pela Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, para incluir que os efeitos da sentença, ainda que **erga omnes**, operam nos limites territoriais da competência do órgão prolator. Tal modificação vem sendo muito criticada pela doutrina, que entende haver aí um rompimento no sistema de acesso à justiça que vinha sendo preconizado pela Lei.

Ademais, certo é que o legislador confundiu a competência do juiz com os efeitos da coisa julgada, pois *“a imutabilidade **erga omnes** dos efeitos de uma sentença não tem nada a ver com a competência do juiz que profere a sentença. (...) A imutabilidade do julgado pressupõe uma válida sentença proferida por órgão jurisdicional competente, mas a competência não adere à sentença nem limita sua imutabilidade”*²⁵.

Assim, diante de tantos defeitos apresentados pela redação do artigo, defende a doutrina²⁶ que tal dispositivo deva simplesmente ser considerado ineficaz, fazendo valer o disposto no Código de Defesa do Consumidor sobre o assunto.

IV. O ESTATUTO DO IDOSO

No final do ano de 2003 foi editada a Lei nº 10.741, mais precisamente no dia 1º de outubro, legislação essa que, dada a sua importância e o seu impacto na ordem legal brasileira, teve desde logo assegurada, no seu artigo 118, um período de **vacatio legis** de 90 dias, tendo, portanto, entrado em vigor em 1º de janeiro de 2004.

Este Estatuto é extremamente inovador. Pela 1ª vez se define, com precisão, a figura do idoso; disciplinam-se de maneira sistemática os seus direitos, e, principalmente, a forma de garantia, tanto individual como coletiva, no plano civil, administrativo e criminal de todos os direitos titularizados por idosos.

Nesse trabalho vamos focar apenas os aspectos da ação coletiva, prevista no Estatuto do Idoso entre os artigos 78 e 92.

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro, **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 13ª ed., São Paulo, Saraiva, 2001, p. 209

²⁶ Ver Ada Pellegrini Grinover, **Código de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, ed. Forense Universitária e Hugo Nigro Mazzilli, **A defesa dos interesses difusos em juízo**, ed. Saraiva.

Para situar geograficamente a proteção coletiva no Estatuto do Idoso, ela está inserida no capítulo III do título V.

O título V trata do acesso à justiça: tem um capítulo I com disposições gerais; um capítulo II que trata do papel do Ministério Público nesse Estatuto do Idoso; e, finalmente, um capítulo III que cuida então desse procedimento coletivo.

Antes de entrar no tema proteção coletiva propriamente dita, devemos fazer alguns comentários sobre os capítulos I e II desse título. O legislador, a partir do artigo 69 do Estatuto do Idoso, estabelece as disposições gerais com relação à proteção do idoso.

Idoso, esclareça-se, na forma do artigo 1º, é, todo aquele que tem idade igual ou superior a 60 anos.

No capítulo I do título V encontramos duas grandes garantias para o idoso. A primeira está no artigo 70, e determina a criação, sempre que possível, de varas especializadas para o atendimento do idoso, assim como nós já temos as varas especializadas de proteção à infância e à juventude, as varas especializadas para proteção do consumidor, em alguns lugares as varas especializadas para proteção do meio ambiente, nós teremos agora varas especializadas para proteção do idoso. E, vale dizer, essa determinação, por via de consequência, atinge também o Ministério Público. É extremamente saudável que sejam criadas Promotorias especializadas na defesa dos direitos dos idosos.

A segunda garantia está prevista no artigo 71²⁷, e consiste no direito de prioridade para todos os processos que versem sobre direitos de pessoas consideradas idosas.

²⁷ Art. 71. É assegurada prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, em qualquer instância. § 1º O interessado na obtenção da prioridade a que alude este artigo, fazendo prova de sua idade, requererá o benefício à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará as providências a serem cumpridas, anotando-se essa circunstância em local visível nos autos do processo. § 2º A prioridade não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, com união estável, maior de 60 (sessenta) anos. § 3º A prioridade se estende aos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras, ao atendimento preferencial junto à Defensoria Pública da União, dos Estados e do Distrito Federal em relação aos Serviços de Assistência Judiciária. § 4º Para o atendimento prioritário será garantido ao idoso o fácil acesso aos assentos e caixas, identificados com a destinação a idosos em local visível e caracteres legíveis."

Essa prioridade é assegurada no *caput* do artigo 71 e é ainda resguardada nos quatro parágrafos que acompanham esse mesmo dispositivo.

Essa prioridade não cessa com a morte do beneficiado; ao contrário, se perpetua para que também sejam atendidos os interesses do seu cônjuge ou de seus herdeiros; se aplica a todo e qualquer procedimento administrativo ou judicial, em qualquer esfera que se encontre.

Os órgãos judiciários terão que promover dentro dessas varas especializadas, que se espera sejam criadas, condições apropriadas para que o idoso tenha acesso àquela informação.

Isso porque, muitas vezes a pessoa idosa já conta com uma deficiência visual, auditiva ou locomotora, o que demanda a utilização de métodos audiovisuais e treinamento específico dos serventuários.

Visto isso, podemos, agora, ingressar no tema específico.

Iniciamos pela abordagem da figura do Ministério Público, eis que é ele o grande encarregado da promoção das ações coletivas no cenário brasileiro.

Antes do legislador falar da proteção aos direitos coletivos trata do acesso à justiça e das garantias gerais desse acesso.

Não por acaso, entre o capítulo 1º, que trata as disposições gerais do acesso à justiça, e o capítulo III que trata do procedimento e da defesa dos interesses coletivos, encontramos, no capítulo II, o Ministério Público.

Desde a Constituição de 1988 a defesa dos interesses coletivos sempre esteve intimamente relacionada com a instituição do Ministério Público.

Basta mencionar que o único dispositivo da Constituição que trata especificamente de ações civis públicas não está no artigo 5º. A ação civil pública no texto constitucional está inserida no artigo 129, inciso III, o que denota claramente a intenção do legislador em atrelar o Ministério Público à defesa dos interesses coletivos.

Quinze anos mais tarde, o legislador, ao editar o Estatuto do Idoso, confirma essa postura.

Existem alguns pontos nesse capítulo II que chamam a atenção; uns por demonstrar que o legislador está ratificando a opinião

que havia expressado em outros diplomas legais, e outros por gerar uma verdadeira inovação.

Encontramos aqui, por exemplo, no artigo 74²⁸, inciso II, que compete ao Ministério Público promover e acompanhar ações de alimentos e interdição total ou parcial, com a designação de um curador especial em circunstâncias que justifiquem a medida.

Sempre houve uma discordância enorme da doutrina brasileira quanto à possibilidade de o Ministério Público ajuizar uma ação de alimentos. Por outro lado, sempre houve consenso de que ele funcionaria como fiscal da lei, na tutela dos interesses do alimentando, mas não que o Ministério Público pudesse ajuizar uma ação de alimentos.

É bem verdade que desde 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente já previa entre as funções institucionais do Ministério Público, no artigo 201, a propositura da ação de alimentos, mas esse dispositivo vinha sendo considerado por alguns como inconstitucional, na medida em que violaria o inciso IX do artigo 129 da Carta de 1988.

Pois bem, o legislador agora repete, não só para crianças como previsto no ECA, mas também para idosos, em situações emergenciais, que o Ministério Público pode sim ajuizar ação de alimentos.

Muito interessante também o dispositivo consignado no inciso X do artigo 74, que diz competir ao Ministério Público referendar transações envolvendo interesse e direitos dos idosos previstos nessa lei.

É um dispositivo que tem a sua origem histórica no Código de Processo Civil, artigo 585 inciso II, que prevê serem títulos executivos extrajudiciais aqueles documentos que cumprem as formalidades legais bem como os acordos extrajudiciais que contenham o

²⁸ “Art. 74. Compete ao Ministério Público: I – instaurar o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso; II – promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco; III – atuar como substituto processual do idoso em situação de risco, conforme o disposto no art. 43 desta Lei; IV – promover a revogação de instrumento procuratório do idoso, nas hipóteses previstas no art. 43 desta Lei, quando necessário ou o interesse público justificar.”

visto, o “*de acordo*” do Ministério Público, dispositivo esse que também se encontra reproduzido no artigo 57, parágrafo único da Lei nº 9.099/95.

Veja-se que o legislador aqui fala especificamente em transação, ou seja, ele admite concessões recíprocas em matéria de direito dos idosos. Cabe ao MP ter o bom-senso e o prudente arbítrio de, no caso concreto, ver se essa providência, embora arriscada, possa se mostrar benéfica para aquele idoso.

O § 1º do artigo 74 repete a redação constitucional; a legitimidade do M.P. para as ações civis não impede a de terceiros.

A regra do direito brasileiro é sempre a legitimidade concorrente para as ações civis; a figura da legitimidade privativa do M.P. fica restrita a área penal, ressalvadas obviamente as hipóteses de ação penal privada.

Duas últimas observações: o §2º do artigo 74 dispõe que essas atribuições aqui elencadas não excluem outras que possam surgir e sejam com elas compatíveis, e que, por fim, o membro do Ministério Público tem livre acesso a qualquer entidade de atendimento ao idoso.

É importante ressaltar aqui que o legislador não fez distinção entre ser uma instituição pública ou privada; se ela abriga idosos, se ela tem essa finalidade, ela está automaticamente sob a supervisão do M.P. e o ingresso do membro do Ministério Público, obviamente no exercício de suas funções, não pode ser embaraçado em hipótese alguma.

Finalmente chegamos ao capítulo III do título V, que se inicia no artigo 78 e vai até o artigo 92 da Lei nº 10.741/93, e que trata da proteção judicial dos interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos.

Começamos com uma breve observação sobre *nomen iuris* desse capítulo: direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos.

Desde 1990, o Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 81 parágrafo único elenca as três espécies de direitos transindividual, como já examinado acima. O Estatuto do Idoso vai além e prevê a legitimidade para a defesa de um direito individual indisponível, que

não seja homogêneo; em outras palavras, um direito essencialmente individual.

Isso se dá pela relevância do direito e pela presumida incapacidade da parte, o que nos remete ao conceito já tradicional do artigo 82, inciso I, do CPC, e aplicável às hipóteses de intervenção do M.P. no processo civil tradicional.

A partir do artigo 78, o legislador começa a regulamentar as ações coletivas para proteção desses direitos. A primeira observação que se faz, no âmbito processual, diz respeito à legitimidade.

Vamos observar que neste capítulo o legislador repete, com muita freqüência, dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, o que dispensa maiores comentários.

A grande inovação fica por conta da legitimidade²⁹ atribuída à OAB para a defesa desses direitos.

O ingresso da OAB é extremamente louvável; o que se estranha é por que inserir a OAB e não inserir expressamente outras entidades que vêm se destacando profundamente na defesa dos interesses sociais. Por que não se inserir, por exemplo, a Defensoria Pública?

No mais, mantém-se no § 1º a figura do litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos, e no § 2º regra também já conhecida há muito, qual seja, que o Ministério Público assume a ação no caso de desistência ou abandono pela associação legitimada.

Norma interessante e útil é a prevista no artigo 82; para defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Estatuto são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes. O legislador quer deixar bastante claro que está disposto a defender o interesse dos idosos a qualquer custo. Não se deve obstar, portanto, com o amparo nesse dispositivo legal, qualquer argumento formal ou de natureza procedimental, devendo o Juiz fazer uso do princípio da fungibilidade em prol do idoso.

²⁹ “Art. 81. Para as ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos, consideram-se legitimados, concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; III – a Ordem dos Advogados do Brasil; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre os fins institucionais a defesa dos interesses e direitos da pessoa idosa, dispensada a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.”

E mais, havendo dúvida, quer nos parecer que a interpretação deve ser sempre favorável ao idoso.

O artigo 83 repete a figura da tutela antecipada, que já encontramos embrionariamente no artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, e foi depois reproduzida no Código de Processo Civil, pela reforma de 1994, com a modificação do artigo 273 do CPC e, ainda, posteriormente, com as inovações trazidas pelo artigo 461 e 461-A.

Essa tutela antecipada pode ser deferida liminarmente ou após a justificação prévia, aplicando-se aqui as regras do CPC, uma vez que o próprio legislador, no artigo 83 § 1º do Estatuto, invoca expressamente o artigo 273 do Código de Processo Civil.

Presente, também, a figura da multa, conhecida em processo civil como **astreintes**, meio de coerção indireta, ou meio de convencimento para que o demandado cumpra os preceitos a que está obrigado.

O cabimento dessa sanção, no Estatuto, pode ser visualizado claramente no seguinte exemplo: imagine que um determinado estabelecimento, que se propõe a guarda e o cuidado de idosos, está fora das condições apropriadas de higiene e não dispõe dos meios materiais necessários; o Ministério Público ajuíza uma ação de interdição, requer uma obrigação de fazer para que sejam cumpridas todas as disposições da vigilância sanitária; o juiz fixa um dia a partir do qual vai se contar aquela multa pelo descumprimento e o valor, de modo a “incentivar” o voluntário cumprimento do **decisum**.

Obviamente, a sanção deve ser cuidadosamente pensada, a fim de que não se possibilite um retardamento no cumprimento da decisão judicial, o que poderia colocar em risco a própria vida do(s) lesado(s), por conta de sua idade avançada.

Complementando esse dispositivo, o artigo 84 prevê que toda e qualquer multa deve ser revertida para o fundo do idoso. Se não houver esse fundo do idoso, cria-se o fundo municipal de assistência social e, após o 30º dia do não recolhimento dessa multa, abre-se um processo de execução que vai ser movido pelo Ministério Público com o objetivo de garantir que esses recursos sejam trazidos ao fundo e sejam, portanto, aplicados corretamente na proteção dos idosos.

O artigo 85 traz uma regra excepcional ao Código de Processo Civil e que tem grande relevância prática.

Diz o legislador: o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos recursos para evitar dano irreparável à parte. O legislador aqui vai além do que já estava previsto no Código de Processo Civil, nos artigos 557 e 558, que cria determinadas hipóteses e requisitos para que seja concedido efeito suspensivo; ele utiliza aqui uma linguagem genérica e abstrata, deixando claro que o juiz pode conceder o efeito suspensivo para evitar o dano irreparável à parte, segundo o seu prudente arbítrio, sendo a norma aplicável a qualquer recurso.

De se registrar também a regra do artigo 86³⁰. A jurisdição civil, como se sabe, não inibe a atividade administrativa ou criminal; sempre que houver indícios de ilícito administrativo ou criminal promove-se a extração de peças e encaminhamento à instância competente.

O artigo 87 repete regra já presente no artigo 15 da Lei nº 7.347/85 e determina que decorridos 60 dias do trânsito em julgado da sentença condenatória favorável ao idoso sem que o autor lhe promova a execução, deverá o Ministério Público fazê-lo, facultada igual iniciativa aos demais legitimados.

O artigo 88 trata do aspecto econômico da ação coletiva no Estatuto.

Assim sendo, não haverá em nenhuma hipótese, adiantamento de custas, emolumentos ou honorários periciais ou quaisquer despesas, e, finalmente o parágrafo único resolve uma questão que vinha atormentando o Ministério Público já há algum tempo. Diz expressamente o parágrafo único do artigo 88 que não se imporá sucumbência ao Ministério Público.

Trata-se de norma cogente, peremptória e que exclui qualquer tentativa de interpretação contrária aos interesses dos idosos, dando assim, ao M.P., a segurança para desenvolver seu trabalho com um mínimo de garantias.

³⁰ “Art. 86. Transitada em julgado a sentença que impuser condenação ao Poder Público, o juiz determinará a remessa de peças à autoridade competente, para apuração da responsabilidade civil e administrativa do agente a que se atribua a ação ou omissão.”

O artigo 92 trata da figura do inquérito civil³¹, que já se encontrava presente no artigo 9º da Lei nº 7.347/85 e no artigo 26 da Lei Orgânica do Ministério Público – Lei nº 8.625/93.

Uma vez concluídas todas as diligências no âmbito do inquérito civil, duas situações podem se apresentar: (1) aquele órgão do Ministério Público conseguiu coligir os elementos mínimos necessários e vai ajuizar uma ação civil pública; ou (2) ele não conseguiu aglutinar um mínimo de prova, e deverá promover o arquivamento dos autos.

Nessa última hipótese, ele deverá, no prazo máximo de três dias, determinar a remessa dos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, no caso do Ministério Público dos Estados, ou à Câmara de Coordenação e Revisão, no caso do Ministério Público Federal, para que esses autos sejam reexaminados e seja aferido se aquela providência do membro do M.P. foi acertada ou equivocada.

Se a providência for acertada, aquele arquivamento é mantido e os autos estão então definitivamente arquivados, não sem antes se permitir às associações legitimadas ou a qualquer interessado que apresente razões por escrito ou documentos antes do julgamento pelo Conselho Superior ou pela Câmara de Revisão.

Caso o entendimento seja de que aquele arquivamento foi equivocado, temos duas hipóteses: (a) ou o arquivamento foi precipitado, não tendo sido encetadas todas as diligências cabíveis; ou (b) as diligências foram adequadamente realizadas mas houve erro na avaliação pelo membro do Ministério Público, que arquivou quando seria o caso de oferecimento de ação civil pública.

³¹ “Art. 92. O Ministério Público poderá instaurar sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer pessoa, organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias. § 1º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil ou de peças informativas, determinará o seu arquivamento, fazendo-o fundamentadamente. § 2º Os autos do inquérito civil ou as peças de informação arquivados serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público. § 3º Até que seja homologado ou rejeitado o arquivamento, pelo Conselho Superior do Ministério Público ou por Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público, as associações legitimadas poderão apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados ou anexados às peças de informação. § 4º Deixando o Conselho Superior ou a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público de homologar a promoção de arquivamento, será designado outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”

Na primeira hipótese, os autos voltam ao mesmo Promotor para que complete as diligências faltantes e examine novamente o contexto probatório dos autos; na segunda, são encaminhados a outro membro, para que reexamine os autos e ofereça, então, a competente ação.

São esses os dispositivos mais relevantes na perspectiva processual.

O legislador deixa bem claro que o Ministério Público vai funcionar como um agente facilitador do acesso à justiça para os idosos, utilizando-se do instrumental da ação coletiva, de suas prerrogativas funcionais e das regras excepcionais criadas pelo próprio Estatuto, mesmo quando a hipótese for de direito individual indisponível.

Em síntese, podemos dizer que os pontos principais da Lei são: a inserção da Ordem dos Advogados do Brasil, como ente legitimado à propositura desta ação civil; a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos segundo o prudente arbítrio do juiz; a necessidade do visto do M.P. nos instrumentos de transação; e a vedação expressa de imposição de verba sucumbencial em ações coletivas ajuizadas pelo Ministério Público.

Pensamos que o legislador está de parabéns pela iniciativa. Apesar de alguma eventual postura mais tímida ou mesmo eventual atecnia, o saldo é bem positivo, podendo o espírito da Lei ser resumido pela letra do artigo 82: *“Para defesa dos interesses e direitos protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ação pertinentes”*.

Resta agora torcer pela efetividade da nova Lei e para que os Tribunais não adotem posturas restritivas como fizeram no passado com as Lei nº 7.347/85 e 8.078/90.☐

Questões Polêmicas sobre o Tribunal do Júri

Décio Luiz José Rodrigues

Juiz de Direito em São Paulo (SP), professor da Escola Paulista da Magistratura, autor de várias obras jurídicas.

1 - CABE SUSPENSÃO DO PROCESSO EX OFFICIO, NO CASO DE NEGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO?

Entendemos que sim, pois se trata de Direito Público Subjetivo do réu, tendo em vista que a lei especifica os requisitos legais autorizadores da suspensão do processo.

Com efeito, a Lei 9.099/95, em seus artigos 89, parágrafos e seguintes, prevê a possibilidade de suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que preenchidos os seguintes requisitos: pena mínima do delito até um ano; concordância do réu e de seu defensor; o réu não pode estar sendo processado por outro crime e nem ter sido condenado por outro crime, além de presentes os requisitos que autorizariam o *sursis* (artigos 77 e seguintes do Código Penal).

Primo, consideramos possível a aplicação do indigitado instituto aos crimes da competência do Júri, conforme pudemos explicitar no nosso livro **Juzado Especial Especial Criminal no Júri**, Editora LEUD.

Secundum, como a lei demonstra quais os requisitos inerentes à concessão do benefício, sendo, outrossim, este, de aplicação favorável ao réu (*in mellius, in bonam partem*), deve haver uma apreciação judicial a respeito da ocorrência do favor legal, mesmo que o Ministério Público não proponha a suspensão, pena de se subtrair à apreciação do Poder Judiciário lesão a direito, em confronto com o artigo quinto e incisos da Carta Magna.

Data maxima augusta venia, não seria caso da aplicação analógica do artigo 28 do Código de Processo Penal, pois, neste, acontece o contrário, **id est**, o Ministério Público não quer denunciar e o Juízo entende ser o caso.

Todavia, na não-proposta de suspensão, o Ministério Público já denunciou, pois é **conditio sine qua non** à concessão da suspensão do processo o fato de a denúncia ter sido recebida.

Portanto, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário deve apreciar a questão, analisando, **in casu**, se o réu preenche os requisitos legais autorizadores do benefício.

2 - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NO CRIME DA COMPETÊNCIA DO JÚRI: PODE HAVER ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA NOS CRIMES CONEXOS?

Entendemos que não, sob pena do **decisum** imiscuir-se em incompetência absoluta em razão da matéria (**ratione materiae**).

Com efeito, há possibilidade de o réu ter tentado matar uma mulher e, no mesmo contexto, tê-la estuprado, sendo que o processo e julgamento de ambos os crimes seguirão o rito dos delitos da competência do Tribunal do Júri, **ex vi** dos artigos 76, inciso III e 78, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Durante a instrução probatória, há indícios de o réu ser inimputável e, **ipso jure**, realizada perícia médica, constata-se que o réu era inimputável penalmente à época dos fatos e o réu não nega a autoria e nem alega ter agido sob os auspícios de excludente alguma.

In casu, cabível afigura-se sua absolvição sumária, nos termos do artigo 411 do Código de Processo Penal, com recurso **ex officio** ao Tribunal **ad quem**, mas tão somente quanto ao crime de tentativa de homicídio, da competência do Júri, pois, quanto ao crime conexo de estupro, falece competência ao Juiz togado para prolatar sentença a respeito, pois somente o Tribunal do Júri é que poderia fazê-lo.

Dever-se-ia, então, após o trânsito em julgado da sentença que absolveu sumariamente o réu da imputação quanto ao homicídio tentado, extrair-se cópia do processo, remetendo-a ao Juiz singular competente para análise quanto ao crime de estupro.

Somente assim estaria preservada a competência *stricto sensu* para o julgamento da causa.

É o que a jurisprudência decidiu, *in* RT 456/390; RT 600/409; RJTJSP 34/286, conforme demonstramos em nosso livro **Júri na Jurisprudência**, Editora IGLU, 1999, página 18.

Consigne-se que somente o Tribunal do Júri é competente para julgar os crimes conexos aos da competência do Júri, mas o Juiz togado não o é.

3 - DESAFORAMENTO EM VIRTUDE DE INFLUÊNCIA POLÍTICA DO RÉU: É POSSÍVEL?

Entendemos que sim, sob pena de se afastar a necessária imparcialidade que deve nortear a decisão dos senhores jurados.

Com efeito, é possível o desaforamento, *id est*, o julgamento do caso submetido a Júri por outro Conselho de Sentença, que não o do lugar em que o crime se consumou, e somente nas hipóteses legais, quais sejam: se o interesse da ordem pública o reclamar, se houver dúvida sobre a imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu, bem como se o julgamento não se realizar no período de um ano, contado do recebimento do libelo, desde que para a demora não haja concorrido o réu ou a defesa (tudo *ex vi* do artigo 424 do Código de Processo Penal).

É cediço que, em determinados locais, mormente em cidades pequenas do interior, existem pessoas ligadas à política e, *ipso facto*, com influência explícita nos destinos do Município e na vida das pessoas que lá vivem.

Em sendo réus, *a fortiori* sabe-se que usarão seus poderes políticos de influência para se livrarem de uma condenação criminal por parte do Tribunal do Júri local, sendo de rigor, caso provada a influência indigitada, o desaforamento e baseado na imparcialidade do corpo de jurados local.

É o que ficou decidido *in* RT 598/322 e 603/422, sempre lembrando que o desaforamento é de ser realizado para a Comarca mais próxima, conforme RT 624/404.

E sem imparcialidade, o julgamento é nulo e injusto.

4 - CONCURSO DE CRIMES: DEVE HAVER QUESITO A RESPEITO?

Entendemos que não, pois, além da ausência de previsão legal (artigo 484, incisos e parágrafos, do Código de Processo Penal), a matéria diz respeito à aplicação da pena, esta de incumbência (competência *stricto sensu*) do Juiz-Presidente do Tribunal do Júri e não dos jurados.

Com efeito, no julgamento em Plenário, pode acontecer que o réu responda pela prática de dois ou mais crimes (concurso de crimes), e a ocorrência de concurso material, formal ou de crime continuado deve ser levada em conta na fixação da pena.

Existe posicionamento jurisprudencial no sentido de que deve haver quesito específico a respeito do concurso de crimes ou do crime continuado, e com submissão aos jurados (RT 389/89; 431/288).

E, então, após a votação do quesito específico, deve o Juiz-Presidente aplicar a pena em desfavor do réu e com as regras do concurso material, formal ou do crime continuado, *ex vi* dos artigos 69 *usque* 71, todos do Código Penal.

Todavia, tal nos afigura desvirtuamento do julgamento, pois, além da ausência de previsão legal (artigo 484, incisos e parágrafos, do Código de Processo Penal), cabe ao Juiz-Presidente fixar a pena em desfavor do réu e o concurso de crimes, ou crime continuado, imiscuem-se nessa competência *stricto sensu*.

E as decisões dos Tribunais não destoam disso (RT 578/447; RTJ 107/122), conforme pudemos explicitar no nosso livro **Júri na Jurisprudência**, Editora Iglu, página 42, *in fine*.

Ipsa jure, com base nesse raciocínio, é de ser indeferida a inclusão de quesito formulado pelas partes.

5 - É POSSÍVEL A CONDENAÇÃO PELOS JURADOS, SOMENTE COM BASE NO INQUÉRITO POLICIAL?

Entendemos que sim, pois o Conselho de Sentença é o Órgão competente, constitucional e legalmente, para a análise do *meritum causae* nos julgamentos afetos ao Tribunal do Júri e a valoração da prova imiscui-se nessa competência *stricto sensu*.

Com efeito, em vários casos julgados pelo Tribunal do Júri, em que tão-somente há prova, contra o réu, produzida no inquérito policial, e em que o réu veio a ser condenado, a Defesa recorre ao Egrégio Tribunal **ad quem** e alega que a condenação é de ser desconsiderada, pois contraria, manifestamente, a prova dos autos, haja vista que prova inexistente, pois somente foi produzida na fase inquisitorial, do inquérito policial.

Todavia, como valoração de prova é matéria atinente ao **meritum**, e como a análise deste é de competência do Conselho de Sentença, não se nos afigura, o veredito condenatório, manifestamente contrário à prova dos autos, pois se imbuíu na competência-atribuição dos senhores jurados.

Portanto, é Constitucional e legal a consideração, pelo Conselho de Sentença, como válida, da prova produzida na fase do inquérito policial e, **ipso jure**, a condenação do réu, **in casu**, é legal e legítima, sem reparos só por isso.

E o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favorável a tal posicionamento, conforme Recurso Especial número 25.120-9, **decisum** que mencionamos no nosso **Júri na Jurisprudência**, Editora Iglu, página 09, **in fine**.

6 - É POSSÍVEL A OITIVA DO CO-RÉU COMO TESTEMUNHA?

Entendemos que não, haja vista que o co-réu é parte no processo ou já o foi, não se devendo misturar o seu **status** com o de testemunha, pois esta é auxiliar da Justiça e não acusada **stricto sensu**.

Com efeito, suponhamos que um réu esteja sendo processado, porque matou alguém, e que o outro réu, no mesmo contexto, em conexão processual- penal, tenha praticado o crime de porte de entorpecente para uso próprio (artigos 121 do Código Penal e 16, da Lei 6.368/76, respectivamente).

Por serem crimes conexos e por haver um crime da competência do Júri, ambas as infrações penais serão julgadas pelo Tribunal do Júri, **ex vi** dos artigos 76 e incisos e 78, inciso I, ambos do Código de Processo Penal.

Suspensão, pois, o processo quanto ao co-réu, e prosseguindo-se quanto ao réu do homicídio, temos que deva ser indeferido o **petitum**, de qualquer das partes, para oitiva do co-réu como teste-

munha, até mesmo quando o co-réu, se em outro caso, tivesse sido absolvido.

E tal é fundamentado no fato do co-réu, com processo suspenso ou já absolvido, é ou foi réu naquele processo, mantendo esse *status*, não se cogitando de ser qualquer pessoa, *ex vi* do artigo 202 do Código de Processo Penal.

E a jurisprudência não discrepa desse entendimento, conforme colacionamos em outro livro **Júri na Jurisprudência**, Editora Iglu, página 32.

Jurisprudência *habemus* (RT 413/443; 456/380; RTJ 69/683).

7 - É POSSÍVEL DENÚNCIA EM TRANSAÇÃO PENAL NÃO CUMPRIDA EM INFRAÇÃO PENAL CONEXA?

Entendemos que não, sob pena de desconsiderarmos a coisa julgada, bem como a fase executória penal. Com efeito, *primo*, entendemos possível a aplicação da lei 9099/95 às infrações penais de menor potencial ofensivo conexas aos crimes dolosos contra a vida, conforme pudemos explicitar *in Juizado Especial Criminal no Júri*, editora LEUD, 1998.

Outrossim, em havendo transação penal de menor potencial ofensivo e conexa ao crime doloso contra a vida e havendo o não-pagamento da multa acordada entre o Ministério Público e o autor do fato, o caso é de execução da pena de multa e sem a possibilidade, ademais, da conversão de tal detenção, devendo-se prosseguir como executivo fiscal (artigo 51 do Código Penal).

E assim deve ocorrer, pois a multa foi aplicada por intermédio de sentença judicial, não tendo havido mera homologação da transação penal. E ato judicial, sentença que é *stricto sensu*, está acobertado pela *res judicata*, garantia Constitucional (artigo 5º da Constituição Federal).

Também se afigura incabível a denúncia, além de ofensa à coisa julgada, porque o descumprimento da pena ora imposta resulta na execução da mesma, havendo processo de execução com procedimento e características inerentes à sua individualidade, diverso, o processo de execução, da anterior fase de conhecimento.

Consigne-se que a sentença judicial aplica a pena objeto da transação penal, tendo em seu bojo todos os atributos de judicial e o

oferecimento posterior da denúncia descaracterizaria tais atributos, mormente a coisa julgada, além de fazer tábula rasa do processo de execução.

Portanto **legem habemus**: a multa não paga deve ser executada em respeito à coisa julgada e ao processo individualizado e posterior de execução penal.

8 - HOMICÍDIO PRATICADO POR QUEM DETÉM FORO PRIVILEGIADO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO: QUEM JULGA?

Entendemos que a competência, **in casu**, é do Órgão Constitucionalmente designado para tanto e que leva em conta a prerrogativa da função do réu e não a pessoa **de per si** do réu, daí não se tratar de privilégio.

Com efeito, algumas autoridades detêm foro privilegiado por prerrogativa de função na prática de crimes comuns, incluindo-se homicídio, e tal norma é de natureza Constitucional (**verbi gratia** artigo 105, inciso I, letra "a", da Constituição Federal).

Todavia, a própria Constituição Federal impera no sentido de que o Tribunal do Júri deve julgar os crimes dolosos contra a vida, **ex vi** do seu artigo 5º, inciso XXXVIII, letra "d".

Caso, **ad exemplum**, um Governador de Estado mate alguém, deverá ser julgado pelo Tribunal do Júri ou pelo Superior Tribunal de Justiça?

Concluímos que é o Egrégio Superior Tribunal de Justiça que deverá julgá-lo, nos termos do artigo 105, inciso I, letra "a", da Constituição Federal, pois se trata de norma especial e também de caráter Constitucional, devendo prevalecer a indigitada especialidade, esta embasada na prerrogativa da função e na importância do cargo desempenhado pelo réu, nada tendo de relação com a pessoa que exerce o **munus**.

Tal entendimento tem espeque no Plenário do Egrégio Supremo Tribunal Federal (CJ nº 7.000-4-PE, relator Ministro Néri da Silveira).

No mesmo sentido podemos dizer quanto aos membros do Ministério Público que matem alguém, conforme já decidiu o Pretório Excelso (STF, HC 68.935-3-RJ, 1ª TURMA, relator Ministro Ilmar Galvão).

9 - *ABERRACTIO ICTUS* COM LESÃO CORPORAL LEVE NA SEGUNDA VÍTIMA: PRECISA DE REPRESENTAÇÃO DESTA?

Entendemos que não, haja vista que o erro de execução (*aberratio ictus*) refere-se a uma unidade complexa de acordo com o artigo 73 do Código Penal.

Com efeito, é possível que alguém, querendo matar outrem, desfira um tiro de revólver contra essa pessoa e, matando-a, também atinja uma terceira pessoa, causando lesões corporais leves nesta, e tudo numa só ação.

Se considerássemos *de per si* a lesão corporal leve sofrida pela segunda vítima (não visada), haveria necessidade da mesma representar contra o autor do fato para prosseguimento do feito em relação a este *delitum* de lesão corporal leve, *ex vi* do artigo 88 da Lei 9.099/95

Todavia, *in casu*, cuida-se de erro na execução (*aberratio ictus*) em que, conforme artigo 73 do Código Penal, temos que aplicar a regra do concurso formal do artigo 70 do mesmo *codex*, *id est*, a pena aplicada é a do homicídio consumado e aumentada de um sexto até metade.

Ainda, entendemos que a capitulação é a seguinte: estará o réu incurso no artigo 121, *caput*, c.c. artigo 73, segunda parte, ambos do Código Penal, pois houve uma unidade complexa que resultou da conduta do réu e as lesões corporais sofridas pela segunda vítima, não visada, servem de causa de aumento de pena do homicídio contra a vítima visada.

Assim, a lesão corporal não é um crime autônomo, dada a unidade complexa em que os fatos ocorreram, sendo, *ipso jure*, causa de aumento de pena, a fim de que se aplique a norma já vista do concurso formal de crimes do artigo 70 do Código Penal.

Portanto, não é cabível a capitulação com menção ao artigo 129 do Código Penal, devendo haver a referência à combinação do artigo 121, *caput*, do Código Penal com o artigo 73, segunda parte, do mesmo *codex*.

Neste sentido temos o recurso em sentido estrito nº 225.504-3/2 do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

10 - REVISÃO CRIMINAL: É CABÍVEL?

Entendemos que sim, caso a hipótese seja de decisão dos Jurados manifestamente contrária à prova dos autos, pois, *in casu*, constata-se que a soberania dos veredictos é relativa, haja vista caber até recurso de apelação nesta hipótese, *ex vi* do artigo 593, inciso III, letra "d", do Código de Processo Penal.

Com efeito, é possível que tenha havido um julgamento pelo Tribunal do Júri, condenatório e manifestamente contrário à prova dos autos e, mesmo com apelação do réu provida para anular a sentença com base na contrariedade manifesta à prova dos autos, em novo Júri, os Jurados voltam a condenar o réu e manifestamente contrária, a sentença, à prova dos autos.

In casu, entendemos caber a revisão criminal, pois a soberania dos veredictos é relativa, haja vista a possibilidade de apelação nos termos do artigo 593, inciso III, letra "d", do Código de Processo Penal e, ademais, o erro judiciário deve ser sempre corrigido (artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal) e o direito à liberdade é absoluto.

Assim, o réu poderá, e só o réu, pois se trata de remédio exclusivo da Defesa, ajuizar a revisão criminal, caso em que o Tribunal *ad quem* poderá modificar a sentença transitada em julgado e que condenou o réu baseando-se em aspectos manifestamente contrários à prova dos autos.

Nesse sentido, com o que concordamos, temos, na Jurisprudência, RT 475/352; 488/330; 548/331; 594/372; 677/340.

11 - DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME NA FASE DA PRONÚNCIA: VINCULA O JUÍZO AO QUAL FORAM REMETIDOS OS AUTOS?

Entendemos que não, haja vista que a convicção do Juízo ao qual os autos foram remetidos pode ser outra, devendo haver, sempre, decisão fundamentada a respeito.

Com efeito, até a fase de pronúncia, é possível que o Juiz, ao invés de pronunciar o réu, convença-se da existência de crime que não seja doloso contra a vida, o que desloca a competência para outra Vara que não a do Júri, exceto Comarca com Vara única.

Assim entendendo, será reaberto ao acusado prazo para defesa e indicação de testemunhas, prosseguindo-se, após encerramento da inquirição das testemunhas, de acordo com os artigos 499 e 500 do Código de Processo Penal, não podendo ser arroladas testemunhas já anteriormente ouvidas, **ex vi** do artigo 410 do Código de Processo Penal.

Ad exemplum, se o réu for denunciado por tentativa de homicídio e, após o término da instrução probatória, na fase de pronúncia, o Juiz entende que não se trata de tentativa de homicídio, mas de lesão corporal, pois não houve prova da intenção de matar (**animus necandi**), o Juiz prolatará a sentença desclassificatória, mas não deve dizer qual é a infração penal, bastando dizer que se trata de infração penal *que não dolosa contra a vida*.

Caso o Juiz mencione, **apertis verbis**, que a infração penal é a de lesão corporal, entendemos que o Juízo ao qual os autos forem remetidos poderá, após a oitiva de testemunhas, entender que o crime não é o de lesão corporal e sim que se trata de outra infração penal não dolosa contra a vida (**verbi gratia** artigo 132 do Código Penal).

Nesse sentido temos RT 538/387; 550/297; 550/324; 570/395; RTJ 104/589.

12 - É POSSÍVEL QUE O LIBELO MENCIONE CONDUTA DISTINTA DAQUELA INSERTA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA?

Não, sob pena de nulidade absoluta.

Com efeito, na sentença de pronúncia, que submete o réu a julgamento perante o Tribunal do Júri, deverá constar a conduta do réu, descrevendo o Juiz o **delitum** que será objeto de análise pelos jurados na Sessão de Julgamento.

E a sentença de pronúncia deve se ater aos limites da denúncia, pois o réu sempre se defende dos fatos descritos na denúncia.

Por sua vez, o libelo-crime acusatório deverá conter a exposição do fato criminoso tendo como base o conteúdo da sentença de pronúncia e esta se baseou nos fatos descritos na denúncia, pois deles é que o réu se defendeu.

Assim, *ad exemplum*, se o réu foi denunciado porque atirou na vítima e a matou e se foi pronunciado pelo mesmo fato, não pode, sob pena de nulidade absoluta, o libelo-crime acusatório descrever a conduta do réu como sendo aquele que emprestou o revólver a um terceiro, a fim de que este o utilizasse para atirar e matar a mesma vítima.

Concluindo, o libelo-crime acusatório é *bitolado* pela sentença de pronúncia, jamais podendo estar em desacordo com esta, sob pena de nulidade absoluta.

É o que diz a Jurisprudência (RJTJSP 3/424; 9/588; 51/361; 90/550; RT 547/394; RTJ 97/588).

13 - SENTENÇA DE PRONÚNCIA: PODEM SER USADOS TERMOS EXAGERADOS E COM ANÁLISE PROFUNDA DAS PROVAS?

Não, sob pena de nulidade.

Com efeito, nos processos de competência do Júri, o Juiz Singular, após regular instrução probatória, caso se convença da existência do crime e da ocorrência de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento, *ex vi* do artigo 408, *caput*, do Código de Processo Penal.

Como toda decisão judicial e em cumprimento ao determinado no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, a sentença de pronúncia deve ser fundamentada sempre, mas, sob pena de influenciar o Conselho de Sentença, não pode jamais usar termos exagerados e nem analisar profundamente as provas, sob pena de nulidade.

E assim o é, pois, caso o Juiz usasse tais termos, extravazaria de sua competência, exercendo atribuições próprias dos jurados, o que destoaria da norma Constitucional que prevê a competência para tanto do Egrégio Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, letra "d", da Constituição Federal).

Resumindo-se, a pronúncia deve ser fundamentada, mas devem ser usados termos comedidos, sem exagero e sem análise profunda das provas, sob pena de nulidade.

Nesse sentido, na Jurisprudência, temos RJTJSP 16/397; 31/334; 40/300; RTJ 23/23; RT 462/407; 471/331; 521/439; 522/361; 557/369; 644/258.

14 - CONEXÃO DE HOMICÍDIO COM DISPARO DE ARMA DE FOGO: É POSSÍVEL?

Entendemos que não, haja vista a norma expressa (*apertis verbis*) do artigo 15, *in fine*, do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03).

Com efeito, é possível que seja oferecida denúncia pela prática de um homicídio (artigo 121 do Código Penal) e em conexão, na mesma denúncia, com o crime do artigo 15 da Lei 10.826/03 (Estatuto do Desarmamento), interpretando-se que a existência da conexão ou não e a eventual absorção do segundo crime pelo homicídio são matérias que dizem respeito ao mérito (*meritum causae*), cabendo ao Tribunal do Júri analisar tais facetas.

Todavia, a parte *in fine* da norma do artigo 15 indigitado expressamente (*apertis verbis*) considera subsidiária a infração penal de disparo de arma de fogo em via pública, quando tal conduta tenha como finalidade a prática de outro *delitum, in casu* o homicídio.

Assim, entendemos não ser admissível a denúncia pela prática do crime de homicídio e também pela prática do crime de disparo de arma de fogo em via pública, haja vista a norma expressa indigitada, que tem redação de melhor técnica em relação ao mesmo crime que era tipificado no artigo 10, § 1º, inciso III, da Lei 9.437/97, norma esta que mencionava "desde que o fato não constitua crime mais grave", não se atendo à finalidade.

E outras posições a respeito de matérias relativas ao Tribunal do Júri podemos encontrar nos nossos Livros **Júri na Jurisprudência**, editora Iglu, **Juizado Especial Criminal no Júri**, editora Leud e **Direito Penal Comentado**, editora Letras & Letras.

15 - DESCLASSIFICAÇÃO NA FASE DE PRONÚNCIA: SEMPRE É POSSÍVEL?

Entendemos ser possível por exceção e tão somente na hipótese da existência de prova cristalina a respeito, sob pena de infringência à norma Constitucional de competência do Tribunal do Júri (artigo 5º, inciso XXXVIII, letra "d", da Constituição Federal).

Com efeito, é possível que, *ad exemplum*, alguém tenha sido denunciado por uma tentativa de homicídio por ter desferido um

único tiro na vítima e na perna desta, constando, na denúncia, que a vítima só não morreu, pois houve circunstâncias alheias à vontade do réu (**verbi gratia** a vítima foi socorrida eficazmente).

Em alegações finais, **ex vi** do artigo 406 do Código de Processo Penal, a Defesa pede a desclassificação do **delitum** para lesão corporal.

In casu, entendemos ser possível o acatamento da tese defensiva tão somente na hipótese de prova cristalina, sem sombra de dúvidas, de que não houve o **animus necandi** do réu na sua conduta.

E tal poderia ter ocorrido na hipótese de haver testemunhas comprovando que o réu possuía várias outras balas de revólver no tambor, era um exímio atirador e, no momento do disparo, por sua livre e espontânea vontade, somente desferiu um tiro e de perto, mirando tão somente a perna da vítima e, para arrematar, testemunhas ainda disseram que o réu, antes de tudo isso, ainda disse à vítima que era um tiro "só para assustar".

Em tais circunstâncias, o réu, **apertis verbis**, não tentou matar a vítima e sim só a machucou, devendo responder pelo que fez, crime não doloso contra a vida, tendo havido prova cristalina e incontestes de tal.

Portanto, concluímos que só se opera a desclassificação, se esta vier cristalinamente provada, sem sombra de dúvidas, o que é cediço na Jurisprudência (RT 566/304; 583/422; 584/319; 587/296).

Esta e outras posições a respeito de matérias relativas ao Tribunal do Júri podemos encontrar nos nossos Livros **Júri na Jurisprudência**, editora Iglu, **Juizado Especial Criminal no Júri**, editora Leud e **Direito Penal Comentado**, editora Letras & Letras.

Essa é a nossa interpretação, **ad referendum** dos Doutos. ☞

Abuso de Poder

Sergio Luiz Ribeiro de Souza

Juiz Titular do Juizado Especial Cível de Itaguaí/RJ

O abuso de poder é um instituto tratado em diferentes ramos do Direito brasileiro.

No âmbito do Direito Administrativo, é sabido que os poderes administrativos (poderes de polícia, hierárquico, regulamentar, disciplinar e, para alguns, vinculado e discricionário) são prerrogativas concedidas à Administração Pública para que esta, no exercício das funções que lhe são atribuídas pelas normas, alcance o atendimento do interesse público.

Não pode o administrador público renunciar à utilização de tais poderes. O interesse público é indisponível, e, caso seja necessário que o administrador se valha de tais poderes para cumprir sua função, deverá exercê-los, haja vista que os poderes administrativos constituem verdadeiros poderes-deveres.

O uso do poder é a utilização normal dessas prerrogativas, dentro da legalidade e da legitimidade, respeitados os princípios administrativos expressos e reconhecidos. Aqui, não há de se falar em ilegalidade de qualquer espécie.

Diferentemente, o abuso de poder é a conduta do administrador público eivada de ilegalidade, a qual pode se manifestar de diferentes maneiras. A uma, pela falta de competência legal; a duas, pelo não atendimento do interesse público; e, a três, pela omissão.

A doutrina trata o abuso de poder como gênero, dos quais são espécies o excesso de poder e o desvio de poder, ou desvio de finalidade.

1 - DO EXCESSO DE PODER

No excesso de poder, o agente público atua sem competência, seja por sua total ausência, seja por extrapolar os limites da

competência que lhe foi legalmente atribuída. O ato pode ser considerado válido até o limite em que não foi extrapolada a competência, exceto se o excesso o comprometa inteiramente.

O ato praticado com excesso de poder é manchado pela pecha da ilegalidade, em razão da existência de vício em um de seus elementos, qual seja, a competência. Resta saber se tal ato pode ser aproveitado, ou seja, se pode haver a correção do vício que o macula. Em se tratando de vício de incompetência, admite-se a sanatória ou convalidação do ato na forma da ratificação. O artigo 55 da Lei nº 9.784/99, que trata do processo administrativo em âmbito federal, prevê expressamente a possibilidade de convalidação, pela Administração, de atos eivados de defeitos sanáveis, desde que isso não gere lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros.

A ratificação não é admitida em se tratando de competência atribuída com exclusividade, seja porque a competência exclusiva é indelegável, seja em razão da autonomia dos entes estatais ou, ainda, pela incompetência em razão da matéria. Excluídos esses casos, poderá haver a ratificação do ato praticado com excesso de poder corrigindo-se o vício de incompetência, podendo-se, então, falar-se em perfeição do ato administrativo.

A ratificação poderá ou não ser obrigatória. Tratando-se de ato vinculado, o qual é desprovido de mérito administrativo, preenchidos os requisitos legais a autoridade competente estará compelida a ratificá-lo, porque a vontade administrativa manifestada é *ex lege*. Sendo discricionário o ato, a ratificação ficará submetida ao juízo de conveniência e oportunidade da autoridade competente, que poderá concordar ou não com a avaliação subjetiva realizada pela autoridade incompetente.

Conclui-se, então, pela possibilidade de ratificação do ato eivado de excesso de poder.

2 - DO DESVIO DE PODER

O desvio de poder, ou desvio de finalidade, encontra previsão expressa na Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a qual, em seu art. 2º, “e”, e parágrafo único, “e”, trata do desvio de finalidade como o vício nulificador do ato administrativo lesivo ao patrimônio público, e o considera caracterizado quando o agente pratica o ato visan-

do a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

No desvio de poder, a autoridade age dentro dos limites da sua competência, mas o ato não atende o interesse público, ferindo os objetivos colimados pela norma legal. Trata-se de ato ilegal que se reveste de uma roupagem de legalidade, o que dificulta sua prova, devendo o Juiz levar em conta os indícios presentes para considerar a ocorrência ou não do desvio de finalidade.

Também no desvio de poder há vício em um dos elementos do ato administrativo, qual seja, o da finalidade. A finalidade precípua da Administração Pública é sempre atender o interesse público, daí decorrendo a impossibilidade de sanatória ou convalidação do vício relativo à finalidade do ato.

Portanto, o ato contendo vício quanto à finalidade não pode ser aproveitado pela Administração Pública.

Dessa maneira, verifica-se que é cabível a sanatória em relação ao excesso de poder, por referir-se a vício de incompetência, enquanto que o desvio de poder não admite convalidação, por tratar de vício de finalidade.

Em ambos os casos, é irrelevante tenha ou não agido o administrador com boa-fé. Em qualquer hipótese, estará presente a ilegalidade do ato.

3 - DA OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A omissão da Administração Pública também pode caracterizar o abuso de poder. Aqui, há de se discernir entre omissão genérica e omissão específica da Administração Pública. Na primeira, não surge o abuso de poder, porque se trata de escolha do momento mais oportuno para o incremento das políticas de administração, as quais não possuem prazo determinado. Já na omissão específica, a Administração Pública tem o dever de agir face a uma situação determinada, podendo ou não a lei prever o prazo para tanto (neste último caso, deve-se considerar o que a doutrina chama de “prazo razoável”).

A omissão específica caracteriza o abuso de poder em virtude do poder-dever de agir da Administração Pública quando a lei assim o determina. Ressalte-se que a omissão não é ato administrativo, mas sim a ausência de manifestação de vontade do poder público.

4 - DAS DIFERENTES CONSEQÜÊNCIAS DO ABUSO DE PODER

O abuso de poder pode gerar sanções administrativas, cíveis, criminais e políticas. Cite-se como exemplo o artigo 7º do Decreto-lei nº 3.365/41, que trata do chamado direito de penetração, que garante ao molestado por excesso ou abuso de poder indenização por perdas e danos, sem prejuízo da ação penal.

5 - DAS CONSEQÜÊNCIAS ADMINISTRATIVAS DO ABUSO DE PODER

Em diversas leis, podem ser encontradas conseqüências administrativas para o abuso de poder.

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 83, dispõe que a prática dos crimes nela descritos sujeitam o infrator à perda do cargo, emprego, função ou mandato eletivo.

A Lei nº 8.112/90 prevê responsabilidade civil, penal e administrativa pelo exercício irregular das atribuições do servidor, decorrendo a responsabilidade administrativa de ato omissivo ou comissivo por ele praticado (arts. 121 e 124). Uma das penalidades administrativas é a demissão com fundamento na improbidade administrativa (art. 132, IV, da citada lei), sendo certo que esta pode ser decorrente do abuso de poder, como será visto adiante.

A Lei nº 4.898/65 estabelece que o abuso ou desvio de poder caracterizam abuso de autoridade (art. 4º, "h"), sujeitando o infrator a sanções cíveis, administrativas e penais. As sanções administrativas estão elencadas no artigo 6º, § 1º, da referida lei.

A Lei nº 8.429/92, em seu art. 11, I (Lei da Improbidade Administrativa), prevê condutas que podem refletir o abuso de poder, como a prática de ato visando a fim proibido em lei ou regulamento (o que caracteriza o desvio de poder), ou a prática de ato diverso daquele previsto na regra de competência (o que configura excesso de poder). O artigo 12, III, da referida lei, traz as penas de perda da função pública e de proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios como penalidades administrativas.

6 - DAS CONSEQÜÊNCIAS CÍVEIS DO ABUSO DE PODER

As conseqüências cíveis dizem respeito, em regra, ao dever de indenizar pelo dano causado à Administração Pública com o abu-

so de poder. Citem-se como exemplos do dever de indenizar o art. 122, §§ 1º a 3º da Lei nº 8.112/90; o art. 10, IV a XI, c/c o art. 12, III, da Lei nº 8.429/92; e o art. 37, § 4º, da Constituição da República.

Também no art. 6º, § 2º, da Lei nº 4.898/65, há previsão de sanção de natureza civil, consistente no pagamento de indenização no caso de impossibilidade de fixação do valor do dano.

Em relação à responsabilidade civil no que tange ao ressarcimento ao Erário (Lei nº 8.429/92, art. 12, III), vale destacar que as ações com esse fundamento são imprescritíveis, na forma do previsto no art. 37, § 5º, da Constituição da República, dispositivo que prevalece sobre o art. 23 da Lei nº 8.429/92. Esta lei prevê, ainda, a aplicação de multa civil, em seu art. 12, III.

A Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, descreve em seu artigo 73, I a VIII, várias condutas que podem caracterizar o abuso de poder. O § 7º do art. 73 da referida lei estatui que essas condutas caracterizam improbidade administrativa, sujeitando-se às cominações do artigo 12, III, da Lei nº 8.429/92, sendo certo que este último dispositivo contém sanções de natureza cível, como o ressarcimento integral do dano e o pagamento de multa civil.

7 - DAS CONSEQÜÊNCIAS PENAIS DO ABUSO DE PODER

Quanto à responsabilidade penal pelo abuso de poder, podem ser citados como exemplos os arts. 89 a 92 da Lei nº 8.666/93, e o art. 7º do Decreto-lei nº 3.365/41.

A lei que trata do abuso de autoridade também contém sanções penais para a prática de abuso de poder (art. 6º, § 3º, "a", "b" e "c", e § 4º da Lei nº 4.898/65). A agravante genérica prevista no artigo 61, II, "f", do Código Penal, não se enquadra no presente estudo, porque o abuso de autoridade ali citado diz respeito a relações privadas, como a tutela, por exemplo, e não às funções públicas.

Os dispositivos citados prevêm penas de detenção e de multa. Esta é diversa da multa prevista, por exemplo, no art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que tem natureza civil. Nada impede, portanto, que pelo mesmo fato o agente seja condenado ao pagamento de duas multas, uma fixada em sede penal, e a outra, na esfera cível.

8 - DAS CONSEQÜÊNCIAS POLÍTICAS DO ABUSO DE PODER

A prática do abuso de poder pode sujeitar o seu infrator, ainda, a sanções de natureza política. O artigo 15, V, da Constituição da República, prevê a perda ou suspensão de direitos políticos no caso de improbidade administrativa, na forma de seu art. 37, § 4º.

Também no artigo 12, III, da lei de improbidade administrativa, há disposição expressa quanto à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de três a cinco anos.

A Lei nº 9.504/97 (lei das eleições) contém sanções de ordem política para o abuso de poder, conforme se verifica da leitura dos §§ 5º e 7º do seu art. 73. Trata-se de possibilidade de cassação do registro de candidatura do agente público, bem como de suspensão dos direitos políticos por três a cinco anos, aplicando-se o art. 12, I, II, da Lei nº 8.429/92.

O artigo 74 da Lei nº 9.504/97 afirma ser abuso de autoridade a infringência do artigo 37, § 1º, da Constituição da República, que trata de publicidade oficial realizada para a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, o que denota verdadeiro desvio de poder. O infrator fica sujeito ao cancelamento do registro de sua candidatura.

Recentemente, houve um exemplo claro das conseqüências políticas do abuso de poder. A Justiça Eleitoral de determinado estado da federação, em primeiro grau, decretou a inelegibilidade, por três anos, da governadora do Estado e de seu esposo, que ocupa o cargo de Secretário Estadual de Governo e Coordenação, em razão da distribuição com recursos públicos e fins eleitorais de cestas básicas, casas a R\$ 1 etc., tudo isso durante a campanha eleitoral no reduto político do casal.

O abuso de poder aqui tratado não guarda nenhuma relação com o abuso do poder econômico previsto no § 4º do art. 173 da Constituição da República, porque este visa a evitar que ocorra a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, a fim de garantir a livre concorrência prevista no art. 170, IV, da Carta Magna. Trata-se de intervenção do Estado na ordem econômica e financeira.

9 - DO ABUSO DE PODER COMO CAUSA DE PEDIR NAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS

O abuso de poder pode servir como fundamento do pedido nas chamadas ações constitucionais, ou remédios constitucionais.

O art. 5º, LXVIII, da Constituição da República, estabelece que será concedido **habeas corpus** “sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Hipótese de ocorrência de abuso de poder corrigível por **habeas corpus** é aquela que diz respeito ao controle de legalidade da prisão disciplinar militar. A disposição contida no art. 142, § 2º, da Carta Magna, diz respeito à vedação de análise, por parte do Poder Judiciário, do mérito da punição disciplinar, e não do controle de legalidade. Assim, se a punição disciplinar militar consistente na prisão for determinada por quem não detiver competência para tal, o ato será corrigível pela via do **habeas corpus**, porque evitado de ilegalidade em razão da ocorrência do abuso de poder, mais especificamente do excesso de poder.

O abuso de poder também pode dar ensejo à propositura de **habeas data** (Constituição da República, art. 5º, LXXII; e Lei nº 9.507/97). O **habeas data** tem por finalidades a obtenção de informações, a retificação delas e a contestação ou explicação sobre dado verdadeiro, mas justificável, que esteja sob pendência judicial ou amigável (lei citada, art. 7º, III).

Pode-se vislumbrar uma situação em que o agente público responsável pelo registro das informações de determinado banco de dados de entidade governamental, em razão de animosidade pessoal com terceiro, efetua registro relativo a este de informação dissociada da verdade somente para atender interesse pessoal. Caberá a correção dessa anotação através de **habeas data**, pela ocorrência de desvio de finalidade.

Quanto ao Mandado de Injunção (Constituição da República, art. 5º LXXI), como o mesmo se refere à omissão de regulamentação de norma constitucional, não há de se falar em ação ou omissão oriunda de autoridade administrativa, mas sim em inércia do Poder Legislativo.

O ato lesivo ao patrimônio público de que trata a Ação Popular (Carta Magna, art. 5º, LXXIII; e Lei nº 4.717/65) pode ser decorrente de abuso de poder. A Lei de Ação Popular, em seu art. 2º, “a” e “e”, prevê expressamente a nulidade de ato lesivo ao patrimônio das entidades citadas em seu art. 1º em razão de incompetência (ensejadora do excesso de poder) ou de desvio de finalidade (caracterizadora do desvio de poder), dentre outros casos.

A sentença na Ação Popular terá conseqüências cíveis, podendo haver, também, conseqüências administrativas e penais. Assim é em razão da condenação dos responsáveis pelo ato e dos que por ele foram beneficiados, de acordo com a Lei nº 4.717/65, ao pagamento de perdas e danos (art. 11); ao pagamento devido acrescido de juros de mora e multa legal ou contratual, no caso de falta ou isenção de pagamento (art.14, § 1º); à reposição do débito acrescido de juros de mora, no caso de execução fraudulenta, simulada ou irreal de contratos (art. 14, § 2º); e pela possibilidade de haver seqüestro e penhora de bens ou valores (art. 14, § 4º).

As conseqüências administrativas e penais estão previstas no artigo 15 da referida lei (determinação **ex officio**, pelo Juiz, de remessa de cópia autenticada das peças necessárias às autoridades ou aos administradores aos quais competir a aplicação de sanções penais ou administrativas).

O Superior Tribunal de Justiça já anulou contratos, em sede de recurso especial, tendo como fundamento o abuso de poder, conforme se verifica na ementa do seguinte julgado:

“AÇÃO POPULAR. CONTRATO DE RISCO FIRMADO ENTRE PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. - PETROBRÁS E PAULIPETRO - CONSÓRCIO CESP/IPT. NULIDADE. I - É NULO DE PLENO DIREITO O CONTRATO SUPRACITADO, PORQUANTO O NEGÓCIO PREMEDITADO, ENGENDRADO E, AFINAL, REALIZADO PELO ESTADO DE SÃO PAULO VISANDO À EXPLORAÇÃO DE PETRÓLEO NA BACIA DO PARANÁ, E QUE LHE DEU COLOSSAL PREJUÍZO, SOBRE TER SIDO EFETIVADO COM EVIDENTE ATENTADO À ‘MORALIDADE ADMINISTRATIVA’, DECORRE DE ATO ADMINISTRATIVO EM QUE FALTAM, UM A UM, TODOS OS ELEMENTOS PARA A SUA CARACTERIZAÇÃO, JÁ QUE PRATICADO A) COM ‘DESVIO DE FINALIDADE’; B) ADOTANDO ‘FORMA IMPRÓPRIA’, POIS NÃO PREVISTA EM LEI; C) PRATICADO POR ‘AGENTE INCAPAZ’; D) ‘SEM COMPETÊNCIA’; E) FALTANDO AINDA O ‘CONSENTIMENTO’ DO ESTADO, VISTO SÓ SER TIDO COMO TAL QUANDO MANIFESTADO NOS LIMITES ESTABELECIDOS PELA LEI. AÇÃO

POPULAR. PROCEDENCIA. II - OFENSA AO ART. 2º DA LEI 4.717, DE 29/06/1965, CARACTERIZADA. III - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO”.

(RESP 14868 / RJ – Relator: Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO – Segunda Turma).

Também a Ação Civil Pública (Constituição da República, art. 129, III; e Lei nº 7.347/83) pode ter como fundamento o abuso de poder, haja vista que os danos morais e patrimoniais previstos no art. 1º, I a V, da referida lei, podem ser oriundos de ato praticado com excesso de poder ou com desvio de finalidade. As sanções aplicáveis são a condenação em obrigação de fazer, a condenação em dinheiro e a imposição de multa (lei citada, arts. 11; 12, § 2º; e 13).

Por fim, o Mandado de Segurança (Constituição da República, art. 5º, LXIX e LXX; e Lei nº 1.533/51) é outra ação constitucional que também pode ter como fundamento o abuso de poder. Quanto ao Mandado de Segurança preventivo, deve-se observar que este é cabível quando já ocorrida a subsunção, vale dizer, a incidência da norma sobre o fato, mas ainda não efetuada a lesão.

O direito líquido e certo a que se refere o art. 5º, LXIX, da Carta Magna, de acordo com o entendimento doutrinário, é aquele cuja existência é demonstrável por prova documental produzida quando do oferecimento da petição inicial, independentemente da complexidade das questões debatidas. Em razão disso, surge dificuldade quando da fundamentação do Mandado de Segurança no desvio de finalidade, haja vista que este, geralmente, se apresenta com aparência de legalidade, a qual é desfeita com a instrução probatória. Ocorre que na ação de Mandado de Segurança, em regra, não se admite dilação probatória, daí surgindo a dificuldade da demonstração do desvio de finalidade. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: Mandado de Segurança. Servidor Público. Processo Administrativo. Pena disciplinar de demissão. Alegação de decisão contrária às provas dos autos e conseqüente desvio de finalidade do procedimento. Pretensão de reexame do conjunto fático-probatório coligido no processo disciplinar inconciliável com o rito do writ. Recurso ordinário a que se nega provimento”.

(RMS 23988 / DF - DISTRITO FEDERAL / Relator(a): Min. ELLEN GRACIE / Órgão Julgador: Primeira Turma).

Em certos casos, porém, o desvio de finalidade pode se encontrar explicitado, não havendo qualquer óbice à decisão da questão em sede de Mandado de Segurança. Sobre o tema, vale trazer à colação o seguinte acórdão da lavra do Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA. MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. EXONERAÇÃO. DEMISSÃO. ATO INCOERENTE COM SEU FUNDAMENTO. DESVIO DE FINALIDADE. NULIDADE. A fundamentação que traz idéia incompatível com o ato promove sua nulidade. A exoneração de ofício é nula se o ato reconhece a prescrição e a impossibilidade de demitir o servidor. A exoneração não se confunde com penalidade, e o ato de exoneração que visa a substituir pena de demissão sofre de desvio de finalidade. Segurança concedida em parte”.

(MS 7706 / DF; MANDADO DE SEGURANÇA 2001/0074669-0 – RELATOR: MINISTRO PAULO MEDINA - TERCEIRA SEÇÃO).

Quanto ao excesso de poder, sua apuração se mostra mais simples, bastando a verificação da existência ou não de competência do agente para o ato, na forma das normas pertinentes.

Questão interessante surge em relação a determinados atos praticados em sede de Comissão Parlamentar de Inquérito. A eventual atribuição do exercício de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais não autoriza que seja maculado o postulado constitucional da reserva de jurisdição.

Por isso, certas matérias, como a busca domiciliar, a interceptação telefônica e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (Constituição da República, art. 5º, XI, XII e LXI), somente podem ser determinadas pelo Poder Judiciário. A determinação dessas medidas pela Comissão Parlamentar de Inquérito caracteriza o excesso de poder, que gera a nulidade do ato.

Ressalte-se que a quebra dos sigilos bancário, fiscal e telefônico (que não se confunde com a interceptação telefônica) pode ser

determinada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal (MS 23452/ Relator: Min. CELSO DE MELLO - Órgão Julgador: Tribunal Pleno), havendo a necessidade de motivação do ato, até mesmo para efeitos de posterior controle judicial (Constituição da República, art. 5º, XXXV). Mediante a análise dos motivos do ato, poderá ser verificada a ocorrência de desvio de finalidade, por exemplo.

A análise da ocorrência do abuso de poder por via de Mandado de Segurança não pode ser obstada pela alegação de existência de ação própria (salvo o **habeas corpus** e o **habeas data**), conforme afirmado pelo Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA. 1) DESAPROPRIAÇÃO E MANDADO DE SEGURANÇA. A AÇÃO DIRETA, A QUE SE REFERE O ART. 20 DA LEI DE DESAPROPRIAÇÕES, NÃO EXCLUI O MANDADO DE SEGURANÇA, DESDE QUE REUNIDOS OS SEUS PRESUPOSTOS. 2) DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS TOMBADOS COMO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL. A LEI DE DESAPROPRIAÇÕES, CONTEMPLANDO ENTRE AS HIPÓTESES QUE PREVÊ, A PRESERVAÇÃO DOS MONUMENTOS HISTÓRICOS, DEVE SER ENTENDIDA NOS TERMOS DA LEI ESPECIAL QUE REGE A MATÉRIA, OU SEJA, O DECRETO-LEI Nº 25, DE 30.11.37). O PODER PÚBLICO NÃO PODE DESAPROPRIAR EM BENEFÍCIO DE PESSOAS OU ENTIDADES PRIVADAS” .

(MS 19961 / DF - Relator: Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE - Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA).

Pelo exposto, verifica-se a grande dimensão que possui o abuso de poder, o qual pode gerar sanções de naturezas diversas. A aplicação de punições pela prática do abuso de poder é instrumento essencial para a melhoria da qualidade da atividade da Administração Pública, a qual deve ser cada vez mais transparente e obediente aos princípios previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição da República. O controle da atividade administrativa das mais diversas formas visa a resguardar os interesses não só da sociedade, mas também do próprio Estado.☐

O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Pós-Graduado em Ciências Políticas e Internacionais e Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa

I. INTRODUÇÃO

O substantivo educação, que deriva do latim **educatio**, **educationis**, indica a ação de criar, de alimentar, de gerar um arcabouço cultural.¹ A educação, longe de ser um adorno ou o resultado de uma frívola vaidade, possibilita o pleno desenvolvimento da personalidade humana e é um requisito indispensável à concreção da própria cidadania. Com ela, o indivíduo compreende o alcance de suas liberdades, a forma de exercício de seus direitos e a importância de seus deveres, permitindo a sua integração em uma democracia efetivamente participativa. Em essência, *“educação é o passaporte para a cidadania”*. Além disso, é pressuposto necessário à evolução de qualquer Estado de Direito, pois a qualificação para o trabalho e a capacidade crítica dos indivíduos mostram-se imprescindíveis ao alcance desse objetivo.

Em linhas gerais, o presente estudo busca analisar o enquadramento do direito à educação sob a epígrafe dos direitos fundamentais e como parcela indissociável do denominado mínimo

¹ Cf. Francisco Torrinha, **Dicionário Latino Português**, 2ª ed., Porto: Gráficos Reunidos Lda, 1942, p. 278.

existencial. Demonstrada a essencialidade dos direitos sociais, dentre os quais se inclui a educação, discorre-se sobre a sua imutabilidade, tratando-se de um exemplo característico de limite material ao exercício do poder de reforma constitucional.

Os contornos básicos do direito à educação são identificados a partir de uma breve enumeração das convenções internacionais relativas ao tema e, no âmbito interno, com o estudo dos textos constitucionais, atual e pretéritos, além de algumas normas infraconstitucionais. Esse singelo apanhado normativo almeja sedimentar uma visão cosmopolita do direito à educação, o que em muito contribuirá para a sua definitiva inclusão nos fluidos limites do mínimo existencial, de alcance tradicionalmente restrito aos *originários* e *inalienáveis* direitos de liberdade, como dizia Locke² pouco depois da “*Glorious Revolution*” de 1688.

Avançando, é traçado um paralelo do instituto do direito subjetivo nas searas pública e privada, o que visa a demonstrar a imediata exigibilidade do direito à educação fundamental e o dever jurídico do Poder Público em atendê-lo. Ainda sob a ótica da efetividade do direito à educação, são tecidas algumas considerações sobre o princípio da divisão das funções estatais, não raras vezes a pedra angular do entendimento que tenta obstar o poder de coerção a ser exercido pelos órgãos jurisdicionais, bem como a prestigiada tese da reserva do possível, que busca legitimar a postura abstencionista do Poder Público com a constante alegação de insuficiência de recursos para o atendimento de todos os direitos consagrados no texto constitucional.

II. DIREITOS FUNDAMENTAIS

São considerados fundamentais³ aqueles direitos inerentes à pessoa humana pelo simples fato de ser considerada como tal, tra-

² **The Second Treatise of Government: Essay concerning the true original, extent and end of civil government**, 3ª ed., Norwich: Basil Blackwell Oxford, 1976, p. 14 e ss., publicado inicialmente em 1690, como parte da obra **Two Treatises of Government**, estabeleceu o alicerce fundamental da teoria clássica da divisão dos poderes posteriormente desenvolvida por Montesquieu.

³ Como se sabe, não é divisada uma uniformidade terminológica em relação aos direitos fundamentais, que recebem múltiplas outras designações (direitos do homem, direitos humanos, direitos individuais, direitos naturais etc.). Buscando evitar o desvirtuamento do objetivo principal, não realizaremos maiores incursões nessa seara, motivo pelo qual deixamos de acentuar as distinções doutrinárias comumente suscitadas. Para maior desenvolvimento do atributo da fundamentalidade, que aponta para o especial relevo que deve merecer a proteção de tais direitos, vide Robert Alexy, “*Teoría de los Derechos Fundamentales*”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

zendo consigo os atributos da tendência à universalidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade e da inalienabilidade. Não encontram sua legitimação em um texto normativo específico ou mesmo em uma ordem supralegal de matiz jusnaturalista, mas, sim, em uma lenta evolução histórica. O historicismo⁴ aqui referido, no entanto, não tem por fim afastar uma visão prospectiva das conquistas sociais. Visa, tão-somente, a estabelecer um elo de continuidade e sedimentação na evolução social, permitindo que direitos, liberdades e garantias conquistadas no passado sirvam de esteio àqueles do presente, e estes aos vindouros, concepção que permanece hígida ainda que a evolução de um instituto social possa apresentar dissonâncias entre os fins a serem alcançados em suas diferentes fases. A metodologia histórica, longe de mostrar a mera sucessão de fenômenos sociais, indica suas formas vitais, seu desenvolvimento e sua desapareição.⁵

Costuma-se identificar três dimensões ou gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente. São os direitos individuais, os direitos sociais e os direitos de fraternidade, classificação que repete o ideário político da Revolução Francesa: **liberté, égalité et fraternité**. A primeira geração alcança os direitos individuais e políticos, que são verdadeiros direitos de defesa, impondo limites à ação estatal.⁶ Tais direitos foram consagrados no “*Bill of Rights of*

⁴ Cf. Karl Larenz, **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1997, p. 510. Um interessante resumo da evolução dos direitos fundamentais, em uma perspectiva nitidamente historicista, pode ser encontrado em Andrew D. Weinberger, **Liberdades e Garantias, A Declaração de Direitos**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1960, p. 18/23.

⁵ Cf. Pablo Lucas Verdu, nas considerações preliminares à obra de Gualter Jellineck: **Reforma y Mutacion de la Constitucion**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. XVII.

⁶ Sobre os direitos de primeira geração, que refletiriam os direitos de liberdade, é oportuno lembrar serem constantes as críticas à doutrina clássica que sustentava a ausência de qualquer custo para o Estado em sua manutenção, pois consubstanciaríamos meras abstenções. Um entendimento inicial preconizava que, contrariamente aos direitos de primeira geração, somente os direitos prestacionais acarretariam custos para o Estado. Contra essa teoria, tem-se argumentado que sobre o Estado também recaem elevados custos para assegurar a liberdade e a sua própria defesa, merecendo ser mencionados, à guisa de ilustração, os gastos com a segurança pública e com o aparato judicial, que atua na recomposição da ordem jurídica sempre que violado um direito. Nesse sentido, é constantemente mencionada a obra de Stephen Holmes e Cass R. Sustein, **The Cost of Rights**, New York: W.W. Norton & Company Inc., 1999. No Brasil, merece ser conferido o artigo de Flávio Galdino, intitulado “O Custos dos Direitos”, in **Legitimação dos Direitos Humanos**, org. por Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

Virginia”, de 12 de junho de 1776, fruto da Revolução Americana, na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789 e nas dez primeiras emendas à Constituição americana, que, após a ratificação por três quartos dos Estados da Federação, entraram em vigor em 1791. A segunda geração corresponde aos direitos sociais, econômicos e culturais, que exigem um **facere** do Estado, vale dizer, uma ação positiva com o fim de propiciar melhores condições de vida (**lato sensu**) à pessoa humana e diminuir as desigualdades sociais. Como marcos fundamentais dessa geração, podem ser mencionadas as Constituições do México de 1917 e a alemã de Weimar, esta de 1919.⁷ A terceira geração alcança os direitos difusos, que rompem a individualidade do ser humano para abarcar grande parcela do grupamento ou a própria espécie, do que é exemplo o meio ambiente - em síntese: são direitos despersonalizados, pertencentes a todos e, simultaneamente, a ninguém em especial.

Como derivação da própria necessidade de coexistência dos distintos valores por eles incorporados, tem sido voz corrente que os direitos fundamentais são princípios jurídicos, estando sujeitos ao tratamento lógico-jurídico dispensado a essa espécie normativa, daí decorrendo a possibilidade de ponderação, consoante as circunstâncias, para solver possíveis colisões entre dois ou mais princípios que incidam no caso.⁸

⁷ Segundo o art. XXII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, “*toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade*”. No mesmo sentido, tem-se o art. 2º, 1, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

⁸ Os princípios, a exemplo das regras, carregam consigo acentuado grau de imperatividade, exigindo a necessária conformação de qualquer conduta aos seus ditames, o que denota o seu caráter normativo (*dever ser*). Sendo cogente a observância dos princípios, qualquer ato que deles destoe será inválido, conseqüência esta que representa a sanção para a inobservância de um padrão normativo cuja reverência é obrigatória. Em razão de seu maior grau de generalidade, os princípios veiculam diretivas comportamentais que devem ser aplicadas em conjunto com as regras sempre que for identificada uma hipótese que o exija, o que, a um só tempo, acarreta um dever positivo para o agente - o qual deve ter seu atuar direcionado à consecução dos valores que integram o princípio - e um dever negativo, consistente na interdição da prática de qualquer ato que se afaste de tais valores. Constatada a inexistência de regra específica, maior importância assumirão os princípios, servindo de norte à resolução do caso apreciado. Os princípios se distanciam das regras na medida em que permitem uma maior aproximação entre o direito e os valores sociais, não expressando conseqüências jurídicas que se implementam automaticamente, com a simples ocorrência de determinadas condições, o que impede sejam disciplinadas, **a priori**, todas as suas formas de aplicação (Cf. Ronald Dworkin, **Taking Rights Seriously**, Massachussets: Harvard University Press, 1980, p. 24). Enquanto as

No Brasil, a Constituição de 1934 previu um título específico para a ordem econômica, ali incluindo, pela primeira vez, os direitos sociais. Na Constituição de 1988, os direitos sociais foram previstos em capítulo próprio, havendo especial deferência aos direitos dos trabalhadores. Segundo o seu art. 6º, “*são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição*”.⁹

III. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITES MATERIAIS À REFORMA DA CONSTITUIÇÃO

Além dos lineamentos intrínsecos que indicam a fundamentalidade de um direito, a sua inserção em uma Constituição rígida, com a conseqüente imposição de limites materiais à sua reforma ou supressão, é um indiscutível fator de indicação desse *status*. Atenta à importância e à essencialidade dos denominados “*direitos e garantias individuais*”, a Constituição de 1988, em seu art. 60, § 4º, IV, os erigiu à condição de “*cláusulas pétreas*”, insuscetíveis de qualquer modificação que venha a reduzir, de forma qualitativa ou quantitativa, o seu conteúdo.

Com isto, além das naturais limitações que se espriam sobre o legislador infraconstitucional, cujo espaço de conformação é necessariamente limitado pela Constituição - concebida como o vérti-

regas impõem determinado padrão de conduta, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização*, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumpridos em diferentes graus (Cf. Robert Alexy, **Teoría de los Derechos Fundamentales**, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 86 e seguintes), sendo que a medida de seu cumprimento dependerá tanto das possibilidades reais como também das jurídicas. A afirmação de que os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus resulta do fato de não veicularem mandados definitivos. Assim, o comando que deles inicialmente deflui pode ser afastado por razões opostas, não sendo a solução desse conflito identificada *a priori*, variando gradativamente conforme os valores em jogo no caso concreto.

⁹ Como ressaltou Norberto Bobbio (*in A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 21), “todas as declarações recentes dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os direitos sociais, que consistem em poderes”. Por outro lado, não é demais lembrar que a Lei Fundamental alemã, diploma que sucedeu o nacional-socialismo de Hitler, não contemplou um rol de direitos sociais em seu texto. Esse fato, por certo, não obstou a observância desses direitos na Alemanha ou desautorizou a sólida dogmática dos direitos fundamentais cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão. A omissão, em verdade, tem colorido histórico: a grande distância verificada entre o extenso rol de direitos sociais contemplado na Constituição de Weimar e a sua concretização junto à classe proletária alemã foi o fertilizante adequado ao surgimento do III Reich, daí a preocupação em não se assegurar direitos que se reduziriam a um mero exercício de retórica.

ce da pirâmide normativa estatal, isto para utilizarmos a sugestiva imagem de Kelsen¹⁰ - também o poder de reforma terá a sua atividade confinada aos limites ali traçados. Assim, lhe é vedado conferir colorido constitucional a uma prescrição normativa que esteja em desacordo com as normas que o Constituinte ergueu à condição de núcleo imutável da Carta Política, o que é essencial à preservação das decisões político-fundamentais ali exaradas.¹¹

Os limites materiais do poder reformador derivam justamente desse núcleo imutável da Carta Política. Nessa perspectiva, os limites tanto podem ser explícitos, recebendo o designativo de “*cláusulas pétreas*”, como implícitos ou imanentes.¹² No que concerne aos últimos, que também buscam preservar as características essenciais da Constituição, apesar da ausência de uniformidade quanto ao seu exato alcance, a doutrina majoritária os acolhe.¹³

Frise-se, no entanto, que a existência do poder reformador, cujos atos devem estar em harmonia com os limites materiais, for-

¹⁰ Cf. Hans Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, trad. de João Batista Machado, 5ª ed., Coimbra: Armênio Amado Editor.

¹¹ No que concerne ao núcleo estrutural da Constituição, não merece ser acolhida a vigorosa crítica de Thomas Paine (in **Los Derechos del Hombre**, trad. de José Antonio Fernández de Castro e Tomás Muñoz Molina, México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 35/36), escrita no final do século XVIII: “*nunca existió, nunca existirá y nunca podrá existir um Parlamento, ni cuerpo alguno de hombres, ni generación de éstos en ningún país, que posea el derecho o el poder de obligar y controlar a la posteridad ‘hasta el fin de los tiempos’, ni el de ordenar por siempre cómo haya de gobernarse el mundo, ni quién haya de gobernarlo; y, en consecuencia, aquellas cláusulas, leyes o declaraciones por las cuales sus autores traten de hacer ejecutar lo que tienen el derecho ni el poder de hacer, son en sí nulasy sin ningún valor. Todas las épocas y generaciones deben ser libres y actuar por sí mismas en todos los casos em que han actuado por sí mismas las épocas y generaciones que las precedieron. La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es la más ridícula e insolente de todas las tiranías. El hombre no tiene derecho de propiedad sobre el hombre, ni ninguna generación tiene derecho de propiedad sobre las generaciones venideras*”. A preservação da Constituição, como alicerce do Estado de Direito, é indispensável à própria manutenção deste, o que torna inadmissível qualquer tentativa de comprometer sua força normativa ou afastar as decisões político-fundamentais do Constituinte. Além disso, quem reforma preserva as características do objeto reformado. Não fosse assim, não se poderia falar em reforma, mas em criação. Quanto aos possíveis efeitos deletérios que poderiam advir da imutabilidade do núcleo essencial, não é demais lembrar que o mesmo poder responsável por sua edição certamente possui legitimidade para alterá-lo, sendo possível a convocação de uma Assembléia Constituinte voltada especificamente a este fim. Essa tese, sustentada por Sieyès (in **A Constituinte Burguesa**, trad. de Norma Azevedo, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001) para afastar os óbices opostos ao processo revolucionário francês de 1789, merece ser integralmente acolhida.

¹² A emenda constitucional que não esteja em harmonia com os balizamentos do poder reformador é passível de ser impugnada via controle de constitucionalidade: STF, Pleno, ADIn nº 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, RDA nº 199/21, 1995. Esse controle pode ser deflagrado, inclusive, no curso do processo legislativo, sendo admissível a utilização do mandato de segurança para obstar o seguimento de proposta de emenda que infrinja os limites fixados pelo Constituinte: STF, Pleno, MS nº 21.642, rel. Min. Celso de Mello, RDA nº 191/200, 1993.

¹³ Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1998, p. 996. Na Constituição brasileira, é exemplo de limite imanente a forma republicana de governo que, não obstante ausente do rol do art. 60, § 4º, é, indiscutivelmente, um dos alicerces fundamentais da Carta.

mais, temporais e circunstanciais previstos na Constituição, é um imperativo de ordem lógica. Ainda que o texto constitucional passe ao largo de uma visão dirigente e programática, limitando-se a traçar as linhas estruturais do Estado, não raras vezes será necessário adequá-lo aos influxos sociais que passaram a nortear a sociedade após a sua edição. Apesar de a produção normativa ser primordialmente voltada para o futuro, sendo prospectiva por excelência, é indiscutível que, em dado momento, se esgotarão aquelas situações adredemente disciplinadas, tornando imperativa a regulamentação de outras mais, o mesmo ocorrendo em relação às mutações verificadas em tais situações.

Especificamente em relação aos direitos sociais, dentre os quais está o direito à educação, é indiscutível a existência de limites ao poder reformador. Os direitos sociais, apesar de não mencionados em sua literalidade pelo art. 60, § 4º, da Constituição de 1988, que somente se refere aos "*direitos e garantias individuais*", são meras especificações desses últimos. Os direitos ali referidos, em verdade, tanto aglutinam às liberdades individuais, que podem ser opostas ao próprio Estado, como o direito a prestações, que situa o indivíduo no pólo ativo de uma relação obrigacional instituída *ex vi legis*. Além disso, não se pode restringir a proteção constitucional ao rol de direitos previsto no art. 5º, preceito situado no Capítulo intitulado "Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos" e que não exclui outros previstos no texto constitucional (v.g.: direitos políticos, limitações ao poder de tributar etc.). Essa conclusão, aliás, deflui da própria letra do parágrafo segundo do art. 5º: "*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*".¹⁴

Ainda que o reconhecimento dos direitos individuais e dos direitos sociais seja um elemento característico das diferentes mutações verificadas na evolução do Estado de Direito, transitando de uma perspectiva abstencionista (direitos de defesa) até alcançar o

¹⁴ Técnica similar já fora adotada na 9ª Emenda à Constituição Norte-Americana: "*A enumeração de certos direitos na Constituição não será alegada para negar ou subestimar outros direitos que pertençam ao povo*".

comprometimento com a implementação de determinado feixe de prestações, é indiscutível o seu papel comum na busca do bem-estar social, objetivo que ocupa o epicentro de qualquer estrutura estatal. Como observou Antônio Augusto Cançado Trindade¹⁵, “as propostas ‘categorias’ de direitos (individuais e sociais ou coletivos), complementares e não concorrentes, com variações em sua formulação, podem ser propriamente examinadas à luz da *unidade fundamental* da concepção dos direitos humanos. Logo tornou-se patente que tal unidade conceitual - e indivisibilidade - dos direitos humanos, todos inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência, transcendia as formulações distintas dos direitos reconhecidos em diferentes instrumentos, assim como nos respectivos e múltiplos mecanismos ou procedimentos de implementação”.

A interpenetração entre os direitos individuais e os direitos sociais também pode ser visualizada na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, adotada pela Resolução 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986, cujo art. 6, 2 dispõe que “*todos os direitos humanos e liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes; atenção igual e consideração urgente devem ser dadas à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais*”. Frise-se, ainda, que os direitos sociais, consagrados no próprio preâmbulo da Constituição Brasileira, possuem, em inúmeras ocasiões, características indissociáveis do princípio da dignidade da pessoa humana,¹⁶ sendo ínsitos e inseparáveis do sistema de direitos consagrado no texto constitucional.

Assim, quer se analise a questão sob uma perspectiva explícita, entendendo estarem os direitos sociais incluídos sob a epígrafe dos “*direitos e garantias individuais*”, quer seja valorada a matéria sob o prisma dos limites imanentes do poder reformador, os direitos sociais erigem-se como efetivos limites de ordem ma-

¹⁵ **A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**, São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 41/42.

¹⁶ Cf. art. 1º, III, da CR/88.

terial.¹⁷ Nesse particular, entendemos que todos os direitos sociais consagrados no texto constitucional, ainda que não integrantes do denominado mínimo existencial, são alçados à condição de limites ao poder reformador.¹⁸ Consubstanciando decisões fundamentais do Constituinte, não se nos afigura legítimo prestigiar o designativo de direitos *formalmente* fundamentais, o que, em um País de insignificante tradição democrática, abriria um perigoso espaço de valoração para aqueles que ainda não se desprenderam das amarras do passado. Essa conclusão, aliás, resulta clara de uma interpretação teleológico-sistemática do texto constitucional, que busca estender e tornar efetivos os direitos ali consagrados, não restringi-los e reduzir a sua capacidade de penetração na realidade fenomênica.

IV. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO PLANO INTERNACIONAL

Em decorrência da referida tendência à universalidade dos direitos fundamentais, têm sido intensificadas, a partir da Segunda Guerra Mundial, as iniciativas para se conferir um colorido normativo ao seu reconhecimento. A consagração do direito à educação, como não poderia deixar de ser, tem sido constantemente lembrada nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais que buscam estabelecer a pauta de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. Para melhor ilustrar a exposição, realizaremos uma breve referência a alguns desses documentos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁹, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das

¹⁷ Neste sentido: Ingo Wolfgang Sarlet, “Os Direitos Fundamentais Sociais como ‘Cláusulas Pétreas’”, in **Revista Interesse Público** n° 17/56, 2003.

¹⁸ O STF, prestigiando o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição, já se pronunciou pela inconstitucionalidade material do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional n° 3/93, diploma que, ao instituir o IPMF (imposto provisório sobre movimentação financeira), excepcionou a incidência do princípio (*rectius*: regra) da anterioridade tributária, consagrado no art. 150, III, b, da Constituição da República (Pleno, ADIn n° 939-7/DF, rel. Min. Sydney Sanches, DJU de 18/03/1994, RDA n° 198/123). Como é fácil concluir, à mingua de outras informações circunstanciais, somente verificáveis à luz de um caso concreto, não se pode afirmar que a *ratio* da decisão tenha sido a de prestigiar o mínimo existencial, o que demonstra o não acolhimento da tese de que existem direitos que sejam apenas *formalmente* fundamentais.

¹⁹ A designação atual resultou da Resolução 548 (VI) da Assembléia Geral, que deliberou pela substituição da anterior – Declaração Universal dos Direitos do Homem - em todas as publicações das Nações Unidas.

Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948,²⁰ dispõe, em seu art. XXVI, que: *“1. Toda pessoa tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. 2. A instrução será orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais. A instrução promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 3. Os pais têm prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos.”* Não obstante o flagrante desalinhamento entre a plasticidade de suas linhas e a ausência de qualquer obrigatoriedade jurídica aos Estados subscritores, pois a Declaração Universal não chega a ser um tratado, mostra-se inegável o papel por ela desempenhado na sedimentação do imperativo respeito aos valores que aglutina e, porque não, perpetua. Como veremos, somente em 1966, com a edição dos Pactos Internacionais, os princípios e as aspirações ali veiculados receberiam o colorido da vinculatividade em relação aos Estados que os ratificassem.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Resolução XXX, da IX Conferência Internacional Americana, realizada em abril de 1948, na Cidade de Bogotá, dispõe, em seu art. XII, que: *“Toda pessoa tem direito à educação, que deve inspirar-se nos princípios de liberdade, moralidade e solidariedade humana. Tem, outrossim, direito a que, por meio dessa educação, lhe seja proporcionado o preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida e para poder ser útil à sociedade. O direito à educação compreende o de igualdade de oportunidade em todos os casos, de acordo com os dons naturais, os méritos e o desejo de aproveitar os recursos que possam proporcionar a coletividade e o Estado. Toda pessoa tem o direito de que lhe seja ministrada gratuitamente, pelo menos, a instrução primária”.*

²⁰ O Brasil assinou a declaração na mesma data.

Também a Carta Internacional Americana de Garantias Sociais, aprovada na mesma ocasião, assentou, em seu art. 4º, que *“todo trabalhador tem direito a receber educação profissionalizante e técnica para aperfeiçoar suas aptidões e conhecimentos, obter maiores remunerações de seu trabalho e contribuir de modo eficiente para o desenvolvimento da produção. Para tanto, o Estado organizará o ensino dos adultos e a aprendizagem dos jovens, de tal modo que permita assegurar o aprendizado efetivo de um ofício ou trabalho determinado, ao mesmo tempo em que provê a sua formação cultural, moral e cívica”*.

A Declaração dos Direitos da Criança,²¹ adotada pela Assembléia das Nações Unidas de 20 de novembro de 1959, dispôs, em seu princípio 7º, que *“a criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se membro útil da sociedade.”*

A Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação celebrou, em 14 de dezembro de 1960, a Convenção Relativa à Luta Contra a Discriminação no Campo do Ensino. A Convenção, dentre outras hipóteses, considerou o termo *discriminação* como abrangente de qualquer iniciativa que terminasse por: a) privar qualquer pessoa ou grupo de pessoas do acesso aos diversos tipos ou graus de ensino; b) limitar a nível inferior a educação de qualquer pessoa ou grupo; e c) impor a qualquer pessoa ou grupo de pessoas condições incompatíveis com a dignidade do homem.²² Segundo o art. IV da Convenção, além de eliminar as formas de discriminação, os Estados Partes devem formular, desenvolver e aplicar uma política nacional que vise a promover a igualdade de oportunidade em matéria de ensino e, principalmente: *“a) tornar obrigatório e gratuito o ensino primário; generalizar e tornar acessí-*

²¹ Ratificada pelo Brasil

²² Art. I.

vel a todos o ensino secundário sob suas diversas formas; tornar igualmente acessível a todos o ensino superior em função das capacidades individuais; assegurar a execução por todos da obrigação escolar prescrita em lei; b) assegurar em todos os estabelecimentos públicos do mesmo grau um ensino do mesmo nível e condições equivalentes no que diz respeito à qualidade do ensino dado; c) encorajar e intensificar, por métodos apropriados, a educação de pessoas que não receberam instrução primária ou que não a terminaram e permitir que continuem seus estudos em função de suas aptidões; d) assegurar sem discriminação a preparação ao magistério."

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,²³ adotado pela Resolução nº 2.200-A, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 16 de dezembro de 1966, em seu art. 13, dispôs que: "1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. 2. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito: a) a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos; b) a educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e tornar-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; c) a educação de nível superior deverá igualmente tornar-se acessível a todos, com base na capacidade de cada um, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito; d) dever-se-á fomentar e intensificar, na medida do possível, a educação de base para

²³ Ratificado em 24 de janeiro de 1992

aquelas pessoas que não receberam educação primária ou não concluíram o ciclo completo de educação primária; e) será preciso prosseguir ativamente o desenvolvimento de uma rede escolar em todos os níveis de ensino, implementar-se um sistema adequado de bolsas de estudo e melhorar continuamente as condições materiais do corpo docente (...)."

O Protocolo Adicional ao Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²⁴), também denominado de Protocolo de San Salvador²⁵, adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988, dispôs, em seu art. 13, 3 que: *"Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que, a fim de conseguir o pleno exercício do direito à educação: a) O ensino de primeiro grau deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente; b) O ensino de segundo grau, em suas diferentes formas, inclusive o ensino técnico e profissional de segundo grau, deve ser generalizado e tornar-se acessível a todos, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; c) O ensino superior deve tornar-se igualmente acessível a todos, de acordo com a capacidade de cada um, pelos meios que forem apropriados e, especialmente, pela implantação progressiva do ensino gratuito; d) Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau; e) Deverão ser estabelecidos programas de ensino diferenciado para os deficientes, a fim de proporcionar instrução especial e formação a pessoas com impedimentos físicos ou deficiência mental."*

A Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia Geral das Nações Unidas,²⁶ de 20 de

²⁴ Ratificada em 25 de setembro de 1992.

²⁵ O Protocolo foi promulgado pelo Decreto nº 56, de 19 de abril de 1995. O Brasil depositou a ratificação na ONU em 28 de agosto de 1996.

²⁶ Ratificada em 24 de setembro de 1990.

novembro de 1989, em seu art. 28, dispõe que: “1. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente: a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente a todos; b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade; c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados; d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças; e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar (...)”.

Ainda no âmbito da Organização das Nações Unidas e de suas organizações especializadas, devem ser lembradas a Declaração Mundial de Educação para Todos, adotada na Conferência de Jomtien, na Tailândia, e a Declaração de Salamanca, adotada em 1994 pela UNESCO e que propõem, ressalvadas circunstâncias excepcionabilíssimas, a matrícula de todas as crianças em escolas regulares.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, proclamada em 7 de dezembro de 2000²⁷ pelos órgãos comunitários (Parlamento, Conselho e Comissão), com o fim de conferir “maior visibilidade” aos “valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano”, dispõe, em seu art. 14, que “todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua”, acrescentando que “esse direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório”.

O grande número de declarações, tratados, pactos e convenções internacionais, em sua maioria multilaterais e celebrados com a intervenção de organizações internacionais, bem demonstra o esforço na sedimentação de determinados direitos inerentes ao ho-

²⁷ Publicada no **Jornal Oficial** em 18/12/2000, pp. 1/22

mem, dentre os quais a educação básica. Ainda que o sistema apresente debilidades, pois referidos atos, em rigor técnico - além de admitirem reservas - só vinculariam os Estados subscritores, é inegável sua aspiração à universalidade, permitindo o paulatino reconhecimento da fundamentalidade de determinados direitos.

Na senda dos tratados internacionais, foi contínuo o processo de adequação dos ordenamentos nacionais aos novos influxos trazidos pelo processo de universalização dos direitos fundamentais. À guisa de ilustração, vale mencionar o exemplo espanhol, cuja Constituição, em seu art. 27, dispõe que: “1. *Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.*”²⁸ 2. *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los derechos y libertades fundamentales.* 3. *Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.* 4. *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.* 4. *Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. (...).”*

A Lei Geral de Educação de 1970 já havia estabelecido a obrigatoriedade e a gratuidade da educação básica. Posteriormente, a Lei Orgânica Espanhola nº 8, de 3 de julho de 1985 (com alterações posteriores, v.g.: Lei Orgânica nº 1, de 3 de outubro de 1990, que dispôs sobre a Ordenação Geral do Sistema Educativo), passou a regular o direito à educação. De acordo com o preâmbulo da Lei Orgânica nº 8, “*la extension de la educacion basica, hasta alcanzar*

²⁸ Sobre a distinção entre *libertad de enseñanza e enseñanza libre* no sistema espanhol, vide Lorenzo Martín-Retortillo Baquer, “*La Llamada Enseñanza Libre en el Ambito de la Enseñanza Universitaria*”, in **La Protección Jurídica del Ciudadano, Estudios en Homenaje al Profesor Jesus Gonzalez Perez**, Madrid: Editora Civitas, p. 1767, 1993. Em linhas gerais, a liberdade de ensino é um fator impeditivo à censura ideológica e a qualquer ato direcionador ou limitador da cátedra ou do aprendizado, assegurando a livre manifestação do pensamento. O ensino livre, por sua vez, consiste na dispensa de frequência aos bancos universitários, bastando a matrícula e a direta submissão a exames em determinada Universidade ou, a depender da carreira (v.g.: medicina, farmácia e veterinária - art. 18 da *Ley de Ordenación universitaria*, com a redação dada pela Lei de 16/07/2949), com a prévia comprovação de realização dos trabalhos práticos. Essa sistema em muito se assemelha ao da *livre docência*, praticado no Brasil, que permite a obtenção de um título acadêmico, sem a necessária frequência a curso destinado a esse fim, por indivíduos que possuem o grau universitário e demonstrem ter aptidão para a realização de pesquisa desassistida.

a todos y cada uno de los ciudadanos, constituye, sin duda, un hito histórico en el progreso de las sociedades modernas. En efecto, el desarrollo de la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas. No es de extrañar, por ello, que el derecho básico, y que los estados hayan asumido su provisión con un servicio público prioritario." Segundo o inciso 1 de seu art. 1º, "todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad,. Esta educación será obligatoria y gratuita en el nivel de educación general básica y, en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la ley establezca". Em seguida, no inciso 2, acrescenta: "todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno". O art. 6º, após enumerar um extenso rol de direitos dos educandos, reconhece, inclusive, o "derecho a protección social en los casos de infortunio familiar o accidente".

Na França, a alínea 13 do Preâmbulo da Constituição de 1946 já dispunha que *"a nação garante o igual acesso das crianças e dos adultos à instrução, à formação profissional e à cultura. A organização do ensino público gratuito e laico em todos os graus é um dever do Estado"*. Dentre os inúmeros diplomas que trataram do ensino, merecem ser lembrados: a) a *"Lei Guizot"*, de 28 de junho de 1833, que organizou o ensino primário e disciplinou a criação de estabelecimentos de ensino; b) a *"Lei Falloux"*, de 15 de março de 1850, que consagrou a liberdade de ensino secundário; e c) as *"Leis Ferry"*, que conferiram o formato hoje adotado no ensino público francês, assegurando a gratuidade (Lei de 15 de junho de 1881), a obrigação de matrícula escolar e a laicidade no ensino (Lei de 28 de março de 1882) e a atividade de coordenação a cargo do Poder Público (Lei de 30 de outubro de 1896). Atualmente, o Decreto 86-217, de 18 de setembro de 1986, reconhece a igualdade de acesso à instrução

como um dos princípios fundamentais do serviço público; a Lei de 26 de janeiro de 1984 regula o ensino superior, que não é gratuito; a “Lei Haby”, de 11 de julho de 1975, disciplina a educação em geral; e a Lei de orientação à educação, de 10 de julho de 1989, dispõe, em seu art. 1º, que “a educação é a primeira prioridade nacional”. Diversamente do que se verifica em relação ao ensino superior, desde 1881 é assegurada a gratuidade do ensino primário e, desde 1927 (com produção de efeitos a partir de 1936), a do secundário.²⁹

Em Portugal, a Constituição de 1822 dispunha sobre a necessidade de existirem escolas suficientemente dotadas, “em todos os locais onde convier”, sendo previstos nos demais textos constitucionais a gratuidade da instrução primária: art. 145, § 30, da Carta Constitucional de 1826; art. 28, I, da Constituição de 1838; art. 3º da Constituição de 1911, que dispunha, além da gratuidade, sobre a obrigatoriedade do ensino primário, sistema que foi repetido nas Constituições de 1933 (43, § 1º) e na atual (art. 74, 2, a, após as revisões de 1982, 1989 e 1997). A Constituição de 1976 ainda dedica todo um capítulo aos “direitos e deveres culturais”, integrado pelos arts. 73 *usque* 79.

V. O DIREITO À EDUCAÇÃO NO BRASIL

À fundamentalidade recebida do texto constitucional e de inúmeras convenções internacionais se associa o fato de o direito à educação estar diretamente relacionado aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, em especial com o da dignidade da pessoa humana. Nos parece claro que a efetividade do direito à educação é um dos instrumentos necessários à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; à garantia do desenvolvimento nacional; à erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais; e à promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.³⁰

Ainda que concebido como um direito social, ocupando a segunda geração acima enunciada, a efetividade do direito à educa-

²⁹ Cf. Louis Favoreu *et alii*, **Droit Constitutionnel**, 6ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 828/831.

³⁰ Vide art. 3º da CR/88.

ção é imprescindível à própria salvaguarda do direito à livre determinação. Com efeito, como se poderia falar na liberdade de um ser acéfalo e incapaz de direcionar seus próprios movimentos em uma sociedade de massas, cujas relações intersubjetivas, a cada dia mais complexas, exigem um constante e ininterrupto aperfeiçoamento? A educação, assim, não obstante considerada um direito social, é imprescindível à salvaguarda de um direito que, sob um prisma lógico-evolutivo, o antecede na formação do Estado de Direito: a liberdade. Direitos de primeira e de segunda gerações, como se constata, convivem de forma harmônica e indissociável.

O direito à educação, ainda que de forma tímida em alguns casos, foi previsto nos textos constitucionais pretéritos.

A Constituição do Império, em seu art. 179, dispunha que “a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: (...) 32. A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos”. Aqui já é possível divisar a estreita vinculação entre a instrução primária e a concreção de outros direitos de natureza constitucional, como os direitos políticos e a liberdade.

A primeira Constituição republicana fez referência ao direito à educação em seus arts. 35 e 72, § 6º. Em linhas gerais, dispôs sobre a obrigação do Congresso em “animar no país o desenvolvimento das letras, artes e ciências”, em “criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados” e em “prover a instrução secundária no Distrito Federal”. Além disso, em sua Declaração de Direitos, dispôs que “será leigo o ensino ministrado nos estabelecimentos públicos”.

A Constituição de 1934, moderna e de vida efêmera, dedicou todo um capítulo à educação e à cultura, tendo reservado os arts. 148 *usque* 158 à matéria. Ali era estabelecida uma divisão de competências entre os entes federativos, assegurada a isenção de tributos aos estabelecimentos particulares de ensino que oferecessem gratuidade em seus serviços e fossem oficialmente considerados idôneos, garantida a liberdade de cátedra, previsto um percentual mínimo dos impostos a ser aplicado no sistema educativo e criada a obrigação de se manter fundos de educação, inclusive com o ofere-

cimento gratuito, aos alunos necessitados, de “material escolar, bolsas de estudo, assistência alimentar, dentária e médica”.³¹

A Carta outorgada de 1937, consagrando um capítulo dedicado à educação e à cultura, reservou à matéria os arts. 128 *usque* 134. Foram mantidos alguns preceitos da Carta anterior e acrescidos outros. Garantiu-se à infância e à juventude o acesso ao ensino em todos os seus graus, priorizou-se o ensino pré-vocacional e profissional e, manteve-se a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino primário - mas foi prevista uma “contribuição módica e mensal” para aqueles que não alegassem escassez de recursos.³²

A Constituição de 1946, em linhas gerais, retomou e aperfeiçoou o sistema adotado em 1934, tendo surgido sob a sua égide a Lei nº 4.024, de 20 de dezembro de 1961 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Dentre outras disposições, consagrou a educação como direito de todos, assegurou a obrigatoriedade do ensino primário e acresceu que “o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos comprovarem falta ou insuficiência de recursos”.³³

A Constituição de 1967 disciplinou a matéria em capítulo intitulado “Da Família, da Educação e da Cultura”, que abrangia os arts. 167 *usque* 172, não tendo introduzido modificações substanciais.

A Emenda Constitucional nº 1/69 manteve as características do sistema anterior e acrescentou a possibilidade de intervenção dos Estados nos Municípios no caso de não aplicação anual, no ensino primário, de 20% da receita tributária municipal.³⁴ Esse percentual, aliás, terminou por ser alterado pela Emenda Constitucional nº 24/83, que o fixou em 13% para a União e 25% para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

A Constituição de 1988 dedicou toda uma seção ao direito à educação, sendo integrada pelos arts. 205 *usque* 214. Cada um dos entes federativos deve comprometer, anualmente, um percentual mínimo da receita resultante de impostos, compreendida a proveni-

³¹ Art. 157, § 2º, da CR/34

³² Art. 130 da CR/37.

³³ Art. 168, II, da CR/46.

³⁴ Art. 15, § 3º, da EC nº 1/69.

ente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino: a União dezoito por cento e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento.³⁵ O sistema atual atribuiu aos Municípios a atuação prioritária no ensino fundamental e infantil e aos Estados e ao Distrito Federal, também de forma prioritária, a manutenção do ensino fundamental e médio.³⁶ Com isto, é possível afirmar que inexistente qualquer óbice a que tais entes federativos atuem em outros níveis de educação, o que, por óbvio, pressupõe o atendimento satisfatório nos níveis em que sua atuação seja prioritária.

Sendo a federação a forma de Estado adotada no Brasil, era necessário que, além das atribuições de ordem material, também a competência legislativa fosse disciplinada pela Constituição da República. Consoante o art. 22, XXIV, à União compete legislar, de forma privativa, sobre *diretrizes e bases da educação nacional*.³⁷ De forma concorrente com os Estados e o Distrito Federal também lhe cabe, a teor do art. 24, IX, legislar sobre *educação, cultura, ensino e desporto*. Neste caso, o parágrafo primeiro do referido preceito restringe sua competência à edição de normas gerais, que serão de observância obrigatória pelos demais entes federativos. Os Estados e o Distrito Federal também poderão exercer a competência legislativa plena, situação que perdurará até a superveniência da lei nacional, ocasião em que a eficácia da lei estadual será suspensa: é esse o conteúdo dos parágrafos do art. 24 da Constituição da República. Em que pese à obviedade, não é demais lembrar que inexistente hierarquia entre as normas emanadas dos diferentes entes federativos, mas, sim, uma divisão de competências.

Ainda sob a ótica da produção normativa, podem os Estados dispor sobre a matéria em suas respectivas Constituições. Devem, no entanto, observar os princípios constantes da Constituição da Re-

³⁵ Art. 212 da CR/88. Não observado o preceito constitucional, será possível, a teor dos arts. 34, VII, e, e 35, III, a intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios.

³⁶ Art. 211, §§ 2º e 3º. A ação prioritária dos Municípios é reforçada pelo art. 30, VI, que dispõe ser competência desses entes "*manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental*".

³⁷ A União, no uso de sua competência, editou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, atual Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que teve, como últimas modificações, aquelas introduzidas pela Lei nº 10.709, de 31 de julho de 2003 (DOU de 1º/08/03).

pública (v.g.: aqueles previstos nos arts. 1º e 34).³⁸ Daí se dizer que as Cartas Estaduais devem apresentar uma relação de simetria para com ela.³⁹

As obrigações do Estado em busca da concretização do direito à educação estão concentradas no art. 208 da Carta de 1988, **in verbis**:

“Art. 208 - O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - ensino fundamental obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiveram acesso na idade própria;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

§ 1º - O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

³⁸ Ainda que se trate de norma de repetição obrigatória, o STF já decidiu pela possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade das leis estaduais e municipais, face à Constituição Estadual, junto ao Tribunal de Justiça: “Reclamação com fundamento na preservação da competência do Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade proposta perante Tribunal de Justiça na qual se impugna Lei municipal sob a alegação de ofensa a dispositivos constitucionais estaduais que reproduzem dispositivos constitucionais federais de observância obrigatória pelos Estados. Eficácia jurídica desses dispositivos constitucionais estaduais. Jurisdição constitucional dos Estados-membros. Admissão da propositura de ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com a possibilidade de recurso extraordinário se a interpretação da norma constitucional estadual, que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta. Reclamação conhecida, mas julgada improcedente” (RT) nº 147/404).

³⁹ Vide art. 25 da CR/88.

§ 2º - O não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente.

§ 3º - *Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola*" (destaque nosso).

Como se constata, o Constituinte dispensou um tratamento nitidamente diferenciado ao ensino obrigatório, realçando que, além de dever do Estado, o que poderia soar como mera enunciação de uma norma programática, configura, independentemente de qualquer requisito étário, direito subjetivo da pessoa humana.⁴⁰ Com isto, torna-se exigível a sua ampla e irrestrita efetividade.⁴¹ Essa norma indica, de modo insofismável, que, dentre as opções políticas estruturantes contempladas na Carta de 1988, o direito à educação fundamental⁴² foi considerado uma parcela indissociável de uma existência digna de tantos quantos vivam em território brasileiro, integrando o que se convencionou chamar de mínimo existencial.

As opções políticas do Constituinte, no entanto, não têm o condão de engessar o contínuo evoluir de uma sociedade democrática e nitidamente pluralista⁴³. Respeitadas as decisões fundamentais consagradas na Constituição da República, nada impede a constante renovação da vontade popular, com a conseqüente expansão das concepções ideológicas outrora prevaletentes.

⁴⁰ Como observa Marcos Maselli Gouvêa (**O Controle Judicial das Omissões Administrativas**, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 80), o direito ao ensino fundamental compreende a implementação dos programas suplementares referidos no art. 208, V, da Constituição (material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde), fazendo com que, verificada sua ausência, a oferta do ensino seja considerada irregular.

⁴¹ Celso Antônio Bandeira de Mello ("Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", in **Revista de Direito Social** nº 7/137, 2002 - Memória Histórica), analisando o art. 176, § 1º, III, da Carta de 1969, já se manifestara no mesmo sentido.

⁴² Segundo o art. 21 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), "*a educação escolar compõem-se de: I- educação básica, formada pela educação infantil, ensino fundamental e médio; II- educação superior.*" A educação infantil tem por finalidade o desenvolvimento da criança até seis anos de idade (art. 29), o ensino fundamental, com duração mínima de oito anos, terá por objetivo a formação básica do cidadão (art. 32) e o ensino médio, com duração mínima de três anos, é a última etapa da educação básica.

⁴³ Sobre os contornos do pluralismo e a necessária tolerância que deve reger as porções sociais que prestigiem dogmas divergentes e quiçá contrapostos, vide Gisele Cittadino, **Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, principalmente p. 75/96.

Nessa linha, foi editada a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Trata-se de diploma avançado e que substituiu os antigos dogmas da doutrina da *situação irregular* pelo *princípio da proteção integral* da infância e da adolescência. Afastando quaisquer dúvidas sobre o alcance do Estatuto, dispõe o seu art. 3º que *“a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade”*. Como se vê, o objetivo foi ampliar, em relação às crianças e aos adolescentes, o rol de direitos previsto no texto constitucional. Especificamente em relação ao direito à educação, o art. 54 do Estatuto repetiu, com pequenas alterações redacionais, os termos do art. 208 da Constituição da República.

Ante a constatação de que os direitos sociais contemplados no texto constitucional são constantemente vistos como meras exortações, destituídos de toda e qualquer força vinculativa em relação ao Poder Executivo, o art. 208 da Lei nº 8.069/90 assegura, de forma expressa, a sindicância desses direitos junto ao Poder Judiciário, ***in verbis***:

“Art. 208 - Regem-se pelas disposições desta Lei as ações de responsabilidade por ofensa aos direitos assegurados à criança e ao adolescente, referentes ao não-oferecimento ou oferta irregular:

I - do ensino obrigatório;

II - de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

III - de atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade;

IV - de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

V - de programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental;

VI - de serviço de assistência social visando à proteção, à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem;

VII - de acesso às ações e serviços de saúde;

VIII - de escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

Parágrafo único - As hipóteses previstas neste artigo não excluem da proteção judicial outros interesses individuais difusos ou coletivos, próprios da infância e da adolescência, protegidos pela Constituição e pela Lei”.

Enquanto o Constituinte optou por indicar o mínimo existencial com a utilização do designativo *direito subjetivo*, o legislador infraconstitucional chegou a resultado similar por meio diverso. Como veremos, somente é possível falar em direito em havendo o correspondente dever jurídico, e somente poderemos falar em dever caso seja detectada a existência de um poder de coerção apto a alcançar o resultado almejado em não sendo ele espontaneamente observado. Assim, ao prever a exigibilidade desses direitos prestacionais e assegurar a imediata sindicabilidade judicial dos direitos mencionados no art. 208, o legislador infraconstitucional reconheceu, implicitamente, a sua essencialidade para um desenvolvimento digno das crianças e dos adolescentes. Afora o ensino fundamental, devem ser adotadas as medidas possíveis à imediata implementação do atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, do atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade (prestação de cunho igualmente assistencial), do ensino noturno regular, adequado às condições do educando, dos programas suplementares de oferta de material didático-escolar, transporte e assistência à saúde do educando do ensino fundamental e da escolarização e profissionalização dos adolescentes privados de liberdade.

A Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) também reforçou a garantia de acesso ao Poder Judiciário em seu art. 5º, *in verbis*:

“Art. 5º. O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída, e, ainda, o Ministério Público, acionar o Poder Público para exigi-lo.

§ 1º. Compete aos Estados e aos Municípios, em regime de colaboração, e com a assistência da União;

I - recensear a população em idade escolar para o ensino fundamental, e os jovens e adultos que a ele não tiveram acesso;

II - fazer-lhes a chamada pública;

III - zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.

§ 2º. Em todas as esferas administrativas, o Poder Público assegurará em primeiro lugar o ensino obrigatório, nos termos deste artigo, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

§ 3º. Qualquer das partes mencionadas no caput deste artigo tem legitimidade para peticionar no Poder Judiciário, na hipótese do § 2º do art. 208 da Constituição Federal, sendo gratuita e de rito sumário a ação judicial correspondente.

§ 4º. Comprovada a negligência da autoridade competente para garantir o oferecimento do ensino obrigatório, poderá ela ser imputada por crime de responsabilidade.

§ 5º. Para garantir o cumprimento da obrigatoriedade de ensino, o Poder Público criará formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino, independentemente da escolarização anterior.”

Além da proteção integral, o art. 227, *caput*, da Constituição da República assegurou às crianças e aos adolescentes, *com absoluta prioridade*, o gozo de inúmeros direitos, dentre os quais o direito à educação. No plano léxico, prioridade indica a “qualidade do que está em primeiro lugar ou do que aparece primeiro; primazia, preferência conferida a alguém relativa ao tempo de realização de seu direito, com preterição do de outros; qualidade de uma coisa que é

posta em primeiro lugar dentro de uma série ou ordem".⁴⁴ Consagrada a prioridade, é praticamente suprimido o espectro de discricionariedade política do administrador público, já que eliminada a possibilidade de sopesar quaisquer outros direitos com aqueles das crianças e dos adolescentes. A ponderação entre os possíveis valores envolvidos foi realizada, **a priori**, pelo Constituinte, pouco sendo deixado ao administrador. Tratando-se de direitos que congreguem valores idênticos ou inferiores àqueles consagrados às crianças e aos adolescentes, não haverá qualquer espaço para uma opção distinta daquela que prestigie a *absoluta prioridade* (v.g.: entre a educação de um adulto e a educação de uma criança, esta haverá de prevalecer; entre a realização de construções de natureza voluptuária e a educação de uma criança, a última, por veicular valores mais importantes à coletividade, deverá igualmente prevalecer). No entanto, em situações extremas, um direito que possua maior peso no caso concreto poderá afastar outro de peso inferior (v.g.: para assegurar o direito à vida, pode ser afastado o direito à educação de uma criança).

Em outra ocasião⁴⁵, tivemos oportunidade de afirmar que os direitos cuja extensão não esteja perfeitamente delimitada, assumindo contornos "abertos" ou "móveis" e, em especial, os princípios jurídicos, facilmente entram em colisão entre si, o que é reflexo da falta de fixação de sua amplitude. Em caso de conflito, um direito deve ceder em prol do outro, ou ambos devem realizar concessões mútuas até que seja encontrada a situação mais justa e consentânea com o ordenamento jurídico no caso concreto. Por não representarem os direitos grandezas quantitativamente mensuráveis, a ponderação, em verdade, é apenas uma imagem que reflete a sua valoração, pois a ausência de um escalonamento hierárquico entre todos os bens e valores impede que as hipóteses de conflito sejam adrede solucionadas como numa tabela.⁴⁶

⁴⁴ Aurélio Buarque de Holanda, **Pequeno Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**, 11^a ed., 12^a tiragem, Rio de Janeiro: Arquivo Gamma Editorial.

⁴⁵ **Improbidade Administrativa**, 1^a parte, 2^a ed., Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004.

⁴⁶ Cf. Karl Larenz, **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 575/576.

A ponderação, no entanto, não deve ser desenvolvida em uma atmosfera de intenso subjetivismo, pois o contrário certamente conduziria ao arbítrio. Segundo Robert Alexy,⁴⁷ deve ser ela direcionada por critérios racionais que culminarão em estabelecer uma *relação de precedência condicionada*, identificando o princípio que possui maior peso em determinada situação a partir da verificação das condições específicas que envolvem essa ponderação. Com isto, se chegará à estruturação da *lei de colisão*, segundo a qual as condições que conduzem à prevalência de um princípio sobre o outro constituem o pressuposto fático de uma regra que explica a consequência jurídica do princípio precedente, sendo que, “quanto maior é o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior tem que ser a importância de satisfação do outro”.⁴⁸

Ainda sobre a ponderação, afirma Alexy que ela deve suceder em três fases. “Na primeira fase deve ser determinada a intensidade da intervenção. Na segunda fase se trata, então, da importância das razões que justificam a intervenção. Somente na terceira fase sucede, então, a ponderação no sentido estrito e próprio”.⁴⁹

A técnica da ponderação tem sido utilizada pelo Tribunal Constitucional Federal Alemão para solucionar situações de colisão entre direitos fundamentais, do que é exemplo o importante “caso

⁴⁷ **Teoría de los Derechos Fundamentales...**, p. 92.

⁴⁸ Cf. Robert Alexy, *ob. cit.*, p. 94.

⁴⁹ “Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais do Estado de Direito Democrático” (RDA 217/78, 1999). Em outra oportunidade, observou Alexy que “essa estrutura elementar mostra o que céticos, acerca da ponderação, radicais como, por exemplo, Schlink, devem contestar, quando dizem que nos ‘exames da proporcionalidade em sentido estrito ... somente a subjetividade do examinador’ tem ‘efeito’ e que ‘as operações de valoração e ponderação do exame da proporcionalidade em sentido estrito... devem’ ser ‘efetuadas somente por decisão não-fundamentada’. Eles devem contestar que sentenças racionais sobre intensidades de intervenção e graus de importância são possíveis. Pois bem. Mas facilmente se deixam encontrar exemplos, nos quais tais sentenças sem mais podem ser tomadas. Assim, é dever dos produtores de artigos de tabacaria colocar em seus produtos alusão a perigos à saúde - uma intervenção relativamente leve na liberdade de profissão. Uma intervenção grave seria, pelo contrário, uma proibição total de todos os produtos de tabacaria. No meio disso deixam-se classificar casos de intensidade de intervenção mediana. Dessa forma, nasce uma escala com os graus ‘leve’, ‘médio’ e ‘grave’. O exemplo mostra que associações válidas a esses graus são possíveis. O mesmo vale para as razões em sentido contrário. Os perigos à saúde unidos ao fumo são altos. As razões de intervenção pesam, por conseguinte, gravemente. Se, desse modo, está determinada a intensidade da intervenção como leve e o grau de importância da razão de inversão como alto, então o resultado da ponderação, como o tribunal constitucional federal observa em sua decisão sobre alusão à advertência, é ‘manifesto’ (BverfGE 95,173, 187). A razão de intervenção grave justifica a intervenção leve” (in “Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada”, RT nº 799/43,2002).

Lebach”, que foi objeto de comentário por Robert Alexy.⁵⁰ O litígio versava sobre a pretensão de uma emissora de televisão de exibir um filme-documentário sobre o assassinato de soldados em Lebach, crime que assumira trágicas proporções no país e que consistira na morte de quatro soldados do Exército Federal, lotados em um depósito de munições próximo a Lebach. O crime fora praticado enquanto as vítimas dormiam e visava à subtração de armas do local, as quais seriam utilizadas para a prática de outros crimes. Um dos cúmplices do crime, que havia sido condenado e estava prestes a deixar a prisão, considerou que a exibição do documentário, no qual era nominalmente identificado e tinha sua fotografia exibida, violaria seus direitos à honra e à privacidade, além de em muito dificultar a sua ressocialização. Após a negativa das instâncias inferiores, que haviam prestigiado os direitos à informação e à liberdade de imprensa, denegando a pretensão de que fosse proibida a divulgação do filme, foi apresentado recurso à Corte Constitucional.

Após a realização de ampla instrução, na qual foram inquiridos diversos especialistas em criminologia, comunicação social e psicologia, o Tribunal Constitucional, ao apreciar a questão, equacionou o litígio em três vertentes.

Na primeira, visualizou a tensão existente entre a proteção da personalidade e o direito à informação, ambos amparados pela Lei Fundamental. Enquanto o primeiro princípio, por si só, conduziria à proibição da transmissão, o segundo a autorizaria. Como nenhum dos dois princípios tinha precedência sobre o outro e não seria possível declarar a invalidez de qualquer deles, a identificação do interesse que deveria prevalecer seria realizada a partir da ponderação das circunstâncias do caso em particular.

Identificada a colisão de princípios, o Tribunal, em uma segunda etapa, concluiu pela precedência geral da liberdade de imprensa quanto à informação sobre fatos criminosos contemporâneos à sua veiculação. Essa precedência geral, no entanto, não é intangível,

⁵⁰ **Teoria...**, p. 95 e ss. Outros exemplos de ponderação de bens colhidos na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal e do Supremo Tribunal Federal da Alemanha, devidamente comentados, podem ser colhidos em Karl Larenz, **Metodologia da Ciência do Direito**, p. 574/587.

pois nem todas as informações atuais poderão ser livremente expostas, sendo admitidas exceções consoante a situação concreta.

Ao final, a Corte Constitucional decidiu que a repetição de informações sobre um crime há muito perpetrado, e que já não correspondia aos interesses atuais de informação, comprometia a ressocialização do autor, o que fez com que a proteção da personalidade, no caso, tivesse precedência sobre a liberdade de imprensa.⁵¹

VI. A EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Sedimentada a organização estatal, mostra-se necessária a edição de padrões de conduta a serem observados pelos indivíduos, com o fim de assegurar a interpenetração e a coexistência dos distintos interesses existentes - não raras vezes contrapostos -, bem como padrões de estruturação e funcionamento dos próprios órgãos estatais. Esses padrões, que recebem o designativo de normas jurídicas, são dotados de imperatividade, devendo ser por todos observados, o que não exclui a possibilidade de os interessados agirem em norte contrário ao seu conteúdo sempre que, de forma expressa ou não, sejam autorizados a tanto pelo próprio ordenamento. A norma será *existente* caso emane de um órgão estatal, seja formulada e revelada ao mundo exterior de determinada forma e tenha um objeto (*rectius*: um padrão normativo). Além de existente, será *válida* caso seus elementos constitutivos possuam os atributos exigidos no texto constitucional: o órgão seja competente (*rectius*: competência legislativa do ente federativo e de seus órgãos internos), a forma,

⁵¹ No Brasil, ainda que não expressamente invocada, a técnica da ponderação de interesses é constantemente utilizada. Neste sentido, merece ser lembrada a decisão proferida pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal ao julgar, em 21/02/2002, a Reclamação nº 2.040/DF. Tratava-se de cantora mexicana que se encontrava detida na carceragem da Polícia Federal aguardando o desfecho do processo em que o Governo Mexicano pleiteava a sua extradição. Neste período, a extraditanda engravidou, tendo afirmado que fora vítima de estupro realizado pelos policiais responsáveis pela sua custódia. Ante a negativa de todos os policiais envolvidos e o iminente descrédito da Instituição, a Corte autorizou, contra a vontade expressa da extraditanda, a utilização de material biológico da placenta para a realização de exame de DNA. Na ocasião, sendo vencido o Min. Marco Aurélio, afirmou-se que a ponderação entre os valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditanda, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição - atingidos pela declaração de a extraditanda haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação - indicava que deveria prevalecer o esclarecimento da verdade. Frisou-se, ainda, que o exame de DNA seria realizado sem invasão da integridade física da extraditanda e de seu filho. Ao final, demonstrou-se a inverdade das declarações, sendo outro detento, antigo namorado da extraditanda, o pai de seu filho.

inclusive em relação aos atos que antecederam a sua formação (*rectius*: o processo legislativo), seja a exigida e o seu objeto guarde uma adequação material com a Constituição. A norma existente e válida será *eficaz* tão logo esteja apta a produzir os efeitos que lhe são próprios, o que se dará no momento em que se implementarem as condições previstas em seu texto ou em outra norma (v.g.: com a sua vigência). Não obstante existente, válida e eficaz, a norma somente terá *efetividade* (ou eficácia social como preferem alguns) quando seus efeitos, concebidos em estado latente, se materializarem no plano fático.

Sempre que encartadas em uma constituição rígida - logo, somente passíveis de modificação por um processo legislativo específico - são denominadas de normas jurídicas constitucionais. A natureza constitucional, por óbvio, não desvirtua ou enfraquece a sua normatividade, estendendo-se a elas as características inerentes às demais normas jurídicas. Para os fins dessa exposição, cuja brevidade não precisa ser realçada, releva analisar a questão da sua efetividade, pois eficácia jurídica todas a possuem.

A análise da efetividade das normas constitucionais, embora restrita a algumas poucas palavras, pressupõe uma breve referência à classificação das referidas normas, obrar que, por evidente, não poderá avançar no estudo das múltiplas construções realizadas pela doutrina pátria e alienígena. Assim, restringiremos nossa perspectiva de análise à conhecida construção de José Afonso da Silva, cuja obra⁵² há muito incorporou o designativo de clássica e que desenvolveu, quanto à sua eficácia e aplicabilidade, uma divisão tripartite das normas constitucionais. Segundo essa classificação, tem-se: a) normas constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) normas constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas restringíveis; e c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, que se subdividem em normas definidoras de princípio institucional e normas definidoras de princípio programático.

Normas constitucionais de eficácia plena são as que receberam do constituinte normatividade suficiente à sua incidência ime-

⁵² *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

diata, produzindo ou tendo a possibilidade de produzir todos os efeitos essenciais nelas previstos. Não necessitam de integração normativa ulterior para a sua aplicação e criam situações subjetivas de vantagem ou vínculo, exigíveis de imediato.

As normas constitucionais de eficácia contida, embora tenham igualmente recebido normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, também criando situações subjetivas de vantagem caracterizadoras de direitos subjetivos, podem ter sua eficácia e aplicabilidade limitadas por outras normas. Enquanto não editada a legislação restritiva, terão eficácia plena.

Quanto às normas de eficácia limitada, em geral, não receberam normatividade suficiente para sua aplicação, deixando-se ao legislador ordinário o ônus de completar a regulamentação da matéria nelas prevista em princípio ou esquema. Ressalta o autor que “as de princípio institucional encontram-se principalmente na parte orgânica da constituição, enquanto as de princípio programático compõem os elementos socio-ideológicos que caracterizam as cartas magnas contemporâneas. Todas elas possuem eficácia abrogativa da legislação precedente incompatível e criam situações subjetivas simples e de interesse legítimo, bem como direito subjetivo negativo. Todas, enfim, geram situações subjetivas de vínculo”.⁵³ As normas constitucionais de princípio institucional podem deixar uma margem maior de liberdade ao legislador ou indicar desde logo o conteúdo da lei. As de princípio programático limitam-se a traçar os princípios a serem cumpridos pelas diferentes funções estatais, sempre com o objetivo de realizar os fins inerentes à organização estatal.

As normas programáticas, apesar de não possuírem eficácia suficiente à regulação de uma situação fática ou jurídica previamente definida, a exemplo das demais normas jurídicas, possuem o atributo da imperatividade. Assim, além de prestarem um relevante auxílio na interpretação das normas infraconstitucionais, exigem que todos os atos emanados do Poder Público, de natureza normativa ou não, sejam com elas compatíveis.

⁵³ *Ob. cit.*, p. 262.

As normas constitucionais que dispõem sobre a educação fundamental, na medida em que asseguram a imediata fruição desse direito, já que, consoante o art. 208, § 1º, foi ele tratado como direito subjetivo público, têm eficácia plena e aplicabilidade imediata, prescindindo de integração pela legislação infraconstitucional. Não bastasse isso, essa conclusão é reforçada por integrarem o rol mínimo de direitos imprescindíveis a uma existência digna, o que afasta qualquer tentativa de postergar a sua efetivação. Igual conclusão, aliás, deverá prevalecer quanto aos já mencionados preceitos da Lei nº 8.069/90.

Jorge Miranda,⁵⁴ após afirmar que a maior parte dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Constituição portuguesa depende de legislação integradora, ressalta ser imperativa a observância do conteúdo essencial desses direitos e que, verificadas as condições de sua efetivação, “tais normas podem ser entendidas como tendo aplicação imediata (mesmo se o reconhecimento desses pressupostos e, por vezes, a determinação ou determinabilidade das normas exigem uma intervenção do legislador. Um exemplo é o art. 74, nº 2, alínea a, que assegura o ensino obrigatório e gratuito, ficando, porém, a definição do que seja ‘ensino básico’ a cargo da lei)”.

Para melhor esclarecimento do alcance do preceito constitucional, realizaremos uma breve análise do instituto do direito subjetivo, de índole eminentemente privatista, e dos lineamentos básicos do mínimo existencial.

VII. O DIREITO SUBJETIVO À EDUCAÇÃO

Em um primeiro momento, nos parece relevante lembrar a dicotomia direito objetivo e direito subjetivo: o primeiro indica a norma, dissociada de circunstâncias afeitas à realidade fenomênica e que, com maior ou menor grau de abstração, disciplina determinada situação jurídica (*norma agendi*); quanto ao direito subjetivo, veicula ele a faculdade, conferida ao seu titular, de agir em conformidade com a situação jurídica abstratamente prevista na norma e

⁵⁴ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 3a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 384.

de exigir de outrem o cumprimento de um dever jurídico (*facultas agendi*).⁵⁵

Tanto o direito objetivo como o subjetivo possuem um epicentro comum: a pessoa, natural ou jurídica, que é a titular em potencial das relações jurídicas que se desenvolvem no organismo social. Enquanto o direito objetivo ocupa uma vertente externa à pessoa, mas a ela direcionada, o direito subjetivo se realiza na própria pessoa,⁵⁶ sendo ambos absorvidos pela noção mais ampla de direito, que busca assegurar o primado da ordem jurídica e a existência digna de todos.

O direito subjetivo é intitulado de privado quando consagrado em norma de igual natureza. Direito subjetivo público, por sua vez, é o decorrente de norma de caráter público, designativo que aufere suas características básicas no objeto da relação jurídica e na sua indisponibilidade, sendo prescindível que o Estado figure em um dos pólos do vínculo (v.g.: o direito à intimidade, oponível tanto ao Estado como aos demais indivíduos).

Consagrada a disciplina normativa e assegurado, em abstrato, o exercício de um direito, está o seu titular autorizado a exigir daquele que detém o dever jurídico a transposição desse estado potencial para a realidade fenomênica, com o conseqüente cumprimento da prestação devida, quer seja positiva ou negativa. Dessa assertiva

⁵⁵ Considerando os estreitos limites deste arrazoado, não adentraremos a polêmica estabelecida entre as teorias negativas, que negam a existência dos direitos subjetivos, pois toda prerrogativa decorreria da norma, independentemente da vontade do indivíduo, cabendo a este, unicamente, usufruir das suas conseqüências caso presente uma situação jurídica que o autorize (Leon Duguit, **Traité de Droit Constitutionnel**, Tome 1, 3ª ed., Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & Cie. Éditeurs E. de Boccard, 1927, Capítulo II, especialmente p. 274 e ss.) ou aplicar a norma individual, criada pela declaração de vontade legitimada por delegação do Estado (Kelsen, **Teoria Pura do Direito**, trad. de João Batista Machado, 5ª ed., Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979). As teorias afirmativas, por sua vez, capitaneadas, dentre outros, por Savigny (**Traité de Droit Romain**, Tome 1, trad. por M. CH. Guenoux, Paris: Firmein Didot Frères Librairie, 1840), apesar de não destoarem quanto à existência do direito subjetivo, divergem quanto à importância da vontade na sua integração. No direito pátrio, uma síntese das diferentes teorias pode ser encontrada em Vicente Ráo, **O Direito e a Vida dos Direitos**, v. 2, 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 479 *usque* 566.

⁵⁶ Não se deve confundir direito subjetivo com faculdade e qualidade jurídica. Enquanto os direitos subjetivos são caracterizados pela possibilidade de exigir o cumprimento de um dever jurídico por parte de outrem, as faculdades jurídicas, também designadas de direitos potestativos, independem da existência de um dever que recaia sobre outra pessoa, sendo a aptidão reconhecida na norma para que determinado ato produza efeitos jurídicos (v.g.: a faculdade de casar, de contratar, de testar etc.). Quanto à qualidade jurídica, indica ela os atributos de que o indivíduo se encontra revestido e que lhe permitem praticar certos atos jurídicos (v.g.: o *status* de cidadania, de família - casado, solteiro ... - etc.). São os pressupostos para o exercício de um direito ou de uma faculdade jurídica. Para maior desenvolvimento do tema, vide San Tiago Dantas, **Programa de Direito Civil**, Parte Geral, 4ª tiragem, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 151 *usque* 154.

defluem os elementos essenciais do direito subjetivo: sujeito, objeto e relação jurídica.

O sujeito é o titular do direito⁵⁷. Tratando-se de obrigações oriundas do direito privado, em regra, o sujeito será certo e determinado. Tal, no entanto, não chega a ser erigido à condição de elemento essencial, sendo plenamente factível, em especial nos direitos que auferem o seu fundamento de existência diretamente na norma (*ex vi legis*), que somente sejam indicadas as características essenciais dos respectivos titulares, não se descendo a minúcias quanto à sua individualidade.

O objeto, que pode ter características materiais ou imateriais, é o bem jurídico sobre o qual o sujeito exerce a faculdade que lhe fora assegurada pela norma. Ultrapassados os períodos mais primitivos da história da civilização, não mais se concebe, sob um prisma universal e absoluto dos direitos fundamentais, seja o homem objeto de direito (v.g.: na condição de escravo). Questão mais complexa reside na possibilidade de o homem, como sujeito de direito, dispor sobre a própria pessoa ou sobre os atributos inerentes à sua personalidade. Como decorrência da individualidade existencial do homem e do elemento anímico que direciona seu comportamento, há muito se consagrou o entendimento de que lhe é dado fazer tudo o que lhe aprouver, desde que sua conduta não rompa as fronteiras da indisponibilidade consagradas no ordenamento jurídico, em especial nos princípios que congregam os valores ético-morais inerentes a determinado grupamento (v.g.: em contraposição à licitude de um contrato de trabalho firmado entre um acrobata e um circo, seria ilícita, por atentatória à dignidade da pessoa humana, a cláusula que previsse a possibilidade de o acrobata, a juízo do empregador, permanecer pendurado em uma corda, completamente nu, enquanto os espectadores se divertissem arremessando frutas e legumes deteriorados contra ele).⁵⁸ Ultrapassados tais limites, com a consequen-

⁵⁷ Na conhecida fonte romana: "*hominum causa omne ius constitutum est*" (**Digesto**, Livro I, tit. V. fr. 1).

⁵⁸ Cf. André Decocq, **Essai d'une Théorie Générale des Droits sur la Personne**, Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1960, p. 99, que realça a desproporção entre os interesses medíocres que se busca satisfazer e os danos causados à conservação da pessoa.

te mácula à integridade de direitos que, em sua essência, são indisponíveis, ter-se-á a ilicitude da conduta. Traçando-se um paralelo imaginário com o direito de propriedade, que é caracterizado pelo “*ius utendi, fruendi et abutendi*” (direito de usar, gozar e dispor), seria possível afirmar que o homem pode usar e gozar dos atributos inerentes à sua pessoa e à sua personalidade, mas deles não pode dispor.

A relação jurídica é o vínculo mantido entre o titular do direito subjetivo e aquele que tem o dever jurídico de observá-lo. Não raras vezes, o pólo passivo da relação jurídica é ocupado por sujeitos indeterminados (v.g.: no direito de propriedade, onde o proprietário ocupa o pólo ativo e todos têm o dever de observá-lo, sendo integrantes do pólo passivo)⁵⁹, o que em nada descaracteriza o direito. É importante ressaltar, uma vez mais, não ser possível falar em *direito* sem o correspondente *dever* de outrem, sendo este o elemento fundamental de uma relação jurídica.

Como decorrência lógica da própria consagração de um direito, que é violável por excelência, tem-se como indispensável a possibilidade de utilização do poder de coerção estatal para assegurar a sua efetiva implementação no plano fático. Entendendo desatendido um direito seu em razão da inobservância de um dever jurídico que recaía sobre outrem, poderá o interessado deduzir sua pretensão⁶⁰ em juízo.

O direito subjetivo, não obstante concebido sob uma perspectiva eminentemente privatista, em que os interesses individuais justificavam a previsão normativa e direcionavam a sua concreção, bem demonstra a presença de um dever e a existência de um direito à sua usufruição. Essa constatação não sofre alterações substanciais ao ser transportada para o plano dos direitos sociais, já que, mantida a essência, tem-se tão-somente a ampliação dos titulares da ***facultas agendi***. Ao invés do seu exer-

⁵⁹ Fala-se em direitos absolutos quando são oponíveis à generalidade das pessoas e em direitos relativos quando o dever jurídico é imposto tão-somente a determinadas pessoas.

⁶⁰ Na conhecida lição de Carnelutti (**Sistema de Direito Processual Civil**, v. II, trad. por Hiltomar Martins Oliveira, 1ª ed., São Paulo: Classic Book Editora e Distribuidora de Livros Ltda., 2000, p. 30), pretensão é a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio.

cício de modo individual, torna-se possível e aconselhável que tal se dê em uma dimensão coletiva.⁶¹

Assim, quer seja considerado na individualidade de um dos componentes do grupamento, quer seja visto como direito de todos, o direito à educação, a depender da ótica em que seja analisado, será passível de enquadramento na categoria dos direitos subjetivos, pois integrante do denominado mínimo existencial. É justamente com olhos voltados a essa constatação que deve ser interpretado o art. 208, § 1º, da Constituição da República: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”.⁶²

Não se sustenta que todo e qualquer direito previsto na Constituição possa resultar na coerção estatal para o seu fornecimento, isto porque os recursos estatais são reconhecidamente limitados, enquanto as necessidades são indiscutivelmente amplas. Tal teoria, aliás, já se mostrou inexequível em relação aos dogmas do Estado de Bem-Estar Social (**Welfare State**), que teve grande expansão a partir da Segunda Guerra Mundial. Fosse de outro modo, bastaria transpor a legislação de um país dotado de elevados índices de desenvolvimento humano para outros nos quais esse fator não apresentasse a mesma desenvoltura para que, tal qual um passe de mágica, todos os problemas sociais do mundo contemporâneo fossem resolvidos. Essa tese, infelizmente, destoa de um padrão de razoabilidade, motivo pelo qual seu prestígio está em franco declínio. Como contraponto, tem-se o mínimo existencial, que, face o seu

⁶¹ Em artigo intitulado “Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes”, publicado na **Revista de Direito do MPRI** nº 11/367, assim nos pronunciamos sobre a defesa de direitos afeitos ao grupamento: “Inicialmente, cumpre dizer que a análise do tema pressupõe a abstração da clássica visão privatista da relação processual, adstrita à esfera de direitos eminentemente individuais. Assim, deve ser sedimentado o ideal de efetividade do processo, possibilitando a transcendência do individual ao coletivo, com o conseqüente desprendimento da doutrina liberal-individualista. Nas ações coletivas, o objeto mediato, diferentemente das ações de caráter privado, não concerne especificamente ao *dominus litis*, o qual ocupa a condição de *ideological plainiff*, a exemplo do que ocorre nas *class actions* do direito norte-americano. Os efeitos da decisão proferida, em última *ratio*, refletirão em cada um dos membros do organismo social cuja situação fática e jurídica se subsuma àquela deduzida na causa de pedir da ação civil pública. A legitimidade conferida ao Ministério Público e aos demais substitutos processuais possibilita a condensação do pólo ativo da relação processual, evitando-se que todos os titulares individuais da *facultas agendi* compareçam em juízo para auferir os mesmos efeitos que advirão da ação civil pública.

⁶² Como frisou Ricardo Lobo Torres (*in Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e Isonomia*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1995, p. 161), “a elevação do direito à educação como subjetivo público confere-lhe o *status* de direito fundamental, mínimo existencial, arcando o Estado, nos limites propostos, com prestações positivas e igualitárias, cabendo a este, também, através de sua função jurisdicional, garantir-lhes a execução”.

conteúdo mínimo, apresenta níveis aceitáveis de exequibilidade, atende à razão e satisfaz à dignidade da pessoa humana.

Na Itália, após acentuarem a constitucionalização da obrigação do Estado de “*instituír escolas estatais para todas as ordens e graus*”,⁶³ Di Celso e Salerno,⁶⁴ analisando o art. 34 da Constituição, que assegura o “*direito ao estudo*”, não hesitam em visualizar a existência do direito a obter dos poderes públicos, segundo as condições estabelecidas na Constituição e na lei, as prestações necessárias ao profícuo desenvolvimento dessa atividade. Acrescentam que, “*não diversamente do direito ao trabalho, o direito ao estudo nasce como liberdade e se desenvolve como direito cívico ou social ou, como outros preferem dizer (Martines), evolui da liberdade negativa à liberdade positiva*”. Apesar disso, apresenta uma diferença substancial em relação ao direito ao trabalho, pois a Constituição e a lei impõem os meios (v.g.: bolsa de estudo) para tornar efetivo esse direito, indicando uma concreta linha de ação, do que resulta um verdadeiro poder jurídico de exigir a sua prestação. Ao final, lembrando a Sentença 215/87, do Tribunal Constitucional, concluem que “*a escola está aberta a todos*” (***la scuola è aperta a tutti***).

Igual entendimento tem prevalecido na Espanha, onde o art. 27 da Constituição dispõe que “*todos tienen derecho a la educación*”. Segundo o Tribunal Constitucional (STC 86/1985, FJ 3), esse direito tem um teor primário de direito de liberdade e, mais especificamente, uma dimensão prestacional que, na atualidade, ressalta das exigências do Estado social. Em razão desse preceito, o Poder Público está obrigado a assegurar a efetividade do direito à educação, em especial nos níveis básicos de ensino integrantes do sistema educativo, pois, a teor do item 4 do mesmo artigo, tais níveis, além de obrigatórios, são gratuitos. Esse direito pode ser imediatamente exigido, por qualquer cidadão, perante os tribunais, inclusive com a utilização do recurso de amparo,⁶⁵ que apresenta certa similitude com o mandado de segurança pátrio.

⁶³ Art. 33, 2, da Constituição Italiana de 1947.

⁶⁴ **Manuale di Diritto Costituzionale**, Padova: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2002, p. 208/212.

⁶⁵ Cf. Francisco Balaguer Callejón *et alii*, **Derecho Constitucional**, 2ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 2003, p. 269.

Tratando-se de outros níveis de educação que não aqueles previstos no art. 208, § 1º, da Constituição da República e no art. 208 da Lei nº 8.069/90, a exigibilidade de sua implementação dependerá do concurso de uma complexa rede de circunstâncias fáticas e jurídicas. Em linhas gerais, exigirá, como antecedente lógico, o atendimento de outros direitos igualmente integrantes do mínimo existencial (v.g.: habitação), que correspondem a valores de indiscutível fundamentalidade e preeminência em qualquer sociedade. Em um segundo momento, exigirá, à luz do caso concreto, a realização de um juízo de ponderação em relação a outros princípios que igualmente incidem na espécie. Além desses juízos valorativos, torna-se necessária a análise das possibilidades materiais do ente estatal, o que permitirá a transposição dos direitos normativamente previstos de um campo dominado pela retórica para uma seara ao alcance da realidade e da fruição social.

VIII. O DIREITO À EDUCAÇÃO E O MÍNIMO EXISTENCIAL

Também denominado de *núcleo duro* ou *núcleo comum dos direitos fundamentais*, o *mínimo existencial* indica o conteúdo mínimo e inderrogável desses direitos, resultando “de um levantamento comparativo de sua incidência em instrumentos de direitos humanos (os próprios textos), fortalecido ademais pela construção jurisprudencial daí decorrente e pelo processo de interpretação destes dispositivos equivalentes com formulações distintas.”⁶⁶ Esse conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, com tendência à universalidade, resulta de sua paulatina incorporação aos tratados internacionais, de sua penetração nas cartas políticas e de sua disseminação pela legislação infraconstitucional, o que torna imperativa a interpretação desta à luz dos valores superiores que direcionam sua aplicação.⁶⁷

⁶⁶ Antônio Augusto Cançado Trindade, **A Proteção Internacional dos Direitos Fundamentais, Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos**, São Paulo: Editora Saraiva, 1991, p. 42.

⁶⁷ Da preeminência normativa da Constituição decorre a idéia de filtragem constitucional. Como lembrado por Paulo Ricardo Schier (**Filtragem Constitucional, Construindo uma Nova Dogmática Jurídica**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 25), repetindo a lição de Canotilho e Vital Moreira, “diante da força normativa da Constituição, todo o ordenamento jurídico estatal deve ser lido sob a ótica da axiologia, materialidade e juridicidade constitucional”. Em seguida, acrescenta o autor que, “a partir da perspectiva da filtragem constitucional, surge a necessidade de se buscar uma inter-relação axiológica visando a unidade sistemática e a efetiva realização dos valores estabelecidos no pacto fundador diante do direito infraconstitucional (fenômeno conhecido como constitucionalização do direito infraconstitucional)”.

Tratando-se de um conteúdo mínimo,⁶⁸ que atua como elemento aglutinador da essência dos direitos fundamentais, é vedada ao Estado a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção. Tanto atentará contra o mínimo existencial a ação concreta, finalisticamente dirigida ao vilipêndio do bem jurídico por ele tutelado, como a omissão deliberada em tornar concreta uma previsão normativa ou mesmo em editar um ato normativo que viabilize o alcance de um *status* jurídico favorável ao indivíduo. A sua observância, assim, independe de qualquer medida de intervenção legislativa, derivando diretamente da própria Constituição.

Não obstante incontroversa a sua preeminência axiológica, o mínimo existencial, que está atrelado às condições materiais mínimas exigidas para uma sobrevivência digna, não possui balizamentos precisos. Como visto, os seus lineamentos básicos resultam da paulatina sedimentação de uma pauta de direitos mínimos geralmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana. Essa observação é relevante na medida em que permite situar a legitimação dos direitos humanos em uma posição externa ao próprio ordenamento jurídico.⁶⁹

Em países subdesenvolvidos como o Brasil, nos quais o mínimo existencial é historicamente ignorado pelos poderes constituídos, a questão assume perspectivas dramáticas e que certamente não seriam vistas em países do denominado primeiro mundo. Nestes, o contingente populacional que depende do intervencionismo estatal para sobreviver é sensivelmente reduzido, o que, face à re-

⁶⁸ O mínimo existencial já foi objeto, inclusive, de previsão normativa. Nesse sentido, vale mencionar o art. 1º da Lei nº 8.742/93, que trata da assistência social, *in verbis*: “A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que *provê os mínimos sociais*, realizada através de um conjunto de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

⁶⁹ Vide Ricardo Lobo Torres, “A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”, *in* **Legitimação dos Direitos Humanos**, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002, p. 397. Segundo o autor, a legitimação do Estado e do ordenamento Jurídico é o processo de julgamento de suas qualidades e de sua validade ética, exigindo “uma razão existente fora do sistema jurídico, o qual não pode se legitimar a si próprio”. Ao final, conclui que a legitimação “funda-se no neocontratualismo e na afirmação procedimental da liberdade, da justiça e da segurança jurídica, o que postula a intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade, entre outros. O Estado Democrático de Direito legitima-se, enfim, pela ponderação e pela razoabilidade presentes no elenco dos princípios fundamentais (art. 1º da CF), e dos princípios vinculados à liberdade, à justiça e à segurança (arts. 5º, 6º, 7º, 150, 170, 195, 196, 208)”.

conhecida possibilidade de o Estado assegurar a observância do mínimo existencial, em muito suaviza qualquer polêmica sobre a matéria.

Ainda que o mínimo existencial seja tradicionalmente integrado por zonas interditas à atuação estatal, vale dizer, pelo imperativo reconhecimento de um rol mínimo de liberdades, intangíveis por excelência, merecem igual proteção os direitos conexos, por imprescindíveis à usufruição dessas liberdades, estando a elas umbilicalmente ligados.

Em relação ao direito à educação fundamental, nos parece incontroverso tratar-se de uma parcela integrante do mínimo existencial, não só por suas características intrínsecas como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna.⁷⁰ Como vimos, há muito a educação fundamental foi incorporada aos tratados e convenções internacionais, isto sem olvidar a sua paulatina inserção nos ordenamentos de inúmeros Estados, inclusive o Brasil. Neste País, aliás, os textos constitucionais, a contar do primeiro, sempre lhe fizeram certa deferência. Além dos prismas da universalidade e do historicismo, a Carta de 1988 a erigiu à condição de direito subjetivo público, o que em muito reduz a abstração que sempre circunda os limites do mínimo existencial e afasta a possibilidade de que sua oferta seja postergada ou negada.

Do mesmo modo, ante a reconhecida miserabilidade da população brasileira, também os programas suplementares de oferta de material escolar, transporte, saúde e alimentação são indissociáveis do direito à educação: uma pessoa que não possua livros não poderá acompanhar as lições que lhe são ministradas; não possuindo recursos para custear o transporte, simplesmente não poderá comparecer à escola; estando doente, não poderá estudar e entrar em contato com outros estudantes; e, ainda, sem alimentação não haverá como assimilar as mais mezinhas lições.

⁷⁰ A importância do direito à educação foi bem enunciada pelo Ministro Humberto Gomes de Barros no voto proferido no Recurso Especial nº 212.961/MG: “é a própria Constituição Federal que insere a educação no rol dos direitos sociais. Em verdade, educação é o primeiro dos direitos sociais, não apenas na enunciação constitucional, como na ordem natural das coisas. Com efeito, onde há educação, existe saúde, saúde gera trabalho, trabalho pede lazer e assim por diante. Em recente pronunciamento, notável economista não vacilou em dizer: ‘houvesse apenas um real em caixa, eu não vacilaria em destiná-lo à educação’” (STJ, 1ª T., j. em 15/08/2000, DJ de 18/09/2000).

Identificados os lineamentos básicos do mínimo existencial, com a conseqüente integração do princípio da dignidade da pessoa humana, nos parece que destoa dos valores por ele condensados qualquer iniciativa dos poderes constituídos, de cunho material ou normativo⁷¹, que procure suprimir direitos, liberdades e garantias já alçados a essa condição. Os direitos fundamentais, na mesma medida em que podem impor prestações positivas ao Poder Público, impõem limites à sua atuação. Sendo a Constituição um sistema aberto de normas, será flagrantemente inconstitucional qualquer medida que se afaste dos valores responsáveis por sua concretização, ainda que emanados de normas infraconstitucionais. À guisa de ilustração, será ilegítimo o ato que determine o fechamento de uma escola sem que existam outras em condições de atender à demanda, a extinção de cargos de professor, com a conseqüente colocação em disponibilidade de seus ocupantes, enquanto flagrante a carência de pessoal nessa seara etc. É indiscutível que um estudo responsável da denominada proibição de retrocesso social exige maiores reflexões de seu artífice. No entanto, nos parece relevante o registro, ainda que meramente enunciativo.⁷²

⁷¹ Discorrendo sobre as reformas constitucionais e o papel da Suprema Corte como exemplo de razão pública, observa John Rawls (in **O Liberalismo Político**, trad. de Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., 2ª impressão, São Paulo: Editora Ática, 2000, pp. 289/290) que uma emenda não é apenas uma alteração. Segundo ele, “uma forma de entender uma emenda é ajustar valores constitucionais básicos a circunstâncias políticas e sociais em processo de transformação, ou incorporar à constituição um entendimento mais amplo e mais abrangente desses valores”. (...) “Outra finalidade das emendas é ajustar as instituições básicas, a fim de eliminar pontos fracos que vêm à luz na prática constitucional subsequente. A Suprema Corte poderia dizer, então, que uma emenda que derroge a Primeira Emenda e a substitua por seu oposto contradiz fundamentalmente a tradição constitucional do mais antigo regime democrático do mundo. Portanto, não tem validade. Isso significa que a Carta de Direitos e outras emendas são cláusulas pétreas? Elas o são no sentido de serem validadas por longa prática histórica. Podem ser emendadas segundo as formas mencionadas acima, mas não simplesmente rejeitadas e revogadas. Se isso acontecesse, e não seria inconstitucional que o exercício do poder político chegasse a esse ponto, tal representaria um colapso constitucional, ou uma revolução em seu sentido pleno, e não uma emenda válida da constituição. A prática bem-sucedida de suas idéias e princípios ao longo de dois séculos impõe restrições ao que agora pode ser considerado uma emenda, o que quer que tenha sido verdadeiro no início”.

⁷² Na doutrina, Jorge Miranda (in **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 397/399), discorrendo sobre o “*não retorno da concretização*” ou “*proibição de retrocesso*”, observa que as normas legais concretizadoras das normas constitucionais a elas se integram, não sendo possível a sua simples eliminação, isto sob pena de retirar a eficácia jurídica das normas constitucionais correlatas. Além disso, a proibição de retrocesso funda-se também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. Ressalta, no entanto, que esse entendimento não visa à equiparação entre normas constitucionais e legais, pois estas continuam passíveis de alteração ou revogação; o que se pretende é evitar a ab-rogação, pura e simples, de normas legais que conferem efetividade às constitucionais e “*com elas formam uma unidade de sistema*”. A respeito do tema, vide J. J. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Almedina, 1999, p. 327. Uma análise da proibição de retrocesso no Direito Constitucional germânico pode ser encontrada em artigo de Ingo Wolfgang Sarlet, intitulado “O Estado Social de Direito, A Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, **Revista de Direito Social** n° 3/28, 2001.

Como vimos, o direito à educação, na vertente aqui analisada, enseja a correlata obrigação do Estado em prestá-la, o que importa na necessária observância dos princípios regentes da atividade estatal, quer sejam expressos, como a impessoalidade e a eficiência, quer sejam implícitos, como o princípio da continuidade dos serviços públicos. Especificamente em relação à continuidade ou permanência do serviço, é ela mera derivação de sua utilidade e essencialidade, ambas de matiz constitucional. Tratando-se de serviço público essencial, é imperativa a sua manutenção em caráter contínuo e regular, vedando-se a interrupção ou mesmo a disponibilização em nível inferior ao exigido. Não bastasse isto, é vedado ao Poder Público, inclusive, desafetá-lo e transferi-lo à responsabilidade da iniciativa privada. Ainda que seja admissível e aconselhável a participação da sociedade na concreção desse direito fundamental, o que representa mera projeção da horizontalidade dessa categoria de direitos, optou o Constituinte por tornar inarredável a participação estatal, recaindo sobre o Poder Público o dever jurídico de prestá-lo.⁷³

IX. A QUESTÃO DA EFETIVIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO E OS RECURSOS PÚBLICOS DISPONÍVEIS

Delineados os contornos básicos do direito à educação e a parcela mínima a ser fornecida aos residentes no território nacional, resta aos interessados a utilização dos mecanismos de acesso à justiça sempre que seja divisado o descumprimento do dever jurídico que recai sobre o Estado, quer seja com o seu não oferecimento ou mesmo com a sua oferta irregular. Dentre os instrumentos processuais contemplados no texto constitucional, merecem ser lembrados, em caráter meramente enunciativo, o mandado de segurança, indi-

⁷³ Como consectário da natureza do serviço, Hely Lopes Meirelles (in **Direito Administrativo Brasileiro**, 16ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, p. 294/295) há muito afirmava que “os direitos do usuário são hoje reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública, como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes. São *direitos cívicos*, de conteúdo positivo consistente no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço a que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários. São direitos públicos subjetivos de exercício pessoal, quando se tratar de serviço *uti singuli* e o usuário estiver na área de sua prestação. Tais direitos rendem ensejo às ações correspondentes, inclusive mandado de segurança, conforme seja a prestação a exigir ou a lesão a reparar judicialmente”.

vidual e coletivo, o mandado de injunção e a ação civil pública, os quais serão manejados pelos respectivos legitimados em conformidade com as leis de regência.

Em casos tais, não nos parece aceitável a tese de que o julgamento favorável de uma pretensão dessa natureza importaria em mácula ao princípio da divisão das funções estatais. A divisão em funções garante a sua especialização e a independência em seu exercício, o que evita os conhecidos e inevitáveis males da concentração do poder.⁷⁴ Não se trata unicamente de princípio de especificação de órgãos e funções, mas de princípio de coordenação e manutenção da unidade e organicidade do Estado. O princípio da divisão dos poderes é, em essência, um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais.⁷⁵ Assim, como utilizar um princípio que se destina à salvaguarda dos direitos individuais como a pedra angular de um entendimento que busca justamente legitimar a sua inobservância? A atuação do Judiciário não importará em qualquer ingerência externa na atividade desenvolvida, mas, tão-somente, velará para que esta mantenha uma relação de adequação com a ordem jurídica, substrato legitimador de sua existência. Dessa forma, não se tratará unicamente de juízo censório ou punitivo à atividade desempenhada por outro poder, mas de aplicação de eficaz mecanismo previsto no regime democrático, sempre com o desiderato final de garantir o bem-estar da coletividade. Pontes de Miranda há muito afirmara que “o exercício do poder, ainda por parte daqueles que só indiretamente o recebem, como os juízes e os funcionários públicos, é sempre exercido em nome do povo”.⁷⁶

⁷⁴ De acordo com o art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, *Toute société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution* (Toda a sociedade em que a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada, não possui Constituição). “Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor” (Montesquieu, *L'Esprit des Loix*). Na conhecida sentença de Lord Acton, “todo o poder corrompe e o poder absoluto corrompe absolutamente”.

⁷⁵ Cf. Francis Hamon *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 2001, p. 93.

⁷⁶ Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, v. III, Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, 1947, p. 307.

Do mesmo modo, não merece acolhida a tese de que o Judiciário não estaria devidamente aparelhado para levar a efeito a valoração das circunstâncias periféricas ao caso, em especial aquelas que possibilitem uma visão de conjunto do aparato administrativo, o que inclui a ponderação de toda a gama de interesses individuais e sociais a serem atendidos e a análise das possibilidades operacionais do referido aparato. Integrando a educação fundamental o mínimo existencial e sendo dever do Poder Público o atendimento prioritário às crianças e aos adolescentes, somente em situações excepcionalíssimas será possível, em um juízo de ponderação, prestigiar interesses outros, com o conseqüente comprometimento dos recursos existentes. Assim, a importância dos valores envolvidos confere uma relativa simplicidade a essa operação, conferindo ao **extraneus - in casu** o Juiz - uma ampla possibilidade de realizá-la.

Outro argumento normalmente utilizado por aqueles que vêem os direitos sociais como normas meramente programáticas reside na conhecida insuficiência de recursos para o atendimento das múltiplas necessidades da população. É a denominada *reserva do possível*, que pode ser de ordem jurídica - ausência de previsão de gastos na lei orçamentária - ou fática - inexistência dos próprios recursos necessários à satisfação dos direitos. No caso de total insuficiência de recursos, o que deverá ser devidamente demonstrado e não simplesmente alegado,⁷⁷ pouco espaço restará para que o Poder Público seja compelido a cumprir o seu dever jurídico. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, não de uma injustificável desídia.

Tratando-se de impossibilidade jurídica, o que decorreria não da ausência de receita, mas da ausência de previsão orçamentária para a realização da despesa, deverá prevalecer o entendimento que prestigie a observância do mínimo existencial. Restando incontroverso o descompasso entre a lei orçamentária e os valores que integram a dignidade da pessoa humana, entendemos deva esta

⁷⁷ Na dicção do art. 333, II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu o ônus da prova "*quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor*".

prevalecer, com o conseqüente afastamento do princípio da legalidade da despesa pública.⁷⁸ Não fosse assim, seria tarefa assaz difícil compelir o Poder Público a observar os mais mezinhos direitos assegurados na Constituição da República e na legislação infraconstitucional, o que terminaria por tornar legítimo aquilo que, na essência, não o é. Não é demais lembrar que, ao consagrar direitos, o texto constitucional implicitamente impôs o dever de que sejam alocados recursos necessários à sua efetivação.⁷⁹ Em se tratando de direitos coletivos - que normalmente exigem um elevado montante de recursos -, apelar para a expedição de precatórios, consoante a sistemática do art. 100 da Constituição, seria o mesmo que relegar os verdadeiros detentores da *facultas agendi* às intempéries da própria sorte, arcando com os efeitos deletérios e irreversíveis que o fluir do tempo causaria sobre seus direitos. Como desdobramento do que vem de ser dito, poderá o Poder Judiciário, a partir de critérios de razoabilidade e com a realização de uma ponderação responsável dos interesses envolvidos, determinar a realização dos gastos na forma preconizada, ainda que ausente a previsão orçamentária específica. Caberá ao Poder Executivo, nos limites de sua

⁷⁸ Neste sentido: Eros Roberto Grau, Parecer: "Despesa Pública - Conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas - o princípio da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública", in *Revista Trimestral de Direito Público* n° 2/130. Após estabelecer a distinção entre regras e princípios jurídicos, afirma o autor que as decisões do Poder Judiciário em matéria de direitos sociais devem prevalecer em relação às regras constitucionais que traçam a disciplina orçamentária. Segundo ele, o conflito entre os princípios da sujeição da administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública se resolve com o afastamento deste e a momentânea perda de eficácia de todas as ele vinculadas.

⁷⁹ Segundo o art. 4º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Resolução XLIV da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1989, "os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas, administrativas, legislativas e outras, para a implementação dos direitos reconhecidos nesta Convenção. Com relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, os Estados Partes tomarão tais medidas no alcance máximo de seus recursos disponíveis, e quando necessário, no âmbito da cooperação internacional". Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)⁷⁹, adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada em 22 de novembro de 1969, em San José de Costa Rica, ao tratar do desenvolvimento progressivo, dispôs, em seu art. 26, que "os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados". Preceito similar a este último foi repetido no art. 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), adotado no XVIII Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizado na Cidade de San Salvador, El Salvador, em 17 de novembro de 1988.

discrição política, o contingenciamento ou o remanejamento de verbas visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são.⁸⁰

Lembre-se que, em se tratando de matéria afeita à infância e à juventude, o argumento da impossibilidade jurídica jamais poderá beneficiar àqueles que a alegam, pois, como foi dito, nessa seara vige o princípio da absoluta prioridade. Se nem todos os direitos sociais, apesar da previsão normativa, se mostram plenamente operativos, é necessário “*determinar com que prioridade e em que medida deverão ser*”,⁸¹ e esta escolha há muito foi feita pelo Constituinte. E ainda, a Emenda Constitucional nº 14, de 12 de setembro de 1996, que alterou o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispôs sobre a vinculação de verbas específicas do orçamento para a implementação do direito à educação. Além disso, criou o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que tem por fim universalizar o ensino fundamental e remunerar condignamente o magistério.

O FUNDEF foi regulamentado pela Lei nº 9.424, de 24 de dezembro de 1996 e pelo Decreto Federal nº 2.264, de junho de 1997, tendo introduzido alterações na forma de desenvolvimento do ensino fundamental no âmbito dos diferentes entes da Federação, implementando uma partilha de recursos cuja intensidade e frequência variarão em conformidade com o número de alunos matriculados no ensino fundamental. Além destes diplomas legais, deve ser

⁸⁰ Ana Paula de Barcellos (“Educação, Constituição, Democracia e Recursos Públicos”, in **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro** nº XII/35, 2002) acena com a possibilidade de aplicação do disposto no art. 213, § 1º, da Constituição da República, que, ao tratar dos recursos públicos destinados às escolas de igual natureza, dispõe que “os recursos de que trata este artigo poderão ser destinados a bolsas de estudo para o ensino fundamental e médio, na forma da lei, para os que demonstrem insuficiência de recursos, quando houver falta de vagas e cursos regulares da rede pública na localidade da residência do educando, ficando o Poder Público obrigado a investir prioritariamente na expansão de sua rede na localidade”. Segundo a autora, a ausência de lei específica não impede a utilização do preceito pelo Poder Judiciário, pois a sua **ratio** é evitar a utilização desarrazoada de recursos públicos, os quais deixariam de ser investidos nas redes de ensino. Com a intermediação do Poder Judiciário, esse óbice é afastado, com a conseqüente prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana. “A exigência de lei prévia, portanto, dirige-se ao Executivo, não ao Judiciário”, logo, nada impediria a condenação do Estado a custear o estudo dos que necessitam dessa prestação em escola privada. Sugere, ainda, maiores reflexões sobre a possibilidade de se compensar o valor a ser gasto pela escola particular com débitos tributários devidos por ela ao ente público, pois também aqui é exigida lei específica autorizando a compensação (arts. 156 e 170 do Código Tributário Nacional).

⁸¹ Cf. Jorge Miranda, **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, 3a ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 393.

observada a Lei nº 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional.

Para a integração das receitas do Fundo, serão utilizados 15% das seguintes fontes: Fundo de Participação dos Estados – FPE, Fundo de Participação dos Municípios – FPM, Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, Imposto sobre Produtos Industrializados, proporcional às exportações – IPIexp e Desoneração de exportações, de que trata a Lei Complementar nº 87/96. A estas receitas serão acrescidas verbas complementares da União, destinadas aos Estados em que a receita originariamente gerada não é suficiente à garantia de determinado valor individual por aluno, valor este que será fixado pelo Presidente da República através de decreto. E ainda, quanto à destinação, os recursos do Fundo serão utilizados da seguinte forma: 60% para a remuneração dos profissionais do magistério em exercício no ensino fundamental e 40% em outras ações de manutenção e desenvolvimento do ensino fundamental, conforme o disposto no art. 70 da Lei nº 9.394/96.

X. SÍNTESE CONCLUSIVA

A fundamentalidade do direito à educação é imanente à sua condição de elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e à concreção da própria cidadania.

Identificadas as três gerações de direitos fundamentais, as quais, não obstante sucessivas entre si, não excluem as anteriores, coexistindo harmonicamente, o direito à educação tem sido tradicionalmente incluído no rol dos direitos sociais, que se enquadram no espectro da segunda geração. Apesar disso, é indiscutível a sua importância à concreção dos direitos de primeira geração, pois não se pode falar em liberdade plena sem o exato conhecimento de seu próprio alcance.

Os direitos sociais, quer sejam enquadrados como mera variante dos direitos e garantias individuais, quer sejam considerados como projeções do princípio da dignidade humana, são “*cláusulas pétreas*”, erigindo-se como limites materiais ao exercício do poder reformador.

Em decorrência da tendência à universalidade dos direitos fundamentais, têm sido intensificadas, a partir da Segunda Guerra Mun-

dial, as iniciativas para se conferir um colorido normativo ao seu reconhecimento. Nessa perspectiva, o direito à educação tem sido constantemente previsto nos inúmeros tratados, cartas de princípios e acordos internacionais, os quais buscam estabelecer a pauta mínima de direitos consagradores da dignidade da pessoa humana. No Brasil, o direito à educação é presença constante em todos os textos constitucionais, recebendo especial realce na Carta de 1988, ocasião em que o direito à educação fundamental foi erguido à condição de direito subjetivo público. Na mesma linha se desenvolveu a legislação infraconstitucional, que consagrou o princípio da proteção integral das crianças e dos adolescentes (Lei nº 8.069/90) - o que inclui o direito à educação -, aperfeiçoando o sistema da absoluta prioridade previsto no art. 227 da Constituição da República.

A paulatina contemplação do direito à educação no cenário mundial e pátrio, com a conseqüente busca da sedimentação de sua universalidade, permitiu a integração da educação fundamental ao denominado mínimo existencial, que indica o conteúdo mínimo e inderrogável dos direitos fundamentais. Além dessa perspectiva historicista, a Constituição de 1988, em seu art. 208, § 1º, tornou incontroversa a imediata exigibilidade desse direito junto ao Poder Público, erguendo-o à condição de direito subjetivo público. Tratando-se de norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, a não oferta do ensino fundamental ou a sua oferta irregular autoriza a imediata sindicância junto ao Poder Judiciário.

O provimento jurisdicional que vele pelo cumprimento da Constituição e da legislação infraconstitucional, possibilitando a concreção de direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, em nada viola o princípio da divisão das funções estatais. Esse princípio, em essência, é um instrumento indispensável à salvaguarda das liberdades e dos direitos individuais, não sendo legítima a sua utilização como a pedra angular de um entendimento que busca justificar a sua inobservância.

Ressalvada a total inexistência de recursos, o que depende de prova por parte do Poder Público, sendo insuficiente a mera alegação, será plenamente possível a emissão de provimento jurisdicional com o fim de determinar o contingenciamento ou a realocação de

dotações orçamentárias para o atendimento dos direitos prestacionais que congregam os valores inerentes à dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à educação fundamental.☐

A Prova Ilícita e o Princípio da Proporcionalidade dos Valores Contrastantes

Alexandre Guimarães Gavião Pinto
Juiz de Direito do TJ/RJ

De acordo com o artigo 5º, inciso LVI da Constituição da República, são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos, o que importa no reconhecimento de que todo meio de colheita de prova que vulnere as normas do direito material deve ser combatido, o que configura, indubitavelmente, importante garantia em relação à ação persecutória do Estado.

A regra da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos se encontra albergada no capítulo da Carta Magna referente aos direitos e garantias individuais, se harmonizando ao Estado de Direito, no qual o Estado é subordinado a lei, ficando submetido, ainda, ao controle do Poder Judiciário.

É sabido que as garantias se traduzem no direito de os cidadãos exigirem dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, e que os direitos fundamentais vinculam-se à atuação do Estado.

Forçoso convir que a inadmissibilidade das provas ilícitas, no processo, decorre da posição de supremacia dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico, o que significa asseverar ser impossível, em princípio, a violação de uma liberdade pública, no intuito de obter provas no processo.

A prova ilícita nada mais é do que uma espécie da denominada prova proibida, que deve ser entendida como toda aquela que não pode ser valorada no processo.

Não se pode perder de perspectiva a existência de duas espécies de provas proibidas, que são: as provas ilícitas e as provas ilegítimas.

As provas ilícitas são aquelas alcançadas com a violação do direito material, enquanto as provas ilegítimas são as obtidas em desrespeito ao direito processual.

A prova ilícita não pode ser considerada idônea para formar o convencimento do Magistrado, devendo ser desprezada, ainda que em prejuízo da apuração da verdade, o que se justifica diante da necessidade de se formar um processo justo, que respeite os direitos e garantias fundamentais do acusado.

Vale lembrar que o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos se sobrepõe ao direito representado pelo interesse do Estado em reprimir as infrações penais, já que a justiça penal não pode ser promovida a qualquer preço.

Na realidade, o que o artigo 5º, inciso LVI da Lei Maior almeja é repudiar a prova alcançada por meios ilícitos, em vigilância ao princípio do ***due process of law***, que se destina a neutralizar as ações abusivas do Poder Público.

Nessa esteira de raciocínio, verifica-se que o acusado possui o direito de não ser condenado, com base em elementos probatórios obtidos de forma incompatível com os limites impostos pela Constituição da República ao poder persecutório do Estado.

Com efeito, sendo a prova ilícita imprestável, eis que maculada pelo vício da inconstitucionalidade, obviamente não se reveste de aptidão jurídica para ensejar um decreto condenatório.

Insta esclarecer, contudo, que, ao longo dos anos, a doutrina e a jurisprudência passaram a mitigar a proibição das provas ilícitas, na tentativa de afastar eventuais distorções que a rigidez da exclusão poderia gerar, em hipóteses de excepcional gravidade. Tal posicionamento encontra embasamento no princípio da proporcionalidade, que autoriza a avaliação das provas ilícitas em casos de extrema gravidade, tendo em vista que nenhuma liberdade pública pode ser considerada de natureza absoluta.

No que tange a incidência do princípio da proporcionalidade em favor do réu, por exemplo, não há dúvidas de sua aplicação, sendo pacífico, na jurisprudência, o entendimento de que, em tais hipóteses, a ilicitude é eliminada por causas excludentes, diante da prevalência do princípio da inocência.

Já as provas ilícitas por derivação são aquelas lícitas em si mesmas, mas produzidas a partir de um fato ilícito.

Em que pese o atual entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que, na esteira do raciocínio desenvolvido pela teoria dos frutos da árvore envenenada, considera que a prova ilícita originária é capaz de contaminar as demais provas dela decorrentes, posiciono-me na trincheira daqueles que defendem que o mero fato de não se admitir as provas ilícitas em juízo, não possui o efeito de gerar a nulidade de todo o processo, eis que a Lei Maior não afirma serem nulos os processos, em que exista alguma prova obtida por meios ilícitos.

Cumprе ressaltar que, em tais casos, deve ser delimitada a consequência da inadmissibilidade de uma determinada prova ilícita, que somente possui o condão de desqualificá-la para o julgamento da causa, não gerando a nulidade de todo o processo.

De acordo com o princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes, nenhuma garantia constitucional possui valor absoluto.

Logo, se uma prova ilícita ou ilegítima revela-se necessária para evitar uma condenação injusta, como visto anteriormente, deverá ser agasalhada.

Em que pese respeitável entendimento doutrinário em contrário, possível é, também, em casos de extrema excepcionalidade, a aplicação do princípio da proporcionalidade **pro societate**.

Importante notar que a acusação, principalmente a promovida pelo Ministério Público, tem por finalidade precípua resguardar os valores fundamentais da coletividade amparados pela norma penal.

Assim, quando o conflito se estabelecer entre a garantia, o sigilo e a necessidade de se tutelar a vida, o patrimônio e a segurança, bens também protegidos pela Constituição da República, o Magistrado deve sopesar os valores contrastantes envolvidos.

O princípio da proporcionalidade opera-se no sentido de permitir que o Juiz gradue o peso da norma em uma determinada incidência, evitando que a mesma promova um resultado indesejado pelo sistema, buscando a justiça do caso concreto.

A nova interpretação constitucional orienta-se por relevantes princípios, que são aplicados através da técnica da ponderação, incumbindo ao intérprete realizar a interação entre o fato e a norma, e

fazer escolhas fundamentadas, em observância aos limites ofertados pelo próprio sistema jurídico, visando à justa solução para o caso em exame.

Nessa linha de entendimento, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, pode, excepcionalmente, proceder à interceptação da correspondência remetida aos apenados, já que a cláusula de inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Nesses casos, se a prova se retrata imprescindível deve ser admitida, por adoção do princípio da proporcionalidade.

Ressoa evidente, outrossim, que as liberdades públicas não podem ser manejadas como um manto protetivo da prática de atividades ilícitas, sob pena de se causar abalos no Estado de Direito.

Aqueles que, ao cometerem ilícitos, deixam de observar as liberdades públicas de terceiros pessoas e da sociedade, não podem se eximir de suas responsabilidades civis e penais, invocando, em ato posterior, a ilicitude de determinadas provas.

Em tais hipóteses, não se estará acolhendo provas ilícitas em prejuízo de acusados, mas sim reconhecendo a ausência de ilicitude, eis que as provas foram produzidas por aqueles que agiram em legítima defesa de seus direitos fundamentais.

É o exemplo das provas produzidas por aqueles que vinham sendo vítimas de condutas criminosas.

Conforme reiteradamente decidido pelos tribunais pátrios, revelar-se-ia intolerável considerar-se como violação do direito à privacidade, por exemplo, a gravação por parte da própria vítima de atos criminosos, tais como o diálogo com seqüestradores, estelionatários, ou qualquer outro tipo de criminosos.

Nesse sentido já se pronunciou, em diversas oportunidades, o Supremo Tribunal Federal, entendendo ser lícita a gravação de conversa telefônica, feita por um dos interlocutores, ou com sua autorização, sem a ciência do outro, quando há investida criminosa deste último, mostrando-se absurda a argumentação de que há violação do direito à privacidade daquele que pratica infração penal.

Da mesma forma, em alguns casos, em prol da probidade administrativa, a inadmissibilidade das provas ilícitas sofre atenuações,

devendo ser compatibilizada com os demais princípios constitucionais insculpidos no *caput* do artigo 37 da Lei Maior, tais como, o da moralidade e publicidade.

No exercício de sua função, o administrador público fica vinculado aos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A moralidade administrativa exige que os atos praticados pelos agentes públicos sejam compatíveis com a lei, e que sejam revestidos de boa-fé, decoro e probidade.

Pelo princípio da publicidade, todos os atos públicos devem ser de conhecimento geral, para que a sociedade possa fiscalizá-los.

Os princípios supramencionados impedem que o agente público se utilize das inviolabilidades à intimidade e à vida privada para praticar atividades ilícitas.

Assim, deve ser permitida, por exemplo, a utilização de gravações clandestinas por um dos interlocutores, realizadas sem o conhecimento do agente público, que comprovem sua participação, valendo-se de seu cargo, na prática de atos ilícitos.

Não socorre ao agente público a afirmação de inviolabilidade à sua intimidade ou à vida privada, tendo em vista que, ao conduzir negócios públicos, deve atuar com absoluta transparência e honestidade.

Por tudo que acima foi dito, conclui-se que a regra continua a ser a da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, o que só pode ser atenuado, em hipóteses de marcante excepcionalidade, com base no princípio da proporcionalidade dos valores contrastantes. O Magistrado deve identificar as normas pertinentes, selecionar os fatos relevantes e atribuir o peso devido a cada interpretação constitucional, sem deixar de considerar que nenhum direito fundamental tem o cunho de absoluto, razão pela qual, ao julgador incumbe a tarefa de realizar a equilibrada ponderação entre os valores em conflito e efetuar as escolhas fundamentadas. ▣

Sociedade Simples e o Artigo 983 do CC/2002 (Imprecisão Terminológica)

Cláudio Calo Sousa

Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Empresarial da Fundação Getúlio Vargas (MBA-Empresarial), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Fundação Escola do Ministério Público-FEMPERJ e FESUDEPERJ-Fundação Escola da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro.

I- INTRÓITO-SOCIEDADE NÃO EMPRESÁRIA E SOCIEDADE EMPRESÁRIA

Com a entrada em vigor do Código Civil/2002, o legislador infraconstitucional, acolhendo a teoria da empresa consubstanciada no Código Civil italiano de 1942, também importou a denominada “sociedade simples”, estando esta regulada nos artigos 997 ao 1.038 do referido diploma legislativo, tendo, ainda, o legislador procurado utilizar a expressão simples em diversos dispositivos legais, podendo-se citar como exemplos os artigos 982 e 983 do CC/2002, os quais não estão inseridos no capítulo I que abrange aqueles dispositivos legais.

De se registrar que, antes do Código Civil de 1916, ora revogado, as sociedades se dividiam em sociedades civis e sociedades comerciais, sendo que, em regra, a diferença se fazia através do objeto social (prática de atos de comércio ou não), salvo nas hipóteses em que o legislador, independentemente do objeto, conferia à

sociedade natureza mercantil, como por exemplo a sociedade anônima (artigo 2º, § 1º, da Lei nº 6.404/1976).

Após o afastamento do sistema francês, ou seja, da teoria dos atos de comércio, e com o acolhimento da teoria da empresa, surgiram algumas orientações no sentido de que a sociedade não empresária seria a antiga sociedade civil, enquanto que a sociedade empresária seria a antiga sociedade comercial.

Com a devida vênia, não se pode compartilhar de tal posicionamento, vez que a alteração realizada pelo legislador foi de fundo e não apenas terminológica, sendo certo também que não é critério diferenciador o *objetivo* (que não se confunde com o objeto social) de ambas, até porque as duas, por serem sociedades, têm sempre fim lucrativo, ao contrário das associações¹. No entanto, a sociedade não empresária, apesar de explorar uma atividade econômica, não o faz de forma organizada, ou seja, não há conjugação de fatores de produção (capital, trabalho, tecnologia e matéria-prima), em outras palavras, o modo pelo qual o objeto é explorado não se faz de forma economicamente organizada, enquanto a sociedade empresária exerce seu objeto de forma organizada, caracterizando-o como empresa (atividade economicamente organizada).

Portanto, o traço distintivo entre sociedade não empresária e sociedade empresária é a organização, a forma pelo qual o objeto, a atividade econômica é explorada.

Na esteira deste raciocínio, pode-se afirmar que algumas sociedades consideradas civis antes do advento do atual Código Civil, atualmente *podem* ser consideradas como sociedades empresárias, caso o objeto seja desenvolvido de forma organizada, como empresa, no perfil técnico-funcional do mestre italiano Alberto Asquini.

E quais as conseqüências prático-jurídicas em se definir uma sociedade como empresária ou não empresária?

¹ Conforme demonstra o artigo 53 do CC/2002, segundo o qual a associação configura uma pessoa jurídica sem fins econômicos, o que significa que não é constituída com a finalidade de perseguir o lucro, tendo um fim assistencial, recreativo, cultural, dentre outros. No entanto, nada impede que venha a auferir lucro, apenas este não pode ser distribuído pelos associados, mas reinvestido na atividade-fim.

Em sendo a sociedade empresária, tem-se três conseqüências importantes:

Primeiro, deve arquivar seus atos constitutivos no órgão próprio, precisamente no Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins (art. 1150 CC/02), que incumbe à Junta Empresarial de cada ente federativo, enquanto que as sociedades não empresárias, em regra², devem ser registradas do Registro Civil de Pessoas Jurídicas (RCPJ).

Segundo, em caso de insolvência, a sociedade empresária fica sujeita, em regra, às Recuperações Judicial e Extrajudicial e à falência³, previstas em legislação especial (Lei nº 11.101/2003), com tratamento peculiar, enquanto que as sociedades não empresárias sujeitam-se à insolvência processual civil, prevista nos artigos 748 e seguintes do Código de Processo Civil, que é um sistema de insolvência menos gravoso que o falimentar, face aos inúmeros efeitos da sentença decretatória de falência..

Terceiro, a escrituração do empresário de suas operações nos livros fica sujeita à regras próprias e mais rígidas do que propriamente aos das sociedades não empresárias (artigos 1.179 ao 1.195 CC/02), vez que nosso ordenamento jurídico adotou o sistema francês quanto à escrituração, em que exige livros comuns e especiais e determina os requisitos extrínsecos e intrínsecos dos mesmos, não conferindo liberdade alguma.

Quatro, o empresário individual e a sociedade empresária, quando a falência é decretada judicialmente, pode haver

² Diz-se em regra, pois as sociedades de advogados, apesar de prevalecer o entendimento doutrinário, de que são sociedades não empresárias, devem ser registradas na Ordem de Advogados do Brasil- OAB, conforme artigo 15 da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia). No tocante às Cooperativas, apesar de serem sociedades não empresárias por força da Lei (artigo 982, parágrafo único, *in fine*, do CC/2002), há divergência doutrinária, pois há quem sustente Sérgio Campinho, **O Direito de Empresa**, 2ª. Edição, 2003, Editora Renovar, p. 266) que deva ser arquivada na Junta Empresarial, face ao disposto nos artigos 1.093 do CC/2002, c/c, 32, inciso II, alínea "a", da Lei nº 8.934/94, c/ c, artigo 18 da Lei nº 5.474/1971. No entanto, há também quem sustente, (Rubens Requião, **Curso de Direito Comercial**, 25ª. edição, 2003, Editora Saraiva, p. 412) que, com o advento do artigo 1.150 do CC/2002, levando-se em consideração que a Cooperativa tem natureza não empresária, deve ser registrada no Registro Civil de Pessoa Jurídica-RCPJ.

³ O ordenamento jurídico brasileiro, quanto ao aspecto falimentar, adotou e continua adotando o sistema francês ou latino ou restrito, o que significa que apenas o empresário individual ou a sociedade empresária estão sujeitos às recuperações Judicial ou Extrajudicial e à Falência, face ao disposto no artigo 1º da Lei nº 11.101/2005 (Lei de Recuperação de Empresas).

responsabilização pela prática de crimes falimentares⁴, o que não ocorre com o não empresário. Deve-se ressaltar que, no caso das sociedades empresárias, são os administradores que poderão ser responsabilizados criminalmente, pois são estes que sentem os efeitos penais da falência, não sendo considerados falidos tecnicamente, mas sim a sociedade empresária.

II- A EXPRESSÃO “SIMPLES”- TRIPLO SENTIDO

Analizados alguns poucos aspectos da sociedade não empresária e da sociedade empresária, urge esclarecer os sentidos da expressão “simples”, até porque o legislador civilista foi impreciso quanto ao uso do termo, causando, conseqüentemente, interpretações equivocadas, senão vejamos:

Ora, os artigos 997 ao 1.038 do CC/2002 regulam a sociedade simples, inaugurando o capítulo das sociedades personificadas, porém nos artigos 982 e 983, utiliza-se a expressão sociedade simples, mas em confronto com as sociedades empresárias. Significa que naquele capítulo estão reguladas as sociedades não empresárias?

Creemos que a resposta tem que ser negativa.

Inicialmente, não se pode confundir a expressão “simples” utilizada pelo CC/2002, com o termo utilizado pela Lei nº 9.317/1996⁵, que se refere apenas ao Microempresário (ME) e ao Empresário de Pequeno Porte (EPP), pessoas jurídicas.

É muito comum encontramos, na condição de consumidores, afixado em determinadas lojas um cartaz ou placa próximo à

⁴ Com o advento da Lei nº 11.101/2005, denominada de Lei de Recuperação de Empresas e Falência, nos âmbitos penal e processual penal, pode-se observar que foram implementadas inúmeras alterações, a saber, em síntese: o legislador ampliou as figuras típicas penais, sendo que também procurou agravar as penas, prevendo uma única infração penal de menor potencialidade lesiva, cuja pena máxima abstratamente cominada não supera dois anos. No tocante à prescrição penal, deixa de ser o prazo de dois anos a contar da data em que a falência deveria estar encerrada, passando a ser regulada de acordo com o Código Penal, ou seja, deverá ser considerada a pena cominada ao delito. Ademais, a sentença decretatória de falência passa a ser condição objetiva de punibilidade, abandona-se o inquérito judicial, que passará a ser presidido pela autoridade policial, sendo que o processo penal falimentar terá procedimento comum sumário, abandonado-se o rito ordinário, que foi adotado na Lei de Falências de 1945, independentemente se ao crime falimentar for cominada pena de reclusão ou detenção, salvo no tocante à infração penal de menor potencialidade lesiva, que tem rito sumaríssimo, previsto na Lei nº 9.099/95.

⁵ Na realidade os Microempresários e Empresários de Pequeno Porte, pessoas natural ou jurídica, estão regulado no denominado Estatuto do ME, que é a Lei nº 9.841/99, não havendo incompatibilidade com a Lei nº 9.317/96,

caixa registradora com a expressão “SIMPLES”. Neste caso, não significa que aquela pessoa jurídica deva ser considerada sociedade simples sob o enfoque do Código Civil, pois, na realidade, aquela expressão está relacionada com o Microempresário (ME) e o Empresário de Pequeno Porte (EPP), pessoas jurídicas, que exerceram a faculdade de adotar um sistema simplificado de arrecadação de tributos. Portanto, não se pode confundir a Lei nº 9.317/1997 com o Código Civil, sendo certo que não são atos normativos incompatíveis entre si, até porque pode uma determinada pessoa jurídica ser de pequeno porte (EPP) em decorrência de sua receita bruta anual, mas adotar a forma de sociedade limitada, podendo ser empresária ou não empresária. Neste caso, esta pessoa jurídica, no âmbito tributário, pode ter adotado o sistema simples (e não a forma de sociedade simples), sendo que a sociedade será limitada, regida pelos artigos 1.052 ao 1.087 do CC/2002 e, dependendo da forma pela qual a atividade econômica é explorada, pode ser enquadrada como empresária ou como não empresária, dependendo se há ou não o exercício da empresa.

No caso do Código Civil, a confusão é flagrante, pois no capítulo I, do subtítulo II, o legislador usou a expressão “Da Sociedade Simples”, passando a discipliná-la nos artigos 997 ao 1.038, que, inclusive, acaba servindo como fonte supletiva para os demais tipos societários. Portanto, neste caso, o legislador considerou a sociedade simples como um tipo societário, da mesma forma como ocorre com as sociedades em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações⁶. Em outras palavras, é

denominada de “Lei do Simples”, vez que esta regula o sistema tributário simplificado de pagamento de tributos destinado aos Microempresários ou Empresários de Pequeno Porte, pessoas jurídicas, desde que atendam aos requisitos deste último ato normativo. De se registrar, ainda, que grande parte da doutrina (por todos, Sérgio Campinho, ob. citada, p.18) sustenta que o pequeno empresário, mencionado nos artigos 970 e 1.179, § 2º, do CC/2002, é, na realidade o ME e o EPP, possuindo a mesma conceituação, face à ausência de um conceito legal específico para o pequeno empresário. No entanto, do outro lado da moeda, Rubens Requião (ob. citada, p. 78) confere ao pequeno empresário conceituação diversa, sustentando *ser uma pessoa natural ou física, registrada na Junta Comercial, que exerce em um único estabelecimento atividade artesanal ou outra atividade que predomine seu próprio trabalho ou de pessoas de sua família, auferindo receita bruta anual não superior a cem vezes o maior salário mínimo mensal vigente no país, cujo capital efetivamente empregado na atividade não ultrapassa vinte vezes o valor daquele salário mínimo*.

⁶ No caso da denominada sociedade em conta de participação, regulada nos artigos 991 ao 995 do CC/2002, apesar de o legislador tê-la inserido no capítulo juntamente com as demais sociedades, o melhor posicionamento é aquele que lhe retira a natureza societária, sendo mero contrato de investimento, face às inúmeras peculiaridades que a mesma possui (ausência de personalidade jurídica, ausência de responsabilidade da “sociedade”).

um tipo autônomo, com disciplina própria importado da Itália, porém dificilmente será utilizado na prática, servindo mesmo como fonte supletiva para aqueles tipos societários, caso seus respectivos capítulos seja omissos.

Entretanto, no artigo 983 do CC/2002, o termo “simples” é empregado de forma mais abrangente, podendo acarretar confusão entre os operadores do direito, *in litteris*:

*“A sociedade empresária **deve** constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts.1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com **um desses tipos**, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias”* (Os grifos não constam no original).

Analisando-se a primeira parte do dispositivo, chega-se à cristalina conclusão de que a sociedade empresária (aquela que explora a atividade econômica de *forma organizada, ou seja, empresa*) tem (“deve”) o dever de adotar a forma de sociedade em nome coletivo (arts.1.039/1.044), em comandita simples (arts.1.045/1.051), limitada (arts.1.052/1.087), anônima (arts.1.088/1.089) ou em comandita por ações (arts.1.090/1.092).

Portanto, não pode a sociedade empresária adotar o tipo sociedade simples, haja vista que esta sociedade encontra-se regulada nos artigos 997 ao 1.038 do CC/2002, sendo que o artigo 983 deste diploma apenas fez menção aos artigos 1.039 ao 1.092, afastando aquele tipo societário. Em suma, a sociedade empresária não pode ser sociedade simples em sentido estrito, ou seja, não adotar o tipo societário previsto nos artigos 997 ao 1.038 do CC/2002, evidenciado, *a contrario sensu*, que o tipo sociedade simples em sentido estrito só pode ser utilizado se a sociedade for não empresária.

No entanto, na segunda parte do dispositivo legal em comento, o legislador usou a expressão “sociedade simples”, porém, não se pode interpretá-la em sentido estrito, ou seja, como sinônimo de tipo societário regulado nos artigos 997 ao 1.038 do CC/2002, mas sim em sentido amplo, ou seja, como sinônimo de sociedade não empresária (aquela sociedade que explora uma atividade econômica, mas não de forma organizada, ou seja, não exerce empresa).

Neste sentido, pode-se afirmar que a sociedade não empresária (simples em sentido amplo) configura o gênero, sendo a sociedade simples em sentido estrito, regulada nos artigos 997 ao 1.038 do CC, uma espécie, mas não a única.

Portanto, em vez de o legislador ter adotado uma expressão com duplo sentido, amplo e estrito, melhor seria se tivesse utilizado o termo sociedade não empresária em contraposição à sociedade empresária e ter deixado o termo simples apenas para o tipo societário, regulado nos artigos 997 ao 1.038 do CC/02.

Em sendo adotada a interpretação literal do artigo 983, 2ª. parte, do CC/2002, chegar-se-á à equivocada conclusão de que a sociedade não empresária (simples em sentido amplo) pode adotar a forma de sociedade em nome coletivo, em comandita simples, limitada, anônima e em comandita por ações, sendo que se não optar por nenhum deste tipos, terá que ser regulada pelas normas da sociedade simples em sentido estrito, previstas nos arts. 997 ao 1.038 CC/2002).

Será mesmo que uma sociedade simples, em sentido amplo ou não empresária, pode adotar a forma de sociedade anônima ou em comandita por ações? Será que neste caso deve-se adotar a interpretação literal?

Certamente que não.

Não obstante o artigo 983 CC, em sua primeira parte, fazer menção aos artigos 1.039 a 1.092 e na segunda parte dispor que a sociedade simples em sentido amplo (não empresária) tem a faculdade (“pode”) de adotar “*um desses tipos*”, possibilitando assim a adoção dos tipos previstos nos artigos 1.088 e 1.090 do CC, na realidade deve-se abandonar a interpretação literal, adotando-se a sistemática, pois o artigo 982, parágrafo único, 1ª parte, do CC/2002, é claro quando preceitua que as sociedades por ações (anônima e em comandita por ações), independentemente do objeto, são empresárias.

Nesta linha de raciocínio, pode-se concluir que a sociedade não empresária (simples em sentido amplo) não poderá adotar a forma de sociedade por ações, mas poderá adotar a forma de sociedade em nome coletivo, em comandita simples e limitada, mas caso não adote um destes tipos, pois é faculdade (“pode”), será considerada sociedade simples em sentido estrito, sendo regulada pelos artigos 997 ao 1.038 do CC/2002.

Portanto, as sociedades por ações são sempre sociedades empresárias por determinação legal (art. 2º, § 1º, da Lei nº 6.404/1976 e artigo 982, parágrafo único, do CC/2002), porém as sociedades em nome coletivo, em comandita simples e limitada, poderão ser consideradas empresárias ou não empresárias (simples em sentido amplo), dependendo da forma pela qual o objeto for explorado, ou seja, se o mesmo pode ser considerado ou não empresa (atividade economicamente organizada).

No caso da sociedade simples *em sentido estrito*, pode-se afirmar que ela configura *sempre* uma sociedade não empresária (simples em sentido amplo), porém nem toda sociedade não empresária (simples em sentido amplo) pode ser considerada sociedade simples em sentido estrito, pois de acordo com a segunda parte do artigo 983 do CC, pode a sociedade não empresária adotar a forma de sociedade em nome coletivo, em comandita simples ou limitada.

Finalizando, não se pode deixar de esclarecer que ainda que uma sociedade limitada seja empresária, nada impede que sejam utilizadas as regras da sociedade simples em sentido estrito (que é não empresária) como fonte supletiva, desde que o capítulo que regula aquela sociedade seja omissivo, face ao que dispõe o artigo 1.053 do CC/2002.

Portanto, apesar de a sociedade simples em sentido estrito ser um tipo não empresário, de toda sorte, suas regras podem ser aplicadas supletivamente aos demais tipos societários, independentemente da natureza empresária ou não destes.

Conclui-se, assim, que o legislador, quando da elaboração de atos normativos, deve procurar evitar a utilização de expressões com duplo sentido, bem como a importação de termos que não têm tradição no nosso ordenamento jurídico.☐

ÍNDICE DE AUTORES

NÚMEROS 21 A 31 (2003 a 2005)

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado

O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência), n. 24, p. 15-29, 2003 e n. especial, p. 235-245, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)

ALVES, Daniela Ferro Affonso Rodrigues
Direito à privacidade e liberdade de expressão, n. 24, p. 281-287, 2003.

ALVES, José Carlos Moreira

Parte geral do novo Código Civil, n. especial, p. 45-66, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)

ALVES, Rogério Pacheco

O poder geral de cautela no processo penal, n. 22, p. 276-306, 2003.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de

Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual, n. 29, p. 134-148, 2005.

Dimensões da interpretação conforme a Constituição, n. 21, p. 100-120, 2003.

A evolução do conceito de dano moral, n. 24, p. 141-173, 2003.

O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial, n. 23, p. 316-335, 2003.

A transmissibilidade do direito de indenização do dano moral, n. 28, p. 99-119, 2004.

ANDRIGHI, Fátima Nancy

Juizado especial de família, n. especial, p. 102-106, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)

ARAÚJO, Alessandra de Souza

A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado, n. 25, p. 205-214, 2004.

ASCENSÃO, José Oliveira

Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil, n. 26, p. 72-93, 2004.

Repressão da lavagem do dinheiro em Portugal, n. 22, p. 37-57, 2003.

ÁVILA, Márcio

A não-incidência da Cofins sobre os atos auxiliares das sociedades cooperativas, n. 27, p. 295-311, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça

A união estável no novo Código Civil, n. especial, p. 82-83, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de
Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional, n. 28, p. 301-315, 2004.

AZEVEDO JÚNIOR, José Osório

Do direito do promitente comprador, n. especial, p. 177-181, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Có-

- digão Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- BANDEIRA, Gustavo**
 Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica. Fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica, n. 28, p. 167-203, 2004.
- A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916, n. 24, p. 189-202, 2003.
- A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade, n. 22, p. 150-163, 2003.
- BARBOZA, Heloisa Helena**
 As relações de parentesco no novo Código Civil, n. especial, p. 107-115, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- BARCELLOS, Ana Paula de**
 O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, n. 23, p. 25-65, 2003.
- BARROS, Cláudia**
 Brevíssimas considerações acerca do Estatuto do Desarmamento com a regulamentação que lhe deu o decreto 5.123/04, n. 28, p. 316-319, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto**
 O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, n. 23, p. 25-65, 2003.
- BATISTA, Nilo**
 Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário, n. 28, p. 41-46, 2004.
- BINENBOJM, Gustavo**
 Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil, n. 23, p. 360-380, 2003.
- Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo, n. 31, p. 153-195, 2005.
- BITENCOURT, Antonio Carlos dos Santos Bitencourt**
 Prescrição (pela pena) ideal, n. 31, p. 86-103, 2005.
- BITENCOURT, José Ozório de Souza**
 O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consumidor, n. 25, p. 248-265, 2004.
- BORGES, Paulo César Corrêa**
 Corrupção transnacional, n. 25, p. 266-268, 2004.
- BORJA, Célio**
 O estatuto constitucional da religião e da beneficência, n. 23, p. 96-112, 2003.
- BOSSERT, Gustavo Alberto**
 A influência do Código civil francês sobre o Código Civil argentino com referência a outros códigos da América hispânica, n. 27, p. 125-136, 2004.
- BRANCO, Luizella Giardino Barbosa**
 Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multi-disciplinar de prevenção do dano, n. 30, p. 215-219, 2005.

- CAHALI, Francisco José
Os alimentos no novo Código Civil, n. especial, p. 69-81, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- CÂMARA, Alexandre Freitas
Exercício impessoal da jurisdição civil, n. 24, p. 174-185, 2003.
- CANARIS, Claus-Wilhelm
O novo direito das obrigações na Alemanha, n. 27, p. 108-124, 2004.
- CARMO, Jairo Vasconcellos do
Da retificação consensual do registro e as novas atribuições do registrador imobiliário (análise das alterações da lei 10.931/2004), n. 29, p. 155-167, 2005.
Da retificação consensual do registro e seus reflexos nos negócios imobiliários (análise das alterações da lei nº 10.931/2004), n. 31, p. 124-137, 2005.
Responsabilidade civil por ruptura de casamento e de união estável, n. 21, p. 45-53, 2003.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos
Os bens públicos no novo Código Civil, n. 21, p. 54-60, 2003.
Direitos de vizinhança e política urbana, n. especial, p. 221-234, 2004. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
Propriedade, política urbana e Constituição, n. 23, p. 168-185, 2003.
- CARVALHO, Luis Camargo Pinto de
Da extinção da responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação. Pronunciamentos *contra legem* do STJ, n. 24, p. 203-213, 2003.
- Saisine e astreinte, n. 27, p. 91-98, 2004.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de
As ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de jurisdição e direito de liberdade, n. 29, p. 76-86, 2005.
Garantias constitucionais processuais-penais (A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal), n. 23, p. 186-197, 2003.
Juizados criminais: novos atores e novos princípios para uma justiça efetiva, n. 22, p. 138-149, 2003.
A politização do Judiciário e marketing institucional, n. 25, p. 269-276, 2004.
A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada (co-autoria: Flávio Martins Alves Nunes Júnior), n. 31, p. 71-85, 005.
- CARVALHO, Luiz Paulo Vieira de
A escusabilidade e o erro-vício no Código Civil de 2002, n. 30, p. 109-113, 2005.
Sucessão dos descendentes. Sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável, n. especial, p. 196-206, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- CARVALHOSA, Modesto
Eficácia e execução específica do acordo de acionistas, n. 26, p. 125-132, 2004.
- CASARA, Rubens R. R.
Interpretação retrospectiva: Constituição e processo penal, n. 22, p. 192-222, 2003.
Misericórdia e ação penal: uma releitura constitucional, n. 29, p. 149-154, 2005.

- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira
Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas, n. 23, p. 152-167, 2003.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio
Os contratos de transporte de pessoa e de seguro no novo Código Civil, n. especial, p. 206-218, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
Responsabilidade civil no novo Código Civil, n. 24, p. 30-46, 2003.
Responsabilidade médica e o dever de informar, n. 28, p. 81-87, 2004.
- CHAGAS, Rosana Navega
Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida, n. 29, p. 168-178, 2005.
- CHALHUB, Melhim Namem
Função social da propriedade, n. 24, p. 301-313, 2003.
- CERQUEIRA NETO, Edgard Pedreira de
Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multi-disciplinar de prevenção do dano, n. 30, p. 215-219, 2005.
- CORRÊA, Oscar Dias
Os 15 anos da Constituição de 1988 (breves anotações), n. 23, p. 15-24, 2003.
- COSTA, Álvaro Mayrink da
Crime informático, n. 28, p. 27-40, 2004.
Criminalidade: qual o endereço? (contributo da sociologia criminal), n. 30, p. 31-56, 2005.
Os limites do *ius puniendi* do Estado, n. 23, p. 113-131, 2003.
Reflexões sobre a imputação objetiva, n. 22, p. 119-137, 2003.
- COSTA, Judith Martins
Adimplemento e inadimplemento, n. especial, p. 95-113, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- DE MATTIA, Fábio Maria
Direitos reais: da aquisição da propriedade imóvel. Dos direitos da vizinhança, n. especial, p. 182-195, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- FACHIN, Luiz Edson
Direito das coisas, n. especial, p. 140-144, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
A filha das estrelas em busca do artigo perdido, n. 25, p. 244-247, 2004.
Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro, n. 31, p. 51-70, 2005.
O futuro da codificação e o jurista do amanhã: idéias para um debate, n. 26, p. 115-124, 2004.
Tutela constitucional da família e a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar, n. 23, p. 132-138, 2003.
- FALCÃO, Armando
Exposição de Motivos do Ministro da Justiça Armando Falcao, n. especial, p. 35-37, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda
Reflexões sobre a coisa julgada e sua relativização, n. 28, p. 231-246, 2004.

FILARDI, Hugo

Ação civil pública e acesso à justiça, n. 31, p. 267-291, 2005.

FONSECA, José Geraldo da

Assédio sexual na empresa, n. 22, p. 262-267, 2003.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula

Redução da maioria penal: solução? n. 25, p. 215-219, 2004.

GAMA, Décio Xavier

Globalização no campo jurídico, n. 28, p. 258-270, 2004.

GARCIA, Emerson

A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica, n. 26, p. 203-245, 2004.

Dignidade da pessoa humana: referenciais metodológicos e regime jurídico, n. 28, p. 271-300, 2004.

A moralidade administrativa e sua densificação, n. 21, p. 211-234, 2003.

Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais, n. 30, p. 129-167, 2005.

GAULIA, Cristina Tereza

Os princípios da tutela ao consumidor na formação e execução dos contratos sob a lei 8.078/90, n. 22, p. 170-191, 2003.

GERACI, Denise de Mattos Martinez

Poderes instrutórios do juiz (co-autoria: Joel Tovil), n. 26, p. 278-286, 2004.

GLANZ, Semy

Internet e responsabilidade civil, n. 25, p. 53-65, 2004.

GOMEZ, J. Miguel Lobato

O Código bicentenário, n. 26, p. 19-23, 2004.

A circulação do contrato – transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar, n. especial, p. 148-161, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

Do uso anormal da propriedade no novo Código Civil, n. 21, p. 15-24, 2003.

Propriedade de fato? n. 25, p. 15-21, 2004.

GUIMARÃES, Marcio Souza

Aspectos modernos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, n. 25, p. 229-243, 2004.

GUSMÃO, Mônica

Penhora de cotas, n. 22, p. 307-312, 2003.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o abuso do direito de sócio, n. 26, p. 265-271, 2004.

HADDAD, Luiz Felipe da Silva

Celeridade da justiça: limites que se impõem, n. 27, p. 228-233, 2004.

HAMILTON, Sérgio Demoro

O novo regime legal do interrogatório, n. 30, p. 62-81, 2005.

Réquiem para o sigilo no inquérito policial, n. 25, p. 112-122, 2004.

A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente”, n. 27, p. 99-107, 2004.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg

Algumas considerações sobre a coisa julgada no direito processual penal, n. 29, p. 220-232, 2005.

A imunidade de jurisdição e de execução do estado estrangeiro no Brasil, n.

- 23, p. 336-338, 2003.
- Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência nos crimes contra os costumes, n. 21, p. 205-210, 2003.
- JOBIM, Nelson
A justiça e os bancos, n. 30, p. 17-24, 2005.
- JOPPERT, Alexandre Couto
Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso), n. 26, p. 287-291, 2004.
- JUNQUEIRA, Ivan
A criação literária, n. 31, p. 17-29, 2005.
- KLAUSNER, Eduardo Antônio
Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no MERCOSUL; sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria, n. 30, p. 268-307, 2005.
- LAURIA, Flávio
Da filiação no novo Código Civil, n. especial, p. 84-101, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- LEAL, Luciana de Oliveira
A coisa julgada nas ações coletivas, n. 27, p. 168-184, 2004.
A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro, n. 21, p. 155-165, 2003.
A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais, n. 24, p. 260-272, 2003.
O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro, n. 31, p. 104-123, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta
Administração pública e constituição no Brasil: uma revisão necessária, n. 24, p. 325-344, 2003.
A licença urbanística de construir e seu estatuto normativo: o estudo de um caso concreto, n. 27, p. 201-227, 2004.
- LEOCÁDIO, Carlos Afonso Leite
Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multi-disciplinar de prevenção do dano, n. 30, p. 215-219, 2005.
- LIMA, Maria Cristina de Brito
Contratos de adesão: limite de justiça do direito, n. 25, p. 277-312, 2004.
Direitos sociais: sua circunstância e sua justiciabilidade, n. 28, p. 138-166, 2004.
Violações indiretas da marca (à luz do direito português e do brasileiro), n. 26, p. 133-164, 2004.
- LIMA, Maurício Chaves de Souza
A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único do CPC com o direito à razoável duração do processo, n. 29, p. 197-204, 2005.
- LIRA, Ricardo César Pereira
Alguns aspectos do direito das obrigações no novo Código Civil, n. especial, p. 114-122, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)
O novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície, n. especial, p. 145-157, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- LOBO, Jorge
Do exercício do direito de voto das ações preferenciais com dividendo diferenciado, n. 22, p. 164-169, 2003.

- LUZ, Christine de
Como o Código Civil francês se adaptou ao longo do tempo, n. 26, p. 24-35, 2004.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade
O Estatuto da Criança e do Adolescente no novo Código Civil, n. especial, p. 132-139, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr.2003)
- MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo
Aspectos relevantes da reforma do judiciário (EC nº 45/04) (co-autoria: José Maria Pinheiro Madeira), n. 31, p. 208-266, 2005.
- MADEIRA, José Maria Pinheiro
Aspectos relevantes da reforma do judiciário (EC nº 45/04) (co-autoria: Jansen Amadeu do Carmo Madeira), n. 31, p. 208-266, 2005.
- MARQUES, Cláudia Lima
Das cláusulas abusivas e o Código Civil, n. especial, p. 249-276, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- MARQUES, Luiz Guilherme
Juizado Especial Cível (problema de conscientização), n. 31, p. 292-299, 2005.
- MARQUES, Wilson
A reforma processual de 2002: ligeiras anotações. Lei 10.352, de 26.12.01: o agravo de instrumento, n. 22, p. 94-104, 2003.
A reforma processual de 2002: ligeiras anotações. Lei 10.352, de 26.12.01: os embargos infringentes, n. 25, p. 43-52, 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva
Reforma tributária. Necessidade de um novo sistema, n. 28, p. 62-80, 2004.
- MARTINS, Pedro A. Batista
Responsabilidade de acionista controlador – considerações doutrinária e jurisprudencial, n. 29, p. 107-133, 2005.
- MARTINS, Ronaldo Álvaro Lopes
A imutabilidade do regime de bens do casamento, n. 24, p. 273-280, 2003.
- MATTA, José Eduardo Nobre
Cumulação de pedidos e formulação de pedido seqüencial no processo de *habeas data*, n. 30, p. 114-121, 2005.
Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário, n. 22, p. 250-261, 2003.
- MELLO FILHO, Rogério Machado
Pluralismo jurídico no Brasil, n. 29, p. 233-240, 2005.
- MELLO JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade
Processo judicial e efetividade da função: algumas reflexões, n. 30, p. 168-199, 2005.
- MELO, Carolina de Campos
Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988, n. 23, p. 252-271, 2003.
- MELO, Marco Aurélio Bezerra de
Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no novo Código Civil, n. 24, p. 288-300, 2003.

- MENAGED, Marcelo
Aplicação da boa-fé objetiva nos contratos, n. 22, p. 239-249, 2003.
- MENDONÇA, Paulo Roberto Soares
A Constituição de 1988, a globalização e o futuro, n. 25, p. 22-42, 2004.
- MENEZES, Maurício Moreira Mendonça de
Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras, n. 25, p. 137-158, 2004.
- MIGLIARI JÚNIOR, Arthur
Os crimes falenciais no direito intertemporal, n. 31, p. 300-335, 2005.
- MIRANDA, Jorge
Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais, n. 21, p. 61-84, 2003.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo
O direito de vizinhança no novo Código Civil, n. especial, p. 158-167, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- MONTEIRO, Antonio Pinto
Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor, n. 26, p. 165-178, 2004.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa
A duração dos processos: alguns dados comparativos, n. 26, p. 52-62, 2004.
Ética e justiça, n. 29, p. 17-27, 2005.
O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo, n. 24, p. 54-68, 2003.
Reformas processuais e poderes do juiz, n. 22, p. 58-72, 2003.
- NEVES, José Roberto de Castro
Justiça, segurança, bem comum e propriedade. Uma breve introdução ao direito de propriedade e à sua função social, n. 26, p. 179-202, 2004.
- NOGUEIRA, Cláudia de Almeida
O direito sucessório do não concebido ao tempo do óbito e algumas inovações na sucessão testamentária, n. especial, p. 207-220, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves
A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada (co-autoria: Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho), n. 31, p. 71-85, 2005.
- OBBERG, Eduardo
Os Juizados Especiais Cíveis: enfrentamentos e a sua real efetividade com a construção da cidadania, n. 25, p. 168-199, 2004.
- OLIVEIRA, André Felipe Vêras de
A função pedagógica do juiz como fator de colaboração para o acesso à justiça, n. 27, p. 254-259, 2004.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de
Direito falimentar brasileiro, n. 29, p. 241-268, 2005.
Juros bancários e a política monetária do Banco Central, n. 31, p. 200-207, 2005.
- OLIVEIRA, Glaucenir Silva de
Os limites investigatórios do Ministério Público, n. 27, p. 286-294, 2004.
- OLIVEIRA, José Jayme de Macêdo

- Confissão de dívida tributária, n. 25, p. 200-204, 2004.
- OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes
Teoria geral das obrigações no novo Código Civil, n. especial, p. 194-205, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- PARENTE, Norma Jonssen
Lista de acionistas com endereços: interpretação do artigo 100, parág. 1º combinado com o artigo 126, parágr. 3º da lei de sociedades por ações, n. 27, p. 234-253, 2004.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza
Princípios básicos do direito contratual no novo Código Civil, n. especial, p. 219-235, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- PEÑA DE MORAES, Guilherme
Ações afirmativas no direito constitucional comparado, n. 23, p. 298-315, 2003.
- PEÑA DE MORAES, Humberto
Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988: estado de defesa e estado de sítio, n. 23, p. 198-216, 2003.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres
Controle do Judiciário: desconstrução e reconstrução, n. 26, p. 63-71, 2004.
Notas acerca das repercussões do novo Código Civil sobre os contratos administrativos, n. 27, p. 19-41, 2004.
- PEREIRA, Áurea Pimentel
Os alimentos no novo Código Civil, n. 21, p. 28-44, 2003.
- PEREIRA, Hugo Filardi
Democracia e processo: breves reflexões sobre a influência do estado democrático de direito na prestação da tutela jurisdicional, n. 27, p. 260-270, 2004.
- PEREIRA, Tânia da Silva
O Estatuto da Criança e do Adolescente e os desafios do novo Código Civil, n. especial, p. 116-131, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988, n. 23, p. 252-271, 2003.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de
Direito individual homogêneo. Uma leitura e releitura do tema, n. 25, p. 123-136, 2004.
Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores, n. 26, p. 246-264, 2004.
- PINTO, Alexandre Guimarães Gavião
Os quinze anos do Código de Defesa do Consumidor: uma vitória que merece ser comemorada, n. 30, p. 122-128, 2005.
- PINTO, Lília Maria Leite Tambini
O cartão de crédito e suas complexas relações jurídicas, n. 26, p. 292-303, 2004.
- PIRES, Melissa Areal
Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro (co-autoria: Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum), n. 28, p. 204-230, 2004.
- RAMIDOFF, Mário Luiz

- Configuração processual no novo regime falimentar, n. 31, p. 196-199, 2005.
- RAMOS, Francisco Augusto
A não-incidência da Cofins sobre os atos auxiliares das sociedades cooperativas, n. 27, p. 295-311, 2004.
- REALE, Miguel
Exposição de motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil datada de 16 de janeiro de 1975, n. especial, p. 9-34, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev. - jun.2002)
Visão geral do novo Código Civil, n. especial, p. 38-44, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)
- REIS, Clayton
Os direitos da personalidade, n. especial, p. 67-84, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)
Responsabilidade civil pelo fato ou guarda de animais ferozes, n. 29, p. 87-106, 2005.
- RIBEIRO, Eduardo Andrade
O negócio jurídico, n. especial, p. 85-94, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes
Os princípios constitucionais e o novo Código Civil, n. 22, p. 73-93, 2003.
- RODRIGUES, Asclepiades Eudócio
A propriedade, as invasões de terras e o Poder Judiciário, n. 25, p. 66-76, 2004.
A violência urbana e a responsabilidade civil do Estado, n. 30, p. 82-88, 2005.
- RODRIGUES, Eduardo Azeredo
Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica, n. 25, p. 159-167, 2004 e n. 28, p. 247-257, 2004.
Da imunidade e da isenção do ICMS em operações e prestações destinadas a atender aos órgãos da administração pública, n. 29, p. 269-286, 2005.
- RODRIGUES, Lísia Carla Vieira
O Código Civil de 2002 e o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, n. 30, p. 220-267, 2005.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda
Algumas reflexões sobre os novos rumos do direito, n. 25, p. 100-111, 2004.
Incômodas verdades sobre alguns problemas do Judiciário, n. 24, p. 47-53, 2003.
A intimidação como violência, n. 21, p. 175-179, 2003.
- ROSMAN, Luiz Alberto Colonna
A sociedade limitada no Código Civil, n. especial, p. 55-68, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul.2002-abr. 2003)
- SALOMÃO, Luis Felipe
Algumas observações quanto aos reflexos cíveis da lei dos juizados especiais federais (lei nº 10.259/2001) sobre a lei 9.099/95, n. 26, p. 272-277, 2004.
Classificação indicativa (natureza jurídica), n. 27, p. 277-285, 2004.
Tendências atuais do Judiciário, n. 21, p. 166-174, 2003.
Transparência administrativa e participação da magistratura nos orçamentos do Poder Judiciário, n. 28, p. 120-137, 2004.

- SAMPAIO, Marcelo Telles Maciel
Confrontando o artigo 2.035 do Código Civil com a Constituição federal, n. 27, p. 271-276, 2004.
- SANTOS, Bonni dos
Sistemas processuais e interpretação da lei penal na persecução criminal: uma contribuição ao debate, n. 21, p. 191-204, 2003.
- SANTOS, Joaquim Antonio de Vizeu Penalva
Títulos de crédito e o Código Civil, n. 24, p. 69-103, 2003 e n. especial, p. 32-54, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- SANTOS, Myrian Sepúlveda dos
Redução da maioria penal: solução? n. 25, p. 215-219, 2004.
- SARAIVA, Marcia Maria Tamburini Porto
Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório, n. 21, p. 235-251, 2003.
- SARDAS, Letícia de Faria
O contrato no novo Código Civil brasileiro. Aspectos relevantes da intervenção do Judiciário, n. 27, p. 63-90, 2004.
- Função do Poder Judiciário no mundo moderno, n. 21, p. 180-190, 2003.
- Novos rumos do direito penal: os tipos penais e a Internet, n. 25, p. 77-95, 2004.
- SARMENTO, Daniel
A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado, n. 23, p. 272-297, 2003.
- SCHONBLUM, Paulo Maximilian Wilhelm
Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro (co-autoria: Melissa Areal Pires), n. 28, p. 204-230, 2004.
- SCHREIBER, Anderson
Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, n. 23, p. 139-151, 2003.
- SCHUARTZ, Luis Fernando
Abuso do direito de defesa e reforma processual, n. 29, p. 205-219, 2005.
- SILVA, Cyro Marcos da
O direito processual e os lírios do campo, n. 31, p. 138-152, 2005.
- SILVA, João Carlos Pestana de Aguiar
Previdência complementar privada e fechada (fundos de pensão), n. 21, p. 121-133, 2003.
- SILVA, Roberto de Abreu e
Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil, n. 23, p. 217-251, 2003.
- SILVEIRA, João José Custódio da
Agravamento de instrumento: considerações históricas comparativas e reformadoras, n. 30, p. 200-214, 2005.
- SIQUEIRA, Libórni
O renascer da neurocriminologia, n. 25, p. 96-99, 2004.
- SLAIBI FILHO, Nagib
Ação popular, n. 22, p. 105-118, 2003.
- Administração judiciária e organização judiciária, n. 29, p. 51-75, 2005.
- Arguição de descumprimento de preceito fundamental, n. 21, p. 85-99, 2003.
- Da associação no novo Código Civil, n. 27, p. 42-62, 2004.
- Manifestações orais extemporâneas são

- processualmente ilícitas, n. 30, p. 57-61, 2005.
- Orçamento, n. 28, p. 47-61, 2004.
- O Órgão Especial na reforma da Justiça, n. 31, p. 35-50, 2005.
- Texto, norma e valor – a evolução na Constituição federal – 1988, n. 23, p. 339-359, 2003.
- SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutierrez
Direito fundamental à saúde (tutela de urgência), n. 24, p. 214-235, 2003.
- Fato gerador do imposto de transmissão de bens imóveis no sistema brasileiro, n. 22, p. 223-238, 2003.
- SOARES, Danielle Machado
"Condomínio de águas". Situações de fato ou de direito privado? n. 21, p. 134-154, 2003.
- SOUSA, Denise Nicoll Simões de
Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória, n. 29, p. 179-196, 2005.
- O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português, n. 27, p. 141-167, 2004.
- SOUZA, Alexander Araújo de
A inadmissibilidade no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta?, n. 27, p. 185-200, 2004.
- SOUZA, Cláudio Calo
Algumas impropriedades do denominado "novo" Código Civil, n. 22, p. 268-275, 2003.
- Estatuto do Idoso, o poder investigatório do "parquet" e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo (brevíssimas considerações), n. 29, p. 287-291, 2005.
- A incidência da lei 10.259/2001 no juizado especial criminal estadual, n. 25, p. 220-228, 2004.
- As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil, n. 27, p. 137-140, 2004.
- SOUZA, Rogério de Oliveira
Da hipossuficiência, n. 28, p. 88-98, 2004.
- Do julgamento antecipado de manifesta improcedência do pedido, n. 24, p. 236-259, 2003.
- SOUZA, Sylvio Capanema de
Aspectos gerais dos contratos no novo Código Civil, n. especial, p. 162-178, 2003. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte I, fev.-jun. 2002)
- O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro, n. 26, p. 36-51, 2004.
- O impacto do novo Código Civil no mundo dos contratos, n. 24, p. 186-188, 2003.
- A prescrição no contrato de seguro e o novo Código Civil, n. 21, p. 25-27, 2003.
- STRECK, Lenio Luiz
Os Juizados Especiais Criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto, n. 24, p. 104-140, 2003.
- A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição, n. 23, p. 66-95, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo José Mendes
Os direitos reais no novo Código Civil, n. especial, p. 168-176, 2004. (Anais do Seminário "EMERJ debate o novo Código Civil", parte II, jul. 2002-abr.

- 2003)
Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, n. 23, p. 139-151, 2003.
- Os novos contratos no novo Código Civil, n. especial, p. 179-193, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- THEODORO JÚNIOR, Humberto
Os contratos e os vícios de consentimento, n. especial, p. 129-147, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- TOVIL, Joel
Poderes instrutórios do juiz (co-autoria: Denise de Mattos Martinez Geraci), n. 26, p. 278-286, 2004.
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva
O Código do Consumidor, lei 8.078/90 e os negócios bancários, n. 22, p. 15-36, 2003.
- VENTURA, Paulo Roberto Leite
Aplicação da regra do artigo 366 do Código de Processo Penal nos processos da competência do Tribunal do Júri (uma questão controvertida), n. 31, p. 30-34, 2005.
A criança, o adolescente e a família, n. 30, p. 25-30, 2005.
- VIANNA, Túlio Lima
A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor, n. 30, p. 89-108, 2005.
- VIDAL, Claudia Marcia Gonçalves
Reflexões no processo penal, n. 24, p. 314-324, 2003.
- VILLELA, João Baptista
Sobre a transação no novo Código Civil, n. especial, p. 123-128, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- WALD, Arnaldo
A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro, n. 26, p. 94-114, 2004.
A evolução do contrato e o novo Código Civil, n. especial, p. 236-248, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- WIDER, Roberto
O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores, n. 29, p. 28-50, 2005.

ÍNDICE DE ASSUNTOS

Números 21 a 31 (2003 a 2005)

ABUSO DO DIREITO

Abuso do direito de defesa e reforma processual – Luis Fernando Schuartz, n. 29, p. 205-219, 2005.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o abuso do direito de sócio – Mônica Gusmão, n. 26, p. 265-271, 2004.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Ação civil pública e acesso à justiça – Hugo Filardi, n. 331, p. 267-291, 2005.

AÇÃO COLETIVA

A coisa julgada nas ações coletivas – Luciana de Oliveira Leal, n. 27, p. 168-184, 2004.

AÇÃO INIBITÓRIA

Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória – Denise Nicoll Simões de Souza, n. 29, p. 179-196, 2005.

AÇÃO PENAL PRIVADA

Miserabilidade e ação penal: uma releitura constitucional – Rubens R. R. Casara, n. 29, p. 149-1543, 2005.

A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada – Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, n. 31, p. 71-85, 2005.

AÇÃO POPULAR

Ação popular – Nagib Slaibi Filho, n. 22, p. 105-118, 2003.

ACESSO À JUSTIÇA

Ação civil pública e acesso à justiça – Hugo Filardi, n. 331, p. 267-291, 2005.

Democracia e processo. Breves reflexões sobre a influência do estado democrático de direito na prestação da tutela

jurisdicional – Hugo Filardi Pereira, n. 27, p. 260-270, 2004.

A função pedagógica do juiz como fator de colaboração para o acesso à justiça – André Felipe Vêras de Oliveira, n. 27, p. 254-259, 2004.

Processo judicial e efetividade da função, algumas reflexões – Adolpho C. de Andrade Mello Júnior, n. 30, p. 168-199, 2005.

ACIONISTA

Eficácia e execução específica do acordo de acionistas – Modesto Carvalhosa, n. 26, p. 125-132, 2004.

Lista de acionistas com endereços: interpretação do artigo 100, parág. 1º combinado com o artigo 126, parág. 3º da lei de sociedades por ações – Norma Jonssen Parente, n. 27, p. 234-253, 2004.

ACIONISTA CONTROLADOR

Responsabilidade de acionista controlador – considerações doutrinária e jurisprudencial – Pedro A. Batista Martins, n. 29, p. 107-133, 2005.

AÇÕES AFIRMATIVAS

Ações afirmativas no direito constitucional comparado – Guilherme Peña de Moraes, n. 23, p. 298-315, 2003.

AÇÕES PREFERENCIAIS

Do exercício do direito de voto das ações preferenciais com dividendo diferenciado – Jorge Lobo, n. 22, p. 164-169, 2003.

ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Administração judiciária e organização judiciária – Nagib Slaibi Filho, n. 29, p. 51-75, 2005.

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração pública e constituição no Brasil: uma revisão necessária – Rogério Gesta Leal, n. 24, p. 325-344, 2003.
Transparência administrativa e participação da magistratura nos orçamentos do Poder Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 28, p. 120-137, 2004.

ADMINISTRADOR

Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras – Maurício Moreira Mendonça de Menezes, n. 25, p. 137-158, 2004.

ADOLESCENTE

A criança, o adolescente e a família – Paulo Roberto Leite Ventura, n. 30, p. 25-30, 2005.

ADVOGADO

Abuso do direito de defesa e reforma processual – Luis Fernando Schuartz, n. 29, p. 205-219, 2005.

Manifestações orais extemporâneas são processualmente ilícitas – Nagib Slaibi Filho, n. 30, p. 57-61, 2005.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agravo de instrumento: considerações históricas, comparativas e reformadoras – João José Custódio da Silveira, n. 30, p. 200-214, 2005.

A reforma processual de 2002. ligeiras anotações. Lei 10.352, de 26.12.01: o agravo de Instrumento – Wilson Marques, n. 22, p. 94-104, 2003.

AGRAVO RETIDO

A reforma processual de 2002. Ligeiras anotações. Lei 10.352, de 26.12.01: o agravo de Instrumento – Wilson Marques, n. 22, p. 94-104, 2003.

ÁGUA

“Condomínio de águas”. Situações de fato ou de direito privado? – Danielle Machado Soares, n. 21, p. 134-154, 2003.

ALIMENTOS (DIREITO DE FAMÍLIA)

Os alimentos no novo Código Civil –

Áurea Pimentel Pereira, n. 21, p. 28-44, 2003.

Os alimentos no novo Código Civil – Francisco José Cahali, n. especial, p. 69-81, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr.2003)

ANIMAL FERROZ

Responsabilidade civil pelo fato ou guarda de animais ferozes – Clayton Reis, n. 29, p. 87-106, 2005.

ANULAÇÃO

A escusabilidade e o erro-vício no Código Civil de 2002 – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. 30, p. 109-113, 2005.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Argüição de descumprimento de preceito fundamental – Nagib Slaibi Filho, n. 21, p. 85-99, 2003.

ASSÉDIO SEXUAL

Assédio sexual na empresa – José Geraldo da Fonseca, n. 22, p. 262-267, 2003.

ASSOCIAÇÃO

Da associação no novo Código Civil – Nagib Slaibi Filho, n. 27, p. 42-62, 2004.

ASTREINTE

Saisine e astreinte – Luis Camargo Pinto de Carvalho, n. 27, p. 91-98, 2004.

AUTONOMIA DA VONTADE

O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores – Roberto Wider, n. 29, p. 28-50, 2005.

BANCO CENTRAL

Juros bancários e a política monetária do Banco Central – Celso Marcelo de Oliveira, n. 31, p. 200-207, 2005.

BANCOS

O Código do Consumidor, lei 8.078/90 e os negócios bancários – Carlos Mário da Silva Velloso, n. 22, p. 15-36, 2003.

A justiça e os bancos – Nelson Jobim, n. 30, p. 17-24, 2005.

BARBOSA, RUI

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

BENEFICÊNCIA

O estatuto constitucional da religião e da beneficência – Célio Borja, n. 23, p. 96-112, 2003.

BENS PÚBLICOS

Os bens públicos no novo Código Civil – José dos Santos Carvalho Filho, n. 21, p. 54-60, 2003.

BOA-FÉ

Aplicação da boa-fé objetiva nos contratos – Marcelo Menaged, n. 22, p. 239-249, 2003.

Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil – Gustavo Tepedino, n. 23, p. 139-151, 2003.

O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência) – Ruy Rosado de Aguiar Júnior, n. 24, p. 15-29, 2003.

CARTÃO DE CRÉDITO

O cartão de crédito e suas complexas relações jurídicas – Lilia Maria Leite Tambini Pinto, n. 26, p. 292-303, 2004.

CASAMENTO

A imutabilidade do regime de bens do casamento – Ronaldo Alvaro Lopes Martins, n. 24, p. 273-280, 2003.

Responsabilidade civil por ruptura de casamento e de união estável – Jairo Vasconcellos do Carmo, n. 21, p. 45-53, 2003.

As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil – Cláudio Calo Sousa, n. 27, p. 137-140, 2004.

CESSÃO CONTRATUAL

A circulação do contrato – transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. especial,

p. 148-161, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

CIDADANIA

Classificação indicativa – natureza jurídica – Luis Felipe Salomão, n. 27, p. 277-285, 2004.

CIGARRO

Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro – Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum e Melissa Areal Pires, n. 28, p. 204-230, 2004.

CITAÇÃO POR EDITAL

A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente” – Sergio Demoro Hamilton, n. 27, p. 99-107, 2004.

CLÁUSULA ABUSIVA

Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil – José de Oliveira Ascensão, n. 26, p. 72-93, 2004.

Das cláusulas abusivas e o Código Civil – Cláudia Lima Marques, n. especial, p. 249-276, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

CLÁUSULA CONTRATUAL

Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil – José de Oliveira Ascensão, n. 26, p. 72-93, 2004.

Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 29, p. 179-196, 2005.

CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE

A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916 – Gustavo Bandeira, n. 24, p. 189-202, 2003.

CLÁUSULA PENAL

Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do

- credor – Antonio Pinto Monteiro, n. 26, p. 165-178, 2004.
- CÓDIGO CIVIL, ALEMANHA**
O novo direito das obrigações na Alemanha – Claus-Wilhelm Canaris, n. 27, p. 108-124, 2004.
- CÓDIGO CIVIL, ARGENTINA**
A influência do Código Civil francês sobre o Código Civil argentino com referência a outros códigos da América Hispânica – Gustavo Alberto Bossert, n. 27, p. 125-136, 2004.
- CÓDIGO CIVIL, BRASIL (1916)**
A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916 – Gustavo Bandeira, n. 24, p. 189-202, 2003.
- CÓDIGO CIVIL, BRASIL (2002)**
Adimplemento e inadimplemento – Judith Martins Costa, n. especial, p. 95-113, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Algumas impropriedades do denominado “novo” Código Civil – Cláudio Calo Souza, n. 22, p. 268-275, 2003.
- Alguns aspectos do direito das obrigações no novo Código Civil – Ricardo César Pereira Lira, n. especial, p. 114-122, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os alimentos no novo Código Civil – Áurea Pimentel Pereira, n. 21, p. 28-44, 2003.
- Os alimentos no novo Código Civil – Francisco José Cahali, n. especial, p. 69-81. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no novo Código Civil – Marco Aurélio Bezerra de Melo, n. 24, p. 288-300, 2003.
- Aspectos gerais dos contratos no novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. especial, p. 162-178, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os bens públicos no novo Código Civil – José dos Santos Carvalho Filho, n. 21, p. 54-60, 2003.
- A circulação do contrato – transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. especial, p. 148-161, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil – José de Oliveira Ascensão, n. 26, p. 72-93, 2004.
- O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor – Lísia Carla Vieira Rodrigues, n. 30, p. 220-267, 2005.
- O contrato no novo Código Civil brasileiro. Aspectos relevantes da intervenção do Judiciário – Letícia de Faria Sardas, n. 27, p. 63-90, 2004.
- Os contratos e os vícios de consentimento – Humberto Theodoro Junior, n. especial, p. 129-147, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os contratos de transporte de pessoa e de seguro no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. especial, p. 206-218, 2003. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte I, fev.-jun. 2002)
- Da associação no novo Código Civil – Nagib Slaibi Filho, n. 27, p. 42-62, 2004
- Da filiação no novo Código Civil – Flávio Lauria, n. especial, p. 84-101, 2004.

- (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr.2003)
- Das cláusulas abusivas e o Código Civil – Cláudia Lima Marques, n. especial, p. 249-276, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Direito das coisas – Luiz Edson Fachin, n. especial, p. 140-144, 2004. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- O direito de vizinhança no novo Código Civil – Carlos Edson do Rego Monteiro Filho, n. especial, p. 158-167, 2004. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- Os direitos da personalidade – Clayton Reis, n. especial, p. 67-84, 2003. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os direitos reais no novo Código Civil – Gustavo José Mendes Tepedino, n. especial, p. 168-176, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- Do uso anormal da propriedade no novo Código Civil – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 21, p. 15-24, 2003.
- Os direitos da personalidade – Clayton Reis, n. especial, p. 67-84, 2003. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte I, fev.-jun. 2002)
- O Estatuto da Criança e do Adolescente e os desafios do novo Código Civil – Tânia da Silva Pereira, n. especial, p. 116-131, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. –abr. 2003)
- O Estatuto da Criança e do Adolescente no novo Código Civil – Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, n. especial, p. 132-139, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro – Arnoldo Wald, n. 26, p. 94-114, 2004.
- A evolução do contrato e o novo Código Civil – Arnoldo Wald, n. especial, p. 236-248, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Exposição de motivos – Armando Falcão, n. especial, p. 35-37, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Exposição de motivos do supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil – Miguel Reale, n. especial, p. 9-34, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- A filha das estrelas em busca do artigo perdido – Luiz Edson Fachin, n. 25, p. 244-247, 2004.
- Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro – Luiz Edson Fachin, n. 31, p. 51-70, 2005.
- O futuro da codificação e o jurista do amanhã; idéias para um debate – Luiz Edson Fachin, n. 26, p. 115-124, 2004.
- O impacto do novo Código Civil no mundo dos contratos – Sylvio Capanema de Souza, n. 24, p. 186-188, 2003.
- A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916 – Gustavo Bandeira, n. 24, p. 189-202, 2003.
- Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975 – Ernesto Geisel, com exposição de motivos do Ministro da Justiça Ar-

- mando Falcão, n. especial, p. 35-37, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- O negócio jurídico – Eduardo Andrade Ribeiro, n. especial, p. 85-94, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Notas acerca das repercussões no novo Código Civil sobre os contratos administrativos – Jessé Torres Pereira Junior, n. 27, p. 19-41, 2004.
- O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência) Ruy Rosado de Aguiar Júnior, n. 24, p. 15-29, 2003 e n. especial, p. 235-245, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície – Ricardo César Pereira Lira, n. especial, p. 145-157, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- Os novos contratos no novo Código Civil – Gustavo José Mendes Tepedino, n. especial, p. 179-193, 2003. (Anais do Seminário (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Parte geral do novo Código Civil – José Carlos Moreira Alves, n. especial, p. 45-66, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- A prescrição no contrato de seguro e o novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 21, p. 25-27, 2003.
- Princípios básicos do direito contratual no novo Código Civil – Adalberto de Souza Pasqualotto, n. especial, p. 219-235, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os princípios constitucionais e o novo Código Civil – Cármen Lúcia Antunes Rocha, n. 22, p. 73-93, 2003.
- As relações de parentesco no novo Código Civil – Heloísa Helena Barboza, n. especial, p. 107-115, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr.2003)
- Responsabilidade civil no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 24, p. 30-46, 2003.
- Sobre a transação no novo Código Civil – João Baptista Villela, n. especial, p. 123-128, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- A sociedade limitada no Código Civil – Luiz Alberto Colonna Rosman, n. especial, p. 55-68, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr.2003)
- As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil – Cláudio Calo Sousa, n. 27, p. 137-140, 2004.
- Teoria geral das obrigações no novo Código Civil – José Maria Leoni Lopes Oliveira, n. especial, p. 194-205, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Títulos de crédito e o Código Civil – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 24, p. 69-103, 2003.
- A união estável no novo Código Civil – Álvaro Villaça Azevedo, n. especial, p. 82-83, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr.2003)
- Visão geral do novo Código Civil – Miguel Reale, n. especial, p. 38-44, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

CÓDIGO CIVIL, BRASIL (2002), ART. 2.035

Confrontando o art. 2.035 do Código Civil com a Constituição Federal – Marcelo Telles Maciel Sampaio, n. 27, p. 271-276, 2004.

CÓDIGO CIVIL, BRASIL (2002), PROJETO

Mensagem n. 160, de 10 de junho de 1975 do Presidente Ernesto Geisel, com exposição de motivos do Ministro da Justiça Armando Falcao, n. especial, p. 35-37, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

CÓDIGO CIVIL, FRANÇA

O Código bicentenário – Miguel Lobato Gómez, n. 26, p. 19-23, 2004.

O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro – Sylvio Capanema de Souza, n. 26, p. 36-51, 2004.

Como o Código Civil francês se adaptou ao longo do tempo – Christine da Luz, n. 26, p. 24-35, 2004.

A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro – Arnoldo Wald, n. 26, p. 94-114, 2004.

A influência do Código Civil francês sobre o Código Civil argentino com referência a outros códigos da América Hispânica – Gustavo Alberto Bossert, n. 27, p. 125-136, 2004.

CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR

O Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor – Lísia Carla Vieira Rodrigues, n. 30, p. 220-267, 2005.

O Código do Consumidor; lei 8.078/90 e os negócios bancários – Carlos Mário da Silva Velloso, n. 22, p. 15-36, 2003.

O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do portu-
guês – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 27, p. 141-167, 2004.

guês – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 27, p. 141-167, 2004.

Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil – Gustavo Tepedino, n. 23, p. 139-151, 2003.

O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência) – Ruy Rosado de Aguiar Júnior, n. 24, p. 15-29, 2003 e n. especial, p. 235-245, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Os quinze anos do Código de Defesa do Consumidor, uma vitória que merece ser comemorada – Alexandre Guimarães Gavião Pinto, n. 30, p. 122-128, 2005.

CÓDIGO DE NAPOLEÃO

O código bicentenário – Miguel Lobato Gómez, n. 26, p. 19-23, 2004.

O Código Napoleão e sua influência no direito brasileiro – Sylvio Capanema de Souza, n. 26, p. 36-51, 2004.

Como o Código civil francês se adaptou ao longo do tempo – Christine da Luz, n. 26, p. 24-35, 2004.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 336

Aplicação da regra do artigo 366 do Código de Processo Penal nos processos da competência do Tribunal do Júri (uma questão controvertida) – Paulo Roberto Leite Ventura, n. 31, p. 30-34, 2005.

CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Violações indiretas da marca (à luz do direito português e do brasileiro) – Maria Cristina de Brito Lima, n. 26, p. 133-164, 2004.

COFINS

Não incidência da COFINS sobre os atos auxiliares das sociedades cooperativas – Francisco Augusto Ramos, n. 27, p. 295-311, 2004.

COISA JULGADA

Algumas considerações sobre a coisa julgada no direito processual penal – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 29, p. 220-232, 2005.

A coisa julgada nas ações coletivas – Luciana de Oliveira Leal, n. 27, p. 168-184, 2004.

Reflexões sobre a coisa julgada e sua relativização – Sergio Ricardo de Arruda Fernandes, n. 28, p. 231-246, 2004.

COMUNICAÇÃO DE MASSA

Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binenbojm, n. 23, p. 360-380, 2003.

CONDOMÍNIO DE ÁGUA

“Condomínio de águas”. Situações de fato ou de direito privado? – Danielle Machado Soares, n. 21, p. 134-154, 2003.

CONFLITO DE VIZINHANÇA

Do uso anormal da propriedade no novo Código Civil – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 21, p. 15-24, 2003.

CÔNJUGE

As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil – Cláudio Calo Sousa, n. 27, p. 137-140, 2004.

Sucessão dos descendentes. Sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. especial, p. 196-206, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

CONSTITUIÇÃO, BRASIL

O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 23, p. 25-65, 2003.

CONSTITUIÇÃO, BRASIL (1988)

Ações afirmativas no direito constitucional comparado – Guilherme Peña de

Moraes, n. 23, p. 298-315, 2003.

Administração pública e constituição no Brasil: uma revisão necessária – Rogério Gesta Leal, n. 24, p. 325-344, 2003.

O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 23, p. 25-65, 2003.

Confrontando o art. 2.035 do Código Civil com a Constituição federal – Marcelo Telles Maciel Sampaio, n. 27, p. 271-276, 2004.

A Constituição de 1988, a globalização e o futuro – Paulo Roberto Soares Mendonça, n. 25, p. 22-42, 2004.

Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil – Gustavo Tepedino, n. 23, p. 139-151, 2003.

O estatuto constitucional da religião e da beneficência – Célio Borja, n. 23, p. 96-112, 2003.

Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas – Carlos Roberto Siqueira Castro, n. 23, p. 152-167, 2003.

Garantias constitucionais processuais penais – A efetividade e a ponderação das garantias no processo penal – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 23, p. 186-197, 2003.

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

A imunidade de jurisdição e de execução do Estado estrangeiro no Brasil – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 23, p. 336-338, 2003.

Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988 – Tania da Silva Pereira, n. 23, p. 252-271, 2003.

- A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição – Lenio Luiz Streck, n. 23, p. 66-95, 2003.
- Os limites do *ius puniendi* do Estado. Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.
- Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988: Estado de defesa e estado de sítio – Humberto Peña de Moraes, n. 23, p. 198-216, 2003.
- Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binbenbujm, n. 23, p. 360-380, 2003.
- A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado – Daniel Sarmiento, n. 23, p. 272-297, 2003.
- O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 23, p. 316-335, 2003.
- Propriedade, política urbana e Constituição – José dos Santos Carvalho Filho, n. 23, p. 168-185, 2003.
- Os 15 anos da Constituição de 1988 – Oscar Dias Corrêa, n. 23, p. 15-24, 2003.
- Texto, norma e valor – A evolução na Constituição federal de 1988 – Nagib Slaibi Filho, n. 23, p. 339-359, 2003.
- Tutela constitucional da família e a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar – Luiz Edson Fachin, n. 23, p. 132-138, 2003.
- CONTRATO**
- Aplicação da boa-fé objetiva nos contratos – Marcelo Menaged, n. 22, p. 239-249, 2003.
- Aspectos gerais dos contratos no novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. especial, p. 162-178, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- A circulação do contrato – transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. especial, p. 148-161, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- O Código do Consumidor, lei 8.078/90 e os negócios bancários – Carlos Mário da Silva Velloso, n. 22, p. 15-36, 2003.
- O contrato no novo Código Civil brasileiro. Aspectos relevantes da intervenção do Judiciário – Letícia de Faria Sardas, n. 27, p. 63-90, 2004.
- Os contratos de transporte de pessoa e de seguro no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. especial, p. 206-218, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os contratos e os vícios de consentimento – Humberto Theodoro Junior, n. especial, p. 129-147, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Das cláusulas abusivas e o Código Civil – Cláudia Lima Marques, n. especial, p. 249-276, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores – Roberto Wider, n. 29, p. 28-50, 2005.
- A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro – Arnoldo Wald, n. 26, p. 94-114, 2004.
- A evolução do contrato e o novo Código Civil – Arnoldo Wald, n. especial, p. 236-248, 2003. (Anais do Seminário

- “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- O impacto do novo Código Civil no mundo dos contratos – Sylvio Capanema de Souza, n. 24, p. 186-188, 2003.
- Os novos contratos no novo Código Civil – Gustavo José Mendes Tepedino, n. especial, p. 179-193, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Princípios básicos do direito contratual no novo Código Civil – Adalberto de Souza Pasqualotto, n. especial, p. 219-235, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- Os princípios da tutela ao consumidor na formação e execução dos contratos sob a lei 8.078/90 – Cristina Tereza Gaulia, n. 22, p. 170-191, 2003.
- CONTRATO ADMINISTRATIVO**
- Da imunidade e da isenção do ICMS em operações e prestações destinadas a atender aos órgãos da administração pública – Eduardo Azeredo Rodrigues, n. 29, p. 269-286, 2005.
- Notas acerca das repercussões no novo Código Civil sobre os contratos administrativos – Jessé Torres Pereira Junior, n. 27, p. 19-41, 2004.
- CONTRATO COM PESSOA A DECLARAR**
- A circulação do contrato – transmissão das obrigações, cessão do contrato e contrato com pessoa a declarar – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. especial, p. 148-161, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- CONTRATO DE ADESÃO**
- Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e o novo Código Civil – José de Oliveira Ascensão, n. 26, p. 72-93, 2004.
- Contratos de adesão: limite de justiça do direito – Maria Cristina de Brito Lima, n. 25, p. 277-312, 2004.
- CONTRATO DE SEGURO**
- Os contratos de transporte de pessoa e de seguro no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. especial, p. 206-218, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- A prescrição no contrato de seguro e o novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 21, p. 25-27, 2003.
- CONTRATO DE TRANSPORTE**
- Os contratos de transporte de pessoa e de seguro no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. especial, p. 206-218, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)
- CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE**
- As ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de jurisdição e direito de liberdade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 29, p. 76-86, 2005.
- Arguição de descumprimento de preceito fundamental – Nagib Slaibi Filho, n. 21, p. 85-99, 2003.
- Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais – Jorge Miranda, n. 21, p. 61-84, 2003.
- CONTROLE EXTERNO**
- O controle do Judiciário: desconstrução e reconstrução – Jessé Torres Pereira Junior, n. 26, p. 63-71, 2004.
- Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário – Nilo Batista, n. 28, p. 41-46, 2004.
- COOPERATIVA**
- Não incidência da COFINS sobre os atos auxiliares das sociedades cooperativas – Francisco Augusto Ramos, n. 27, p. 295-311, 2004.

CORRUPÇÃO

A corrupção. Uma visão jurídico-sociológica – Emerson Garcia, n. 26, p. 203-245, 2004.

Corrupção transnacional – Paulo César Corrêa Borges, n. 25, p. 266-268, 2004.

CREDOR

Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor – Antonio Pinto Monteiro, n. 26, p. 165-178, 2004.

CRIAÇÃO LITERÁRIA

A criação literária – Ivan Junqueira, n. 31, p. 17-29, 2005.

CRIANÇA

A criança, o adolescente e a família – Paulo Roberto Leite Ventura, n. 30, p. 25-30, 2005.

CRIME CONTRA OS COSTUMES

Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência nos crimes contra os costumes – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 21, p. 205-210, 2003.

CRIME POR COMPUTADOR

Crime informático – Álvaro Mayrink da Costa, n. 28, p. 27-40, 2004.

CRIME FALIMENTAR

Os crimes falenciais no direito intertemporal – Arthur Migliari Júnior, n. 31, p. 300-335, 2005.

CRIMINALIDADE

Criminalidade: qual o endereço (contributo da sociologia criminal) – Álvaro Mayrink da Costa, n. 30, p. 31-56, 2005.

DANO

Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multidisciplinar de prevenção do dano – Luizella Giardino Barbosa Branco, Carlos Afonso Leite Leocádio e Edgard Pedreira de Cerqueira Neto, n. 30, p. 215-219, 2005.

DANO AMBIENTAL

Dano ambiental e violação da função

social da pessoa jurídica: fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.

DANO MORAL

Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 29, p. 134-148, 2005.

O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 27, p. 141-167, 2004.

A evolução do conceito de dano moral – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 24, p. 141-173, 2003.

A transmissibilidade do direito de indenização do dano moral – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 28, p. 99-119, 2004.

DEFESA

Abuso do direito de defesa e reforma processual – Luis Fernando Schuartz, n. 29, p. 205-219, 2005.

DEMOCRACIA

Democracia e processo. Breves reflexões sobre a influência do estado democrático de direito na prestação da tutela jurisdicional – Hugo Filardi Pereira, n. 27, p. 260-270, 2004.

Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binenbojm, n. 23, p. 360-380, 2003.

DENUNCIÇÃO DA LIDE

A denúncia da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado – Alessandra de Souza Araujo, n. 25, p. 205-214, 2004.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Aspectos modernos da teoria da

desconsideração da personalidade jurídica – Márcio Souza Guimarães, n. 25, p. 229-243, 2004.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o abuso do direito de sócio – Mônica Gusmão, n. 26, p. 265-271, 2004.

DIGNIDADE HUMANA

O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 23, p. 316-335, 2003.

DIREITO

Algumas reflexões sobre os novos rumos do Direito – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 25, p. 100-111, 2004.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo – Gustavo Binenbojm, n. 31, p. 153-195, 2005;

DIREITO À INFORMAÇÃO

A responsabilidade médica e o dever de informar – Sergio Cavalieri Filho, n. 28, p. 81-87, 2004.

DIREITO À PRIVACIDADE

Direito à privacidade e liberdade de expressão – Daniela Ferro Affonso Rodrigues Alves, n. 24, p. 281-287, 2003.

DIREITO À SAÚDE

Direito fundamental à saúde (tutela de urgência) – Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi, n. 24, p. 214-235, 2003.

DIREITO AUTORAL

A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor) – Túlio Lima Vianna, n. 30, p. 89-108, 2005.

DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

Ações afirmativas no direito constitucio-

nal comparado – Guilherme Peña de Moraes, n. 23, p. 298-315, 2003.

DIREITO DAS COISAS

Anotações sobre os aspectos intertemporais do direito das coisas no novo Código Civil – Marco Aurélio Bezerra de Melo, n. 24, p. 288-300, 2003.

Direito das coisas – Luiz Edson Fachin, n. especial, p. 140-144, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Alguns aspectos do direito das obrigações no novo Código Civil – Ricardo César Pereira Lira, n. especial, p. 114-122, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002.)

Teoria geral das obrigações no novo Código Civil – José Maria Leoni Lopes de Oliveira, n. especial, p. 194-205, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, ALEMANHA

O novo direito das obrigações na Alemanha – Claus-Wilhelm Canaris, n. 27, p. 108-124, 2004.

DIREITO DAS SUCESSÕES

O direito sucessório do não concebido ao tempo do óbito e algumas inovações na sucessão testamentária – Cláudia Nogueira, n. especial, p. 207-220, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Sucessão dos descendentes. Sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. especial, p. 196-206, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITO DE PROPRIEDADE

Justiça, segurança, bem comum e propriedade – uma breve introdução ao direito de propriedade e à sua função social – José Roberto de Castro Neves, n. 26, p. 179-202, 2004.

DIREITO DE SUPERFÍCIE

O novo Código Civil, estatuto da cidade, direito de superfície – Ricardo César Pereira Lira, n. especial, p. 145-157, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITO DE VIZINHANÇA

O direito de vizinhança no novo Código Civil – Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, n. especial, p. 158-167, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Direitos de vizinhança e política urbana – José dos Santos Carvalho Filho, n. especial, p. 221-234, 2004. (EMERJ debate o novo Código Civil, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Direitos reais: da aquisição da propriedade imóvel. Dos direitos da vizinhança – Fábio Maria De Mattia, n. especial, p. 182-195, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITO DE VOTO

Do exercício do direito de voto das ações preferenciais com dividendo diferenciado – Jorge Lobo, n. 22, p. 164-169, 2003.

DIREITO EMPRESARIAL

Direito de empresa – visão panorâmica – Paulo de Moraes Penalva Santos, n. especial, p. 11-31, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITO FALIMENTAR

Direito falimentar brasileiro – Celso Marcelo de Oliveira, n. 29, p. 241-268, 2005.

DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Direito individual homogêneo (uma leitura e releitura do tema) – Humberto dalla Bernardina de Pinho, n. 25, p. 123-136, 2004.

DIREITO INTERTEMPORAL

Confrontando o artigo 2.035 do Código Civil com a Constituição Federal – Marcelo Telles Maciel Sampaio, n. 27, p. 271-276, 2004.

Os crimes falenciais no direito intertemporal – Arthur Migliari Júnior, n. 31, p. 300-335, 2005.

DIREITO PENAL

Os limites do *ius puniendi* do Estado – Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.

Novos rumos do direito penal: os tipos penais e a Internet – Letícia de Faria Sardas, n. 25, p. 77-95, 2004.

DIREITO PRIVADO

A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado – Daniel Sarmento, n. 23, p. 272-297, 2003.

DIREITO URBANÍSTICO

A licença urbanística de construir e seu estatuto normativo: o estudo de um caso concreto – Rogério Gesta Leal, n. 27, p. 201-227, 2004.

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo – Gustavo Binenbojm, n. 31, p. 153-195, 2005.

DIREITOS DA PERSONALIDADE

Os direitos da personalidade – Clayton Reis, n. especial, p. 67-84, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002) Fundamentos, limites e transmissibilidade: anotações para uma leitura

crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no Código Civil brasileiro – Luiz Edson Fachin, n. 31, p. 51-70, 2005.

DIREITOS DO CONSUMIDOR

O Código do Consumidor, lei 8.078/90 e os negócios bancários – Carlos Mário da Silva Velloso, n. 22, p. 15-36, 2003.

O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 27, p. 141-167, 2004.

O direito dos contratos e a autonomia da vontade. A proteção especial dos consumidores – Roberto Wider, n. 29, p. 28-50, 2005.

Os princípios da tutela ao consumidor na formação e execução dos contratos sob a lei 8.078/90 – Cristina Tereza Gaulia, n. 22, p. 170-191, 2003.

Os 15 anos do Código de Defesa do Consumidor, uma vitória que merece ser comemorada – Alexandre Guimarães Gavião Pinto, n. 30, p. 122-128, 2005.

DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

Garantias constitucionais-processuais penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 23, p. 186-197, 2003.

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

Os limites do *ius puniendi* do Estado – Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Controle da constitucionalidade e direitos fundamentais – Jorge Miranda, n. 21, p. 61-84, 2003.

Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas – Carlos Roberto Siqueira Castro, n. 23, p. 152-167, 2003.

Garantias constitucionais-processuais penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 23, p. 186-197, 2003.

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988 – Tânia da Silva Pereira, n. 23, p. 252-271, 2003.

O princípio fundamental da dignidade humana e sua concretização judicial – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 23, p. 316-335, 2003.

Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório – Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, n. 21, p. 235-251, 2003.

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

DIREITOS HUMANOS

Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório – Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, n. 21, p. 235-251, 2003.

DIREITOS REAIS

Os direitos reais no novo Código Civil – Gustavo José Mendes Tepedino, n. especial, p. 168-176, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Direitos reais: da aquisição da propriedade imóvel. Dos direitos de vizinhança – Fábio Maria De Mattia, n. especial, p. 182-195, 2004. (Anais do Seminário

“EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

DIREITOS SOCIAIS

Direitos sociais: sua circunstância e sua justiciabilidade – Maria Cristina de Brito Lima, n. 28, p. 138-166, 2004.

Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais – Emerson Garcia, n. 30, p. 129-167, 2005.

DÍVIDA TRIBUTÁRIA

Confissão de dívida tributária – José Jayme de Macedo Oliveira, n. 25, p. 200-204, 2004.

DIVIDENDOS

Do exercício do direito de voto das ações preferenciais com dividendo diferenciado – Jorge Lobo, n. 22, p. 164-169, 2003.

DOAÇÃO DE SANGUE

Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida – Rosana Navega Chagas, n. 29, p. 168-178, 2005.

EMBARGOS INFRINGENTES

A reforma processual de 2002: ligeiras anotações. Lei 10.352, de 26.12.01: os embargos infringentes – Wilson Marques, n. 25, p. 43-52, 2004.

EMENDA CONSTITUCIONAL 45/2004

Aspectos relevantes da reforma do Judiciário – Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira, n. 31, p. 208-266, 2005.

O Órgão Especial na reforma da justiça – Nagib Slaibi Filho, n. 31, p. 35-50, 2005.

EMPRESA

Assédio sexual na empresa – José Geraldo da Fonseca, n. 22, p. 262-267, 2003.

Direito de empresa – visão panorâmica – Paulo de Moraes Penalva Santos, n. especial, p. 11-31, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr.2003)

Responsabilidade das empresas produ-

toras de cigarro – Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum e Melissa Areal Pires, n. 28 p. 204-230, 2004.

ENSINO SUPERIOR, SISTEMA DE COTAS

O sistema de cotas raciais como ação afirmativa no direito brasileiro – Luciana de Oliveira Leal, n. 31, p. 104-123, 2005.

ERRO

A escusabilidade e o erro-vício no Código Civil de 2002 – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. 30, p. 109-113, 2005.

ESTADO DE DEFESA

Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988: estado de defesa e estado de sítio – Humberto Peña de Moraes, n. 23, p. 198-216, 2003.

ESTADO DE DIREITO

Os limites do *ius puniendi* do Estado – Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.

ESTADO DE SITIO

Mecanismos de defesa do Estado e das instituições democráticas no sistema constitucional de 1988: estado de defesa e estado de sítio – Humberto Peña de Moraes, n. 23, p. 198-216, 2003.

ESTADO ESTRANGEIRO

A imunidade de jurisdição e de execução do Estado estrangeiro no Brasil – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 23, p. 336-338, 2003.

ESTATUTO DA CIDADE

O novo Código Civil, Estatuto da Cidade, direito de superfície - Ricardo César Pereira Lira, n. especial, p. 145-157, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

O Estatuto da Criança e do Adolescente e os desafios do novo Código Civil – Tâ-

- nia da Silva Pereira, n. especial, p. 116-131, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- O Estatuto da Criança e do Adolescente no novo Código Civil – Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade Maciel, n. especial, p. 132-139, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- ESTATUTO DO DESARMAMENTO**
Brevíssimas considerações acerca do estatuto do desarmamento com a regulamentação que lhe deu o decreto 5.123/04 – Cláudia Barros, n. 28, p. 316-319, 2004.
- ESTATUTO DO IDOSO**
Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e lei 10.741/03 (estatuto do idoso) – Alexandre Couto Joppert, n. 26, p. 287-291, 2004.
Estatuto do idoso, o poder investigatório do “parquet” e o conceito de infração penal de menor potencial ofensivo (brevíssimas considerações – Cláudio Calo Sousa, n. 29, p. 287-291, 2005.
- ÉTICA**
Ética e justiça – José Carlos Barbosa Moreira, n. 29, p. 17-27, 2005.
- FALÊNCIA**
Configuração processual do novo regime falimentar – Mário Luiz Ramidoff, n. 31, p. 196-199, 2005.
Os crimes falenciais no direito intertemporal – Arthur Migliari Júnior, n. 31, p. 300-335, 2005.
- FAMÍLIA**
A criança, o adolescente e a família – Paulo Roberto Leite Ventura, n. 30, p. 25-30, 2005.
Juizado Especial de Família – Fátima Nancy Andrighi, n. especial, p. 102-106, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)
- Tutela constitucional da família e a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar – Luiz Edson Fachin, n. 23, p. 132-138, 2003.
- FATO GERADOR**
Fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis no sistema brasileiro – Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi, n. 22, p. 223-238, 2003.
- FIADOR**
Da extinção da responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação. Pronunciamentos *contra legem* do STJ – Luis Camargo Pinto de Carvalho, n. 24, p. 203-213, 2003.
- FILIAÇÃO**
Da filiação no novo Código Civil – Flávio Lauria, n. especial, p. 84-101, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)
- FUNÇÃO JURISDICCIONAL**
Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais – Emerson Garcia, n. 30, p. 129-167, 2005.
- FUNÇÃO SOCIAL**
Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica: fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.
Função social da propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 24, p. 301-313, 2003.
- FUNDOS DE PENSÃO**
Previdência complementar privada e fechada (Fundos de pensão) – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 21, p. 121-133, 2003.
- GARANTIAS CONSTITUCIONAIS**
Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

GESTÃO DA QUALIDADE

Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multidisciplinar de prevenção do dano – Luizella Giardino Barbosa Branco, Carlos Afonso Leite Leocádio e Edgard Pedreira de Cerqueira Neto, n. 30, p. 215-219, 2005.

GLOBALIZAÇÃO

A Constituição de 1988, a globalização e o futuro – Paulo Roberto Soares Mendonça, n. 25, p. 22-42, 2004.

Função do Poder Judiciário no mundo moderno – Letícia de Faria Sardas, n. 21, p. 180-190, 2003.

A globalização no campo jurídico – Décio Xavier Gama, n. 28, p. 258-270, 2004.

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

HABEAS DATA

Cumulação de pedidos e formulação de pedido sequencial no processo de habeas data – José Eduardo Nobre Matta, n. 30, p. 114-121, 2005.

HERANÇA

Sucessão dos descendentes. Sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. especial, p. 196-206, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, jul. 2002-abr. 2003)

HERMENÊUTICA

As ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de jurisdição e direito de liberdade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 29, p. 76-86, 2005.

O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 23, p. 25-65, 2003. Dimensões da interpretação conforme a

Constituição – André Gustavo C. de Andrade, n. 21, p. 100-120, 2003.

Interpretação retrospectiva: Constituição e processo penal – Rubens R. R. Casara, n. 22, p. 192-222, 2003.

A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição – Lenio Luiz Streck, n. 23, p. 66-95, 2003.

HIPOSSUFICIÊNCIA

Da hipossuficiência – Rogério de Oliveira Souza, n. 28, p. 88-98, 2004.

IDADE

A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais – Luciana de Oliveira Leal, n. 24, p. 260-272, 2003.

IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS

Fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis no sistema brasileiro – Maria Cristina Barros Gutierrez Slaibi, n. 22, p. 223-238, 2003.

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS)

Da imunidade e da isenção do ICMS em operações e prestações destinadas a atender aos órgãos da administração pública – Eduardo Azeredo Rodrigues, n. 29, p. 269-286, 2005.

IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO

Do julgamento antecipado de manifesta improcedência do pedido – Rogério de Oliveira Souza, n. 24, p. 236-259, 2003.

IMPUTABILIDADE PENAL

A redução da idade de imputabilidade penal e seus aspectos constitucionais – Luciana de Oliveira Leal, n. 24, p. 260-272, 2003.

IMPUTAÇÃO OBJETIVA

Reflexões sobre a imputação objetiva – Álvaro Mayrink da Costa, n. 22, p. 119-137, 2003.

INADIMPLEMENTO

Adimplemento e inadimplemento – Judith Martins Costa, n. especial, p. 95-113, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

INDENIZAÇÃO

A transmissibilidade do direito de indenização do dano moral – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 28, p. 99-119, 2004.

INFÂNCIA

Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988 – Tânia da Silva Pereira, n. 23, p. 252-271, 2003.

INFORMÁTICA

Crime informático – Álvaro Mayrink da Costa, n. 28, p. 27-40, 2004.

A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade – Gustavo Bandeira, n. 22, p. 150-163, 2003.

INFRAÇÃO

Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e lei 10.741/03 (estatuto do idoso) – Alexandre Couto Joppert, n. 26, p. 287-291, 2004.

INQUÉRITO POLICIAL

Réquiem para o sigilo no inquérito policial – Sergio Demoro Hamilton, n. 25, p. 112-122, 2004.

INSTITUIÇÃO FINANCEIRA

Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras – Maurício Moreira Mendonça de Menezes, n. 25, p. 137-158, 2004.

INSTITUIÇÃO RELIGIOSA

O estatuto constitucional da religião e da beneficência – Célio Borja, n. 23, p. 96-112, 2003.

INSTRUÇÃO (PROCESSO PENAL)

Poderes instrutórios do juiz – Denise de

Mattos Martinez Geraci e Joel Tovil, n. 26, p. 278-286, 2004.

A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade – Gustavo Bandeira, n. 22, p. 150-163, 2003.

INTERESSE DIFUSO

Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória – Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 29, p. 179-196, 2005.

INTERNET

A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade – Gustavo Bandeira, n. 22, p. 150-163, 2003.

Internet e responsabilidade civil – Semy Glanz, n. 25, p. 53-65, 2004.

Novos rumos do direito penal: os tipos penais e a Internet – Letícia de Faria Sardas, n. 25, p. 77-95, 2004.

INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

INTERROGATÓRIO

O novo regime legal do interrogatório – Sergio Demoro Hamilton, n. 30, p. 62-81, 2005.

INTIMIDAÇÃO

A intimidação como violência – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 21, p. 175-179, 2003.

INVASÃO DE TERRAS

A propriedade, as invasões de terras e o Poder Judiciário – Asclepiades Eudóxiou Rodrigues, n. 25, p. 66-76, 2004.

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Os limites investigatórios do Ministério Público – Glaucenir Silva de Oliveira, n. 27, p. 286-294, 2004.

ISENÇÃO PREVIDENCIÁRIA

O estatuto constitucional da religião e da beneficência – Célio Borja, n. 23, p. 96-112, 2003.

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA

Da imunidade e da isenção do ICMS em operações e prestações destinadas a atender aos órgãos da administração pública – Eduardo Azeredo Rodrigues, n. 29, p. 269-286, 2005.

JUIZ

A função pedagógica do juiz como fator de colaboração para o acesso à justiça – André Felipe Vêras de Oliveira, n. 27, p. 254-259, 2004.

Poderes instrutórios do juiz – Denise de Mattos Martinez Geraci e Joel Tovil, n. 26, p. 278-286, 2004.

Reformas processuais e poderes do juiz – José Carlos Barbosa Moreira, n. 22, p. 58-72, 2003.

JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

Juizado Especial Cível (problema de conscientização) – Luiz Guilherme Marques, n. 31, p. 292-299, 2005.

JUIZADO ESPECIAL DE FAMÍLIA

Juizado Especial de Família – Fátima Nancy Andrighi, n. especial, p. 102-106, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

JUIZADO ESPECIAL FEDERAL

Algumas observações quanto aos reflexos cíveis da lei dos juizados especiais federais sobre a lei 9.099/95 – Luis Felipe Salomão n. 26, p. 272-277, 2004.

Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e lei 10.741/03 (estatuto do idoso) – Alexandre Couto Joppert, n. 26, p. 287-291, 2004.

JUIZADOS ESPECIAIS

A incidência da lei 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal estadual – Claudio Calo Souza, n. 25, p. 220-228, 2004.

Juizado Especial de Família – Fátima Nancy Andrighi, n. especial, p. 102-106, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ

debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Juizados Criminais: novos atores e novos princípios para uma justiça efetiva – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 22, p. 138-149, 2003.

Os Juizados Especiais Cíveis: enfrentamentos e a sua real efetividade com a construção da cidadania – Eduardo Oberg, n. 25, p. 168-199, 2004.

Os Juizados Especiais Criminais à luz da jurisdição constitucional; a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto – Lenio Luiz Streck, n. 24, p. 104-140, 2003.

Tendências atuais do Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 21, p. 166-174, 2003.

JULGAMENTO ANTECIPADO

Do julgamento antecipado de manifesta improcedência do pedido – Rogério de Oliveira Souza, n. 24, p. 236-259, 2003.

JURISDIÇÃO

As ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de jurisdição e direito de liberdade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 29, p. 76-86, 2005.

A imunidade de jurisdição e de execução do Estado estrangeiro no Brasil – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 23, p. 336-338, 2003.

JURISDIÇÃO CIVIL

Exercício impessoal da jurisdição civil – Alexandre Freitas Câmara, n. 24, p. 174-185, 2003.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da Constituição: um balanço crítico nos quinze anos da Constituição – Lenio Luiz Streck, n. 23, p. 66-95, 2003.

Jurisdição internacional em matéria de

relações de consumo no MERCOSUL: sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria – Eduardo Antônio Klausner, n. 30, p. 268-307, 2005.

JUROS

Juros bancários e a política monetária do Banco Central – Celso Marcelo de Oliveira, n. 31, p. 200-207, 2005.

JUSTIÇA

Celeridade da justiça: limites que se impõem – Luiz Felipe da Silva Haddad, n. 27, p. 228-233, 2004.

Classificação indicativa – natureza jurídica – Luis Felipe Salomão, n. 27, p. 277-285, 2004.

Ética e justiça – José Carlos Barbosa Moreira, n. 29, p. 17-27, 2005.

A justiça e os bancos – Nelson Jobim, n. 30, p. 17-24, 2005.

JUSTIÇA FEDERAL

A incidência da lei 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal estadual – Cláudio Calo Sousa, n. 25, p. 220-228, 2004.

Os Juizados Especiais Criminais à luz da jurisdição constitucional: a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto – Lenio Luiz Streck, n. 24, p. 104-140, 2003.

JUVENTUDE

Infância e juventude: os direitos fundamentais e os princípios constitucionais consolidados na Constituição de 1988 – Tânia da Silva Pereira, n. 23, p. 252-271, 2003.

LAVAGEM DE DINHEIRO, PORTUGAL

Repressão da lavagem do dinheiro em Portugal – José Oliveira Ascensão n.22, p. 37-57, 2003.

LEGITIMIDADE PASSIVA

Controle abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais: ação inibitória

– Denise Nicoll Simões de Sousa, n. 29, p. 179-196, 2005.

LEI 9.099/1995

Juizado Especial Cível (problema de conscientização) – Luiz Guilherme Marques, n. 31, p. 292-299, 2005.

LEI 9.271/1996

A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente” – Sergio Demoro Hamilton, n. 27, p. 99-107, 2004.

LEI 10.259/2001

A incidência da lei 10.259/2001 no Juizado Especial Criminal estadual – Claudio Calo Sousa, n. 25, p. 220-228, 2004.

Os Juizados Especiais Criminais à luz da jurisdição constitucional; a filtragem hermenêutica a partir da aplicação da técnica da nulidade parcial sem redução de texto – Lenio Luiz Streck, n. 24, p. 104-140, 2003.

LEI 10.826/2003

Brevíssimas considerações acerca do estatuto do desarmamento com a regulamentação que lhe deu o Decreto 5.123/04 – Cláudia Barros, n. 28, p. 316-319, 2004.

LEI 10.931/2004

Da retificação consensual do registro e as novas atribuições do registrador imobiliário – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 29, p. 155-167, 2005.

Da retificação consensual do registro e seus reflexos nos negócios imobiliários (análise das alterações da lei nº 10.931/2004) – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 31, p. 124-137, 2005.

LEI 11.101/2005

Configuração processual do novo regime falimentar – Mário Luiz Ramidoff, n. 31, p. 196-199, 2005.

Os crimes falenciais no direito intertemporal – Arthur Migliari Júnior, n. 31, p. 300-335, 2005.

LEI DE FALÊNCIA

Configuração processual do novo regime falimentar – Mário Luiz Ramidoff, n. 31, p. 196-199, 2005.

LESÃO

O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência) – Ruy Rosado de Aguiar Júnior, n. 24, p. 15-29, 2003.

LIBERDADE

As ambulâncias e o Poder Judiciário – Reserva de jurisdição e direito de liberdade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 29, p. 76-86, 2005.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Direito à privacidade e liberdade de expressão – Daniela Ferro Affonso Rodrigues Alves, n. 24, p. 281-287, 2003.

Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binenbojm, n. 23, p. 360-380, 2003.

LIBERDADE DE IMPRENSA

Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binenbojm, n. 23, p. 360-380, 2003.

LIBERDADE PÚBLICA

Os reflexos das liberdades públicas no sistema acusatório - Márcia Maria Tamburini Porto Saraiva, n. 21, p. 235-251, 2003.

LICITAÇÃO

Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica – Eduardo Azeredo Rodrigues, n. 25, p. 159-167, 2004 e n. 28, p. 247-257, 2004.

LOCAÇÃO DE IMÓVEIS

Da extinção da responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação. Pronunciamentos *contra legem* do STJ – Luís Camargo Pinto de Carvalho, n. 24, p. 203-213, 2003.

MAGISTRATURA

Transparência administrativa e participação da magistratura nos orçamentos do Poder Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 28, p. 120-137, 2004.

MAIORIDADE PENAL

Redução da maioridade penal: solução? Wagner Cinelli de Paula Freitas e Myrian Sepúlveda dos Santos, n. 25, p. 215-219, 2004.

MANIFESTAÇÕES ORAIS

Manifestações orais extemporâneas são processualmente ilícitas – Nagib Slaibi Filho, n. 30, p. 57-61, 2005.

MARCA DE COMÉRCIO

Violações indiretas da marca (à luz do direito português e do brasileiro) – Maria Cristina de Brito Lima, n. 26, p. 133-164, 2004.

MARKETING

A politização do Judiciário e marketing institucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 25, p. 269-276, 2004.

MÉDICO, RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade médica e o dever de informar – Sergio Cavalieri Filho, n. 28, p. 81-87, 2004.

MEDIDA CAUTELAR

O Poder geral de cautela no processo penal – Rogério Pacheco Alves, n. 22, p. 276-306, 2003.

MEIO AMBIENTE

Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica. Fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.

MEIOS DE COMUNICAÇÃO

Meios de comunicação de massa.

Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binenbojm, n. 23, p. 360-380, 2003.

MENOR

Algumas impropriedades do denominado “novo” Código Civil – Cláudio Calo Souza, n. 22, p. 268-275, 2003.

Ampliação do conceito de infração de menor potencial ofensivo e lei 10.741/03 (estatuto do idoso) – Alexandre Couto Joppert, n. 26, p. 287-291, 2004.

MERCOSUL

Jurisdição internacional em matéria de relações de consumo no MERCOSUL: sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria – Eduardo Antônio Klausner, n. 30, p. 268-307, 2005.

MÍDIA

Classificação indicativa – natureza jurídica – Luis Felipe Salomão, n. 27, p. 277-285, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO

Direito individual homogêneo e legitimidade do Ministério Público: a visão dos Tribunais Superiores – Humberto Dalla Bernardina de Pinho, n. 26, p. 246-264, 2004.

Os limites investigatórios do Ministério Público – Glaucenir Silva de Oliveira, n. 27, p. 286-294, 2004.

Ministério Público: por uma verdadeira autonomia funcional – Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo, n. 28, p. 301-315, 2004.

MONISMO

Pluralismo jurídico no Brasil – Rogério Machado Mello Filho, n. 29 p. 233-240, 2005.

MORALIDADE ADMINISTRATIVA

A moralidade administrativa e sua

densificação – Emerson Garcia, n. 21, p. 211-234, 2003.

NEGÓCIO JURÍDICO

A escusabilidade e o erro-vício no Código Civil de 2002 – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. 30, p. 109-113, 2005.

O negócio jurídico – Eduardo Andrade Ribeiro, n. especial, p. 85-94, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte I, fev.-jun. 2002)

NEOLIBERALISMO

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

NEUROCRIMINOLOGIA

O renascer da neurocriminologia – Libórni Siqueira, n. 25, p. 96-99, 2004.

NOME COMERCIAL

Algumas impropriedades do denominado “novo” Código Civil – Cláudio Calo Souza, n. 22, p. 268-275, 2003.

NORMA CONSTITUCIONAL

Extensão dos direitos e deveres fundamentais às relações privadas – Carlos Roberto Siqueira Castro, n. 23, p. 152-167, 2003.

A normatividade da Constituição e a constitucionalização do direito privado – Daniel Sarmento, n. 23, p. 272-297, 2003.

Texto, norma e valor – a evolução na Constituição federal 1988 – Nagib Slaibi Filho, n. 23, p. 339-359, 2003.

ONEROSIDADE EXCESSIVA

O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência) – Ruy Rosado de Aguiar Júnior, n. 24, p. 15-29, 2003.

A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro – Luciana de Oliveira Leal, n. 21, p. 155-165, 2003.

OPERAÇÕES BANCÁRIAS

O Código do Consumidor, lei 8.078/90 e os negócios bancários – Carlos Mário

da Silva Velloso, n. 22, p. 15-36, 2003.

ORÇAMENTO

Orçamento – Nagib Slaibi Filho, n. 28, p. 47-61, 2004.

Transparência administrativa e participação da magistratura nos orçamentos do Poder Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 28, p. 120-137, 2004.

ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA

Administração judiciária e organização judiciária – Nagib Slaibi Filho, n. 29, p. 51-75, 2005.

ÓRGÃO ESPECIAL, REGIME JURÍDICO

O Órgão Especial na reforma da justiça – Nagib Slaibi Filho, n. 31, p. 35-50, 2005.

ÓRGÃO PÚBLICO

Da dispensa de licitação na contratação de órgão ou entidade exploradora de atividade econômica – Eduardo Azeredo Rodrigues, n. 25, p. 159-167, 2004.

PARENTESCO

As relações de parentesco no novo Código Civil – Heloísa Helena Barboza, n. especial, p. 107-115, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ” debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

PENA

Os limites do *ius puniendi* do Estado – Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.

PENA ALTERNATIVA

Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida – Rosana Navega Chagas, n. 29, p. 168-178, 2005.

PENHORA

Penhora de cotas – Mônica Gusmão, n. 22, p. 307-312, 2003.

PERSECUÇÃO PENAL

Sistemas processuais e interpretação da lei penal na persecução criminal: uma contribuição ao debate – Bonni dos Santos, n. 21, p. 191-204, 2003.

PESSOA JURÍDICA

Algumas impropriedades do denominado “novo” Código Civil – Cláudio Calo Souza, n. 22, p. 268-275, 2003.

Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica. Fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.

PLURALISMO

Pluralismo jurídico no Brasil – Rogério Machado Mello Filho, n. 29, p. 233-240, 2005.

Meios de comunicação de massa. Pluralismo e democracia deliberativa – as liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos e no Brasil – Gustavo Binbenbom, n. 23, p. 360-380, 2003.

PODER JUDICIÁRIO

As ambulâncias e o Poder Judiciário - Reserva de jurisdição e direito de liberdade – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 29, p. 76-86, 2005.

Aspectos relevantes da reforma do Judiciário – Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira, n. 31, p. 208-266, 2005.

O controle do Judiciário: desconstrução e reconstrução – Jessé Torres Pereira Junior, n. 26, p. 63-71, 2004.

Função do Poder Judiciário no mundo moderno – Letícia de Faria Sardas, n. 21, p. 180-190, 2003.

Incômodas verdades sobre alguns problemas do Judiciário – Felipe Augusto de Miranda Rosa, n. 24, p. 47-53, 2003.

Notas sobre o controle externo do Poder Judiciário – Nilo Batista, n. 28, p. 41-46, 2004.

O Órgão Especial na reforma da justiça – Nagib Slaibi Filho, n. 31, p. 35-50, 2005.

A politização do Judiciário e marketing institucional – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 25, p. 269-276, 2004.

A propriedade, as invasões de terras e o Poder Judiciário – Asclepiades Eudóxio Rodrigues, n. 25, p. 66-76, 2004.

Rui, os direitos fundamentais e o Poder Judiciário – José Eduardo Nobre Matta, n. 22, p. 250-261, 2003.

Tendências atuais do Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 21, p. 166-174, 2003.

Transparência administrativa e participação da magistratura nos orçamentos do Poder Judiciário – Luis Felipe Salomão, n. 28, p. 120-137, 2004.

PODERES DO ESTADO

Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais – Emerson Garcia, n. 30, p. 129-167, 2005.

POLÍTICA MONETÁRIA

Juros bancários e a política monetária do Banco Central – Celso Marcelo de Oliveira, n. 31, p. 200-207, 2005.

POLÍTICA URBANA

Direitos de vizinhança e política urbana – José dos Santos Carvalho Filho, n. especial, p. 221-234, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

Propriedade, política urbana e Constituição – José dos Santos Carvalho Filho, n. 23, p. 168-185, 2003.

PRAZO

A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC com o direito à razoável duração do processo – Maurício Chaves de Souza Lima, n. 29, p. 197-204, 2005.

PRESCRIÇÃO

A prescrição no contrato de seguro e o novo Código Civil – Sylvio Capanema de Souza, n. 21, p. 25-27, 2003.

PRESCRIÇÃO DA PENA

Prescrição (pela pena) ideal - Antonio Carlos dos Santos Bitencourt, n. 31, p. 86-103, 2005.

PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

Democracia e processo. Breves reflexões sobre a influência do estado democrático de direito na prestação da tutela jurisdicional – Hugo Filardi Pereira, n. 27, p. 260-270, 2004.

A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC com o direito à razoável duração do processo – Maurício Chaves de Souza Lima, n. 29, p. 197-204, 2005.

PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA

Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência nos crimes contra os costumes – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 21, p. 205-210, 2003.

PREVIDÊNCIA FECHADA

Previdência complementar privada e fechada (Fundos de pensão) – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 21, p. 121-133, 2003.

PREVIDÊNCIA PRIVADA

Previdência complementar privada e fechada (Fundos de pensão) – João Carlos Pestana de Aguiar Silva, n. 21, p. 121-133, 2003.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dignidade da pessoa humana. Referências metodológicas e regime jurídico – Emerson Garcia, n. 28, p. 271-300, 2004.

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC com o direito à razoável duração do processo – Maurício Chaves de Souza Lima, n. 29, p. 197-204, 2005.

PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio da vulnerabilidade: fundamento da proteção jurídica do consu-

midor – José Ozório de Souza Bitencourt, n. 25, p. 248-265, 2004.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios do direito brasileiro – Luis Roberto Barroso, n. 23, p. 25-65, 2003.

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

Princípios constitucionais e o novo Código Civil – Carmen Lúcia Antunes Rocha, n. 22, p. 73-93, 2003.

PROCESSO ADMINISTRATIVO

A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC com o direito à razoável duração do processo – Maurício Chaves de Souza Lima, n. 29, p. 197-204, 2005.

PROCESSO CAUTELAR

O poder geral de cautela no processo penal – Rogério Pacheco Alves, n. 22, p. 276-306, 2003.

PROCESSO CIVIL

O direito processual e os lírios do campo – Cyro Marcos da Silva, n. 31, p. 138-152, 2005.

O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo – José Carlos Barbosa Moreira, n. 24, p. 54-68, 2003.

PROCESSO JUDICIAL

A duração dos processos: alguns dados comparativos – José Carlos Barbosa Moreira, n. 26, p. 52-62, 2004.

A incompatibilidade da ressalva do art. 14, parágrafo único, do CPC com o direito à razoável duração do processo – Maurício Chaves de Souza Lima, n. 29, p. 197-204, 2005.

Processo judicial e efetividade da função, algumas reflexões – Adolpho C. de Andrade Mello Júnior, n. 30, p. 168-199, 2005.

PROCESSO PENAL

Algumas considerações sobre a coisa

julgada no direito processual penal – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 29, p. 220-232, 2005.

Garantias constitucionais-processuais penais (a efetividade e a ponderação das garantias no processo penal) – Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, n. 23, p. 186-197, 2003.

O poder geral de cautela no processo penal – Rogério Pacheco Alves, n. 22, p. 276-306, 2003.

Reflexões no processo penal – Cláudia Márcia Gonçalves Vidal, n. 24, p. 314-324, 2003.

PROCESSOS CRIMINAIS CÉLEBRES

A baronesa e o instrumento do seu crime – Décio Xavier Gama, n. 26, p. 5-6, 2004.

PROGRAMAÇÃO DE TV

Classificação indicativa – natureza jurídica – Luis Felipe Salomão, n. 27, p. 277-285, 2004.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Do direito do promitente comprador – José Osório de Azevedo Junior, n. especial, p. 177-181, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)

PROPRIEDADE

Direitos reais: da aquisição da propriedade imóvel. Dos direitos de vizinhança – Fábio Maria De Mattia, n. especial, p. 182-195, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr. 2003)

Do uso anormal da propriedade no novo Código Civil – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 21, p. 15-24, 2003.

Função social da propriedade – Melhim Namem Chalhub, n. 24, p. 301-313, 2003.

Justiça, segurança, bem comum e propriedade – uma breve introdução ao direito de propriedade e à sua função

- social – José Roberto de Castro Neves, n. 26, p. 179-202, 2004.
- Propriedade de fato? – Luiz Roldão de Freitas Gomes, n. 25, p. 15-21, 2004.
- A propriedade, as invasões de terras e o Poder Judiciário – Asclepiades Eudócio Rodrigues, n. 25, p. 66-76, 2004.
- Propriedade, política urbana e Constituição – José dos Santos Carvalho Filho, n. 23, p. 168-185, 2003.

PROPRIEDADE INTELECTUAL

- A ideologia da propriedade intelectual (a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor) – Túlio Lima Vianna, n. 30 p. 89-108, 2005.

PROVA ILÍCITA

- A inadmissibilidade no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta? – Alexander Araújo de Souza, n. 27, p. 185-200, 2004.

PROVA URGENTE

- A inadmissibilidade no processo penal das provas obtidas por meios ilícitos: uma garantia absoluta? – Alexander Araújo de Souza, n. 27, p. 185-200, 2004.
- A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente” – Sergio Demoro Hamilton, n. 27, p. 99-107, 2004.

RECUPERAÇÃO DA EMPRESA

- Configuração processual do novo regime falimentar – Mário Luiz Ramidoff, n. 31, p. 196-199, 2005.
- Os crimes falenciais no direito intertemporal – Arthur Migliari Júnior, n. 31, p. 300-335, 2005.

REFORMA JUDICIÁRIA

- Aspectos relevantes da reforma do Judiciário – Jansen Amadeu do Carmo Madeira e José Maria Pinheiro Madeira, n. 31, p. 208-266, 2005.
- O controle do Judiciário: desconstrução e reconstrução – Jessé Torres Pereira Junior, n. 26, p. 63-71, 2004.

- O Órgão Especial na reforma da justiça – Nagib Slaibi Filho, n. 31, p. 35-50, 2005.

REFORMA PROCESSUAL CIVIL

- Abuso do direito de defesa e reforma processual – Luis Fernando Schuartz, n. 29, p. 205-219, 2005.
- A reforma processual de 2002: ligeiras anotações – Lei 10.352, de 26.12.01: o agravo de instrumento – Wilson Marques, n. 22, p. 94-104, 2003.
- A reforma processual de 2002: ligeiras anotações – Lei 10.352, de 26.12.01: os embargos infringentes – Wilson Marques, n. 25, p. 43-52, 2004.
- Reformas processuais e poderes do juiz – José Carlos Barbosa Moreira, n.22, p. 58-72, 2003.

REFORMA TRIBUTÁRIA

- Reforma tributária. Necessidade de um novo sistema – Ives Gandra da Silva Martins, n. 28, p. 62-80, 2004.

REGIME DE BENS

- A imutabilidade do regime de bens do casamento – Ronaldo Alvaro Lopes Martins, n. 24, p. 273-280, 2003.
- As sociedades limitadas entre cônjuges e o novo Código Civil – Cláudio Calo Sousa, n. 27, p. 137-140, 2004.

REGISTRO DE IMÓVEIS

- Da retificação consensual do registro e as novas atribuições do registrador imobiliário – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 29, p. 155-167, 2005.
- Da retificação consensual do registro e seus reflexos nos negócios imobiliários (análise das alterações da lei nº 10.931/2004) – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 31, p. 124-137, 2005.

RELAÇÕES DE CONSUMO

- O dano moral nas relações de consumo à luz do direito brasileiro e do português – Denise Nicoll Simões de Souza, n. 27, p. 141-167, 2004.
- Jurisdição internacional em matéria de

relações de consumo no MERCOSUL: sugestões para a reedição do protocolo de Santa Maria – Eduardo Antonio Klausner, n. 30, p. 268-307, 2005.

RESPONSABILIDADE

Da extinção da responsabilidade dos fiadores, em contrato de locação. Pronunciamentos *contra legem* do STJ – Luís Camargo Pinto de Carvalho, n. 24, p. 203-213, 2003.

Responsabilidade das empresas produtoras de cigarro – Paulo Maximilian Wilhelm Schonblum e Melissa Areal Pires, n. 28, p. 204-230, 2004.

Responsabilidade de acionista controlador – considerações doutrinária e jurisprudencial – Pedro A. Batista Martins, n. 29, p. 107-133, 2005.

RESPONSABILIDADE CIVIL

Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica. Fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.

A evolução da responsabilidade civil e dos contratos no direito francês e no brasileiro – Arnoldo Wald, n. 26, p. 94-114, 2004.

Hermenêutica constitucional da responsabilidade civil – Roberto de Abreu e Silva, n. 23, p. 217-251, 2003.

Internet e responsabilidade civil – Semy Glanz, n. 25, p. 53-65, 2004.

Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras - Mauricio Moreira Mendonça de Menezes, n. 25, p. 137-158, 2004.

Responsabilidade civil na gestão da qualidade: uma estratégia multidisciplinar de prevenção do dano – Luizella Giardino Barbosa Branco, Carlos Afonso Leite Leocádio e Edgard Pedreira de Cerqueira Neto, n. 30, p. 215-219, 2005.

Responsabilidade civil no novo Código Civil – Sergio Cavalieri Filho, n. 24, p. 30-46, 2003.

Responsabilidade civil pelo fato ou guarda de animais ferozes – Clayton Reis, n. 29, p. 87-106, 2005.

Responsabilidade civil por ruptura de casamento e de união estável – Jairo Vasconcellos do Carmo, n. 21, p. 45-53, 2003.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

A denunciação da lide nas ações de responsabilidade civil do Estado – Alessandra de Souza Araújo, n. 25, p. 205-214, 2004.

A violência urbana e a responsabilidade civil do Estado – Asclepiades Rodrigues, n. 30, p. 82-88, 2005.

RESPONSABILIDADE CONTRA-TUAL

Dano moral em caso de descumprimento de obrigação contratual – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 29, p. 134-148, 2005.

Responsabilidade contratual: cláusula penal e comportamento abusivo do credor – Antonio Pinto Monteiro, n. 26, p. 165-178, 2004.

RESPONSABILIDADE PENAL

Responsabilidade penal objetiva e a presunção de violência nos crimes contra os costumes – Rodolfo Kronenberg Hartmann, n. 21, p. 205-210, 2003.

RESPONSABILIDADE PROFISSIONAL

A responsabilidade médica e o dever de informar – Sergio Cavalieri Filho, n. 28, p. 81-87, 2004.

RETIFICAÇÃO

Da retificação consensual do registro e as novas atribuições do registrador imobiliário – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 29, p. 155-167, 2005.

Da retificação consensual do registro e seus reflexos nos negócios imobiliários (análise das alterações da lei

nº 10.931/2004) – Jairo Vasconcelos do Carmo, n. 31, p. 124-137, 2005.

RETROATIVIDADE MÍNIMA

Confrontando o artigo 2.035 do Código Civil com a Constituição Federal – Marcelo Telles Maciel Sampaio, n. 27, p. 271-276, 2004.

RÉU

A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente” – Sergio Demoro Hamilton, n. 27, p. 99-107, 2004.

REVELIA

A revelia premiada e o sentido da expressão “prova urgente” – Sergio Demoro Hamilton, n. 27, p. 99-107, 2004.

SAISINE

Saisine e astreinte – Luis Camargo Pinto de Carvalho, n. 27, p. 91-98, 2004.

SANÇÃO

Abuso do direito de defesa e reforma processual – Luis Fernando Schuartz, n. 29, p. 205-219, 2005.

SANGUE

Doações voluntárias de sangue: uma alternativa para a pena e para a vida – Rosana Navega Chagas, n. 29, p. 168-178, 2005.

SAÚDE

Direito fundamental à saúde (tutela de urgência) – Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi, n. 24, p. 214-235, 2003.

SEGURANÇA JURÍDICA

Os limites do *ius puniendi* do Estado – Álvaro Mayrink da Costa, n. 23, p. 113-131, 2003.

SISTEMA DE COMUNICAÇÃO

A interceptação do fluxo de comunicações por sistemas de informática e sua constitucionalidade – Gustavo Bandeira, n. 22, p. 150-163, 2003.

SOCIEDADE ANÔNIMA

Lista de acionistas com endereços: interpretação do artigo 100, parág. 1º combinado com o artigo 126, parág. 3º, da lei de

sociedades por ações – Norma Jonssem Parente, n. 27, p. 234-253, 2004.

SOCIEDADE CONJUGAL

Algumas impropriedades do denominado “novo” Código Civil – Cláudio Calo Souza, n. 22, p. 268-275, 2003.

SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

Penhora de cotas – Mônica Gusmão, n. 22, p. 307-312, 2003.

A sociedade limitada no Código Civil (uma visão panorâmica) – Luiz Alberto Colonna Rosman, n. especial, p. 55-68, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul.2002-abr.2003)

SÓCIO

Dano ambiental e violação da função social da pessoa jurídica. Fundamento para a responsabilização patrimonial do sócio: relativização da pessoa jurídica – Gustavo Bandeira, n. 28, p. 167-203, 2004.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica e o abuso do direito de sócio – Monica Gusmão, n. 26, p. 265-271, 2004.

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

O direito sucessório do não concebido ao tempo do óbito e algumas inovações na sucessão testamentária – Cláudia Nogueira, n. especial, p. 207-220, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, jul.2002-abr. 2003)

SOCIOLOGIA CRIMINAL

Criminalidade: qual o endereço?: (contributo da sociologia criminal) – Álvaro Mayrink da Costa, n. 30, p. 31-56, 2005.

TELEVISÃO

Classificação indicativa – natureza jurídica – Luis Felipe Salomão, n. 27, p. 277-285, 2004.

TEORIA DA IMPREVISÃO

A onerosidade excessiva no ordenamento jurídico brasileiro – Luciana de Oliveira Leal, n. 21, p. 155-165, 2003.

TESTAMENTO

A inconstitucionalidade da cláusula de inalienabilidade e da declaração de sua justa causa prevista no novo Código Civil para os testamentos lavrados na égide do Código de 1916 – Gustavo Bandeira, n. 24, p. 189-202, 2003.

TIPO PENAL

Novos rumos do direito penal: os tipos penais e a Internet, n. 25, p. 77-95, 2004.

TÍTULO CAMBIAL

Títulos de crédito e o Código Civil – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. 24, p. 69-103, 2003 e n. especial, p. 32-54, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr.2003)

TÍTULO DE CRÉDITO

Títulos de crédito e o Código Civil – Joaquim Antonio de Vizeu Penalva Santos, n. especial, p. 32-54, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

TRANSAÇÃO

Sobre a transação no novo Código Civil – João Baptista Villela, n. especial, p. 123-128, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, fev.-jun. 2002)

TRANSAÇÃO PENAL

A transação penal nos crimes de ação penal de iniciativa privada – Luis Gustavo Grandinetti C. de Carvalho e Flávio Martins Alves Nunes Júnior, n. 31, p. 71-85, 2005.

TRANSMISSIBILIDADE

A transmissibilidade do direito de indenização do dano moral – André Gustavo Corrêa de Andrade, n. 28, p.

99-119, 2004.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Órgão Especial na reforma da justiça – Nagib Slaibi Filho, n. 31, p. 35-50, 2005.

TRIBUNAL DO JÚRI, COMPETÊNCIA

Aplicação da regra do artigo 366 do Código de Processo Penal nos processos da competência do Tribunal do Júri (uma questão controvertida) – Paulo Roberto Leite Ventura, n. 31, p. 30-34, 2005.

TRIBUNAL DO JÚRI, MARANHÃO

A baronesa e o instrumento do seu crime – Décio Xavier Gama, n. 26, p. 5-6, 2004.

TUTELA JURISDICIONAL

Democracia e processo. Breves reflexões sobre a influência do estado democrático de direito na prestação da tutela jurisdicional – Hugo Filardi Pereira, n. 27, p. 260-270, 2004.

TUTELA

Ação civil pública e acesso à justiça – Hugo Filardi, n. 331, p. 267-291, 2005.

UNIÃO ESTÁVEL

Responsabilidade civil por ruptura de casamento e de união estável – Jairo Vasconcellos do Carmo, n. 21, p. 45-53, 2003.

Sucessão dos descendentes. Sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável – Luiz Paulo Vieira de Carvalho, n. especial, p. 196-206, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr. 2003)

A união estável no novo Código Civil – Álvaro Villaça Azevedo, n. especial, p. 82-83, 2004. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil”, parte II, jul. 2002-abr.2003)

UNIVERSIDADE, SISTEMA DE COTAS

O sistema de cotas raciais como ação afir-

mativa no direito brasileiro – Luciana de Oliveira Leal, n. 31, p. 104-123

VÍCIO DO CONSENTIMENTO

Os contratos e os vícios de consentimento – Humberto Theodoro Junior, n. especial, p. 129-147, 2003. (Anais do Seminário “EMERJ debate o novo Código Civil” parte I, fev.-jun. 2002)

Tutela constitucional da família e a metáfora do estatuto jurídico conceitual da violência familiar – Luiz Edson Fachin, n. 23, p. 132-138, 2003.

VIOLÊNCIA URBANA

A violência urbana e a responsabilidade civil do Estado - Asclepiádes Rodrigues, n. 30, p. 82-88, 2005.