

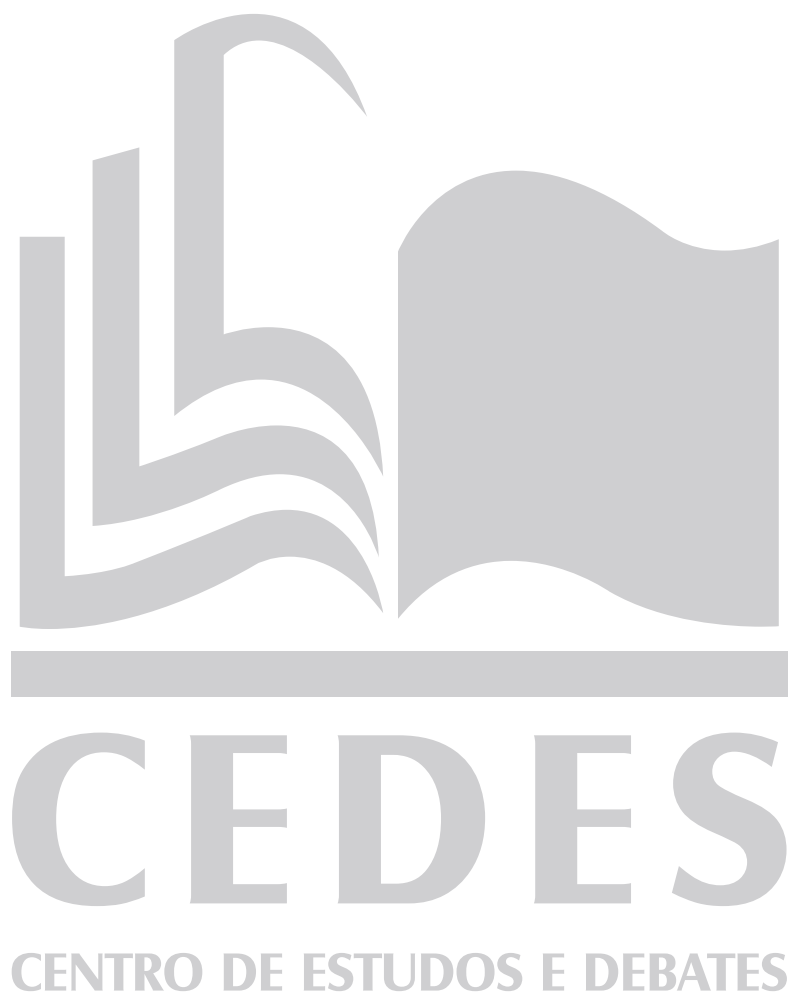
REVISTA de Estudos e Debates

Volume 2 - nº 2 - jan. - jun. 2017



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



Expediente:

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Estudos e Debates - CEDES

Revista de Estudos e Debates

Av. Erasmo Braga, sala 911 - Lâmina I - Centro

20.026-090 – Rio de Janeiro - RJ

cedes@tjrj.jus.br

Diagramação:

Serviço de Identidade Visual

(DGCOM \ DECCO \ CCMJ \ SEIVI)



REVISTA de Estudos e Debates

Volume 2 - nº 2 - jan.-jun. 2017



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



Diretor-Geral

Desembargador CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA

Diretor da Área Cível

Desembargador CARLOS SANTOS DE OLIVEIRA

Diretor da Área Criminal

Desembargador LUCIANO SILVA BARRETO

Diretor da Área Cível Especializada

Desembargadora ANA MARIA PEREIRA DE OLIVEIRA

Juízes integrantes do CEDES

Juíza ADMARA FALANTE SCHNEIDER

Juíza ANA LÚCIA VIEIRA DO CARMO

Juiz ANDRÉ LUIZ NICOLITT

Juiz AYLTON CARDOSO VASCONCELLOS

Juiz BRUNO ARTHUR MAZZA VACCARI MACHADO

Juiz CLÁUDIO AUGUSTO ANNUZA FERREIRA

Juiz DANIEL WERNECK COTTA

Juíza DANIELA BARBOSA ASSUMPTÃO DE SOUZA

Juíza EUNICE BITERN COURT HADDAD

Juíza LEDIR DIAS DE ARAÚJO

Juíza LEISE RODRIGUES DE LIMA ESPÍRITO SANTO

Juiz LEONARDO DE CASTRO GOMES

Juíza LÚCIA REGINA ESTEVES DE MAGALHÃES

Juiz LUIZ ALBERTO DE CARVALHO ALVES

Juiz LUIZ UMPIERRE DE MELLO SERRA

Juiz MARCELLO DE SÁ BAPTISTA

Juiz PAULO ASSED ESTEFAN

Juíza RAPHAELA DE ALMEIDA SILVA

Juíza REGINA HELENA FÁBREGAS FERREIRA

Juíza RENATA GOMES CASANOVA DE OLIVEIRA E CASTRO



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



APRESENTAÇÃO



Tomei para mim, posso afiançar que não por ato ditatorial mas pela simples necessidade de demonstrar minha alegria de dirigir o CEDES, a tarefa de apresentar a quarta edição de nossa REVISTA.

Sucedo a tantos colegas ilustres que marcaram o CEDES com o registro de sua relevância nos encontros inesquecíveis das décadas passadas, agora centralizada essa importância no firme propósito de contribuir para a formação de uma Jurisprudência mais sólida e unificada, traduzida na criação e modificação de importantes orientações sumulares e na permanente contribuição para com o aperfeiçoamento técnico e humano do juiz, tanto no primeiro como no segundo grau de Jurisdição.

Debates acalorados, mas sempre cordiais, já pude perceber são travados nas reuniões do CEDES, onde o respeito às diferenças sempre leva, como nos ensinou Voltaire, à elaboração de enunciados mais inteligentes, destinados não evidentemente a restringir a criatividade dos magistrados, mas com certeza a auxiliar nossos juízes e juízas a solucionar com maior eficácia controvérsias do seu dia a dia.

Ao juiz(a) é dada a tarefa da interpretação da lei e nisso reside a maior beleza do direito, porque é justamente nesse terreno que deve frutificar a formação humanística do magistrado, sua vocação e o seu juramento de sempre fazer cumprir a Constituição.

O conceito do “direito” nesse espaço deve se confundir com o de “justiça”, com a manifestação de tudo o que for ético, de forma que se faça o equilíbrio esperado entre a vontade majoritária, própria das democracias, com o devido respeito às minorias, justamente aqueles que são vítimas da triste manifestação discriminatória e que precisam da lei e do(a) juiz(a) para merecer a eficácia do Princípio da Dignidade.

Nesse espaço entram as propostas sumulares, não para podar a atividade do(a) magistrado(a), mas com toda certeza para auxiliá-lo(a) na reflexão do melhor caminho a ser tomado.

A Jurisprudência precisa sim de isonomia e o novo Código de Processo Civil caminha nesse sentido, mas há que promovê-la sem sacrificar a autonomia e a liberdade mínima do(a) juiz(a) na sua atividade hermenêutica.

Nossa Revista, como de início fiz o registro, vem contribuir para a melhoria dessas reflexões e para o aperfeiçoamento da cultura jurídica, não só de magistrados(as) mas do público em geral que atua na área do direito.

Democrática, como há de ser, abre espaço para todos(as) os que desejarem dividir o conhecimento jurídico com os que labutam com o Direito.

Fomos premiados nessa edição com um texto de ninguém menos que nosso Ministro Luiz Fux, que em parceria com o jovem e talentoso magistrado Bruno Bodart, traz a reflexão sobre a relevância da motivação das decisões judiciais no âmbito do novo Código de Processo Civil.

Em seguida, o texto de nosso constitucionalista, Desembargador Nagib Slaib Filho, que oferece desta feita intensa reflexão sobre a aplicação do novo CPC, em seu aspecto ético e de total acessibilidade, visto pelo prisma da dignidade humana.

Segue a Revista com artigo de nosso mestre em Processo Civil, Desembargador Alexandre Câmara, que nos brinda desta vez com o conceito do “Devido Processo Constitucional”, vinculando sua relevância com a ordem democrática e social.

O colega e não menos eminente Professor, Desembargador Werson Rêgo, nos oferece belo texto sobre o protagonismo do judiciário, dando ênfase às relações de consumo, como premissa essencial de proteção das leis de mercado para garantir a harmonia desse sistema especial.

O culto Desembargador e amigo Sérgio Varella nos traz ensinamentos relevantes sobre recentes acontecimentos de nossa cultura atual, envolvendo o utilizadíssimo aplicativo do WhatsApp. Alerta para a importância da adequada ponderação entre a liberdade de expressão e a preservação da intimidade, princípios que caminham, como de sabença, em permanente rota de colisão.

O nosso mestre e querido Desembargador Esteves Torres nos presenteia, como sempre, com textos inteligentes e provocativos, sendo que nesta oportunidade as reflexões nos levam às contradições de nosso capitalismo.

Nossa colega, juíza Daniela Barbosa, traz agora à reflexão o procedimento das audiências de custódia, quando vinculadas à soltura dos réus e a dificuldade, a posteriori, de localização dos indiciados. Propõe importante reformulação de nosso sistema integrado de rede, destinado a auxiliar o andamento dos feitos criminais.

Do ilustre juiz Marco Couto é o trabalho sobre os reflexos da aplicação, no Brasil, do instituto da transação penal, uma visão crítica e reflexiva relevantíssima para o jurista pátrio.

Não menos interessante o estudo que fez o juiz Anderson de Paiva Gabriel sobre a importância dos reflexos do novo CPC para a adequada e atual exegese da já antiquada Lei Penal, que como sabemos data dos idos dos anos quarenta.

Por último, mas não menos relevante do que os artigos que o antecederam segue o texto do colega Marcelo Martins Evaristo da Silva, que faz importante alerta sobre a amplitude do direito de defesa, assinalando que o instituto não se resume aos fatos propriamente ditos, descrevendo nesse texto a necessidade de um contraditório amplo e cooperativo, como garantia do processo jurisdicional democrático.

A leitura desse material evidencia o contínuo compromisso do CEDES com o alto nível intelectual de nossa Revista, sempre mantido por meu antecessor, o culto Desembargador Carlos Eduardo da Fonseca Passos.

Agradeço de coração aos que contribuíram para essa edição, esperando que os textos selecionados possam trazer aos nossos leitores as reflexões necessárias à garantia da contínua e imprescindível certeza de que o aperfeiçoamento permanente do(a) magistrado(a) representa a alma de nossa jurisdição, que passa necessariamente pelo humano e pela ética, antes de adentrar no exame do tecnicismo legal.

Boa leitura a tod@s!

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

Diretor Geral do CEDES



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES



SUMÁRIO



NOTAS SOBRE O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO E A UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	15
Luiz Fux e Bruno Bodart	
A CONSTITUIÇÃO E A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO CPC DE 2015	25
Nagib Slaibi Filho	
DIMENSÃO PROCESSUAL DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL	55
Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara	
PROTAGONISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: NOVOS DESAFIOS	71
Werson Franco Pereira Rêgo	
RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE PESQUISA E DAS REDES SOCIAIS, E DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA	99
Sérgio Seabra Varella	
AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO: $R > G$	127
Antonio Carlos Esteves Torres	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O IMPACTO NAS VARAS CRIMINAIS	135
Daniela Barbosa Assumpção de Souza	
DEVIDO PROCESSO LEGAL X DUE PROCESS OF LAW (TRANSAÇÃO PENAL X PLEA BARGAINING)	141
Marco Couto	
OS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL/41 E PROCESSO CIVIL/2015: UMA QUIMERA À LUZ DE UM MANIFESTO ANTROPOFÁGICO	157
Anderson de Paiva Gabriel	
CONTRADITÓRIO AMPLO E COOPERATIVO NO PROCESSO PENAL	185
Marcelo Martins Evaristo da Silva	



CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

ARTIGOS





CEDES

CENTRO DE ESTUDOS E DEBATES

Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do Direito

Luiz Fux^{1*} e Bruno Bodart^{2†}

Sumário: O novo Código de Processo Civil inaugura um modelo de precedentes vinculantes no Brasil. Esse direito criado nos Tribunais potencializa o bem-estar social ao permitir a substituição de regras ineficientes ao longo do tempo e, simultaneamente, ao promover a segurança jurídica, bem assim a previsibilidade para potenciais litigantes. No entanto, essa conclusão não se aplica quando juízes se recusam a seguir precedentes no intuito de maximizar preferências pessoais. O dever de motivação das decisões judiciais é essencial para assegurar o compromisso dos julgadores para com os precedentes. Valendo-se de premissas da análise econômica do Direito, o presente estudo discute o modelo básico sob o qual se espera que o novo Código de Processo Civil brasileiro produza resultados eficientes para a sociedade.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil brasileiro; estabilidade da jurisprudência; motivação das decisões judiciais; discricionariedade judicial na análise de fatos; análise econômica do Direito.

Abstract: The new Code of Civil Procedure introduces a binding precedent system in Brazil. This judge-made law favors social welfare by allowing the replacement of inefficient rules over time and, simultaneously, by promoting stability in law, as well as legal certainty to potential litigants. However, this conclusion does not hold up when judges refuse to follow precedents in order to maximize personal preferences. The need for proper justification of judicial decisions is essential to ensure the judge's duty to account for precedents. Drawing on Law and Economics' premises, this paper discusses the basic framework within which the new Brazilian Code of Civil Procedure is expected to yield efficient results to the society.

Keywords: New Brazilian Code of Civil Procedure; stability of jurisprudence; justification of judicial decisions; judicial fact-finding discretion; Law and Economics.

1 * Ministro do Supremo Tribunal Federal. Vice-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor em Direito Processual civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia.

2 † LL.M. (Master of Laws) candidate, Harvard Law School. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). cursou análise econômica do Direito pela University of Chicago. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ). Diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

Dois temas fundamentais e intrinsecamente conectados ganham aprimorada dimensão com o Código de Processo Civil de 2015. A uniformização da jurisprudência, no modelo estabelecido pela nova legislação, atrai um regime de maior rigor em relação à fundamentação das decisões judiciais, no afã de prover balizas mais seguras para a aplicação do direito pelas diversas instâncias do Judiciário, bem assim constituir ambiente de previsibilidade para os jurisdicionados.

Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o respeito aos precedentes é extremamente valioso, seja porque elabora um arcabouço informativo destinado a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do direito, seja porque os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios.³ Tudo isso apenas é possível à medida que as decisões judiciais sejam motivadas em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subsequentes.

Em um plano mais abrangente, o destaque ao dever de motivação é permeado por todo o texto do novo diploma. O art. 11 do Código de Processo Civil de 2015, em sua parte final, impõe a nulidade de qualquer decisão do Poder Judiciário destituída de fundamentação. Já o art. 489, § 1º, do mesmo diploma, enumera hipóteses em que “não se considera fundamentada” a decisão judicial – na realidade, são hipóteses nas quais a fundamentação, embora existente, é deficiente, incapaz de atender ao dever de motivação.

Adota-se, no processo civil pátrio, o sistema do livre convencimento motivado ou da persuasão racional. Por essa perspectiva, concebe-se o processo como instrumento de realização da justiça compromissado com a verdade, no bojo do qual serão colhidas provas e argumentos destinados a reconstruir os fatos históricos relevantes para a causa, bem assim a definição do conjunto normativo aplicável. Dispensar o julgador da explicitação do caminho que o conduziu ao provimento exarado seria igualmente desonerá-lo do compromisso com a realidade dos fatos, com a lei e, em última análise, com a justiça. Na Europa medieval, muitas disputas eram resolvidas pelo método das ordálias, sob influência de explicações divinas e metafísicas para a justiça, que poderiam consistir em juramento, duelo, prova d'água, caldeirão fervente, ferro incandescente, fogo *etc.* Michele Taruffo narra que as ordálias não eram compreendidas como meios de prova em sentido estrito, ou seja, como instrumentos para apurar a verdade sobre os fatos que fundamentavam a controvérsia. Eram consideradas instrumentos para chegar a uma decisão definitiva nos casos de incerteza, e não uma técnica destinada à descoberta da verdade.⁴

Devem os juízes ser extremamente ciosos quanto ao cumprimento do dever de motivar suas decisões, na medida em que este é o aspecto distintivo entre o seu ofício e a resolução das controvérsias por meios totalmente aleatórios, como jogar ao alto uma moeda e decidir por cara-ou-coroa.

3 SPIER, Kathryn E. Litigation. In: Handbook of Law and Economics. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007. p. 298

4 TARUFFO, Michele. Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 22

Há, inclusive, estudos específicos demonstrando como pode ser positiva a tomada de decisões por cara-ou-coroa: Steven Levitt, professor de economia da Universidade de Chicago, identificou uma correlação entre esse método decisório e um aumento na sensação de felicidade dos que o adotam para definir o rumo de suas vidas.⁵ Fugindo à aleatoriedade, já há métodos de resolução de conflitos baseados em algoritmos e *softwares* computacionais (*online dispute resolution* – ODR).⁶ Se a prestação jurisdicional não resultar de um refletido e racional processo conducente à conclusão adotada, é melhor resolver litígios por métodos menos onerosos e lentos.

A fundamentação do *decisum* é ponto crucial da concepção democrática do processo, tanto que insculpida na Carta Magna como garantia fundamental (art. 93, IX). Com efeito, a legitimidade democrática do Judiciário reside no fato de que, em juízo, a solução justa é encontrada pelo Estado-juiz em conjunto com as partes. Há, assim, ativa participação e influência dos cidadãos na formação da jurisprudência. Quanto à capacidade de participação dos indivíduos na tomada de decisões, é relevante notar que o Legislativo edita normas por meio de parlamentares eleitos com base em critérios complexos, nem sempre assecuratórios da representatividade popular – vide discussões sobre o critério proporcional de eleição, o regime de suplência, distribuição de tempo de propaganda na TV, financiamento de campanhas *etc.* Muitas das leis editadas pelo Congresso impõem regras de enorme impacto na vida diária das pessoas, sem que se tenha oportunizado à imensa maioria delas, sequer indiretamente, expor suas razões ou influenciar de forma efetiva o conteúdo do regramento promulgado. Em vez de um regime “pelo povo e para o povo”, o que se observa na prática legislativa é a utilização do poder político por grupos minoritários, que pressionam parlamentares para obtenção de benefícios em detrimento da maioria da população, a qual fica alheia ao processo de tomada de decisão. O direito surgido nos Tribunais guarda legitimidade democrática substancialmente maior, porquanto é resultado de diversas discussões travadas, em casos concretos, entre sujeitos diretamente interessados no assunto controvertido, sendo a solução jurídica descoberta em conjunto com os jurisdicionados e não arbitrariamente imposta.⁷ Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados.

O Estado não deve se limitar a impor seus provimentos, pois o papel constitucional que lhe foi atribuído é promover a justiça e a pacificação social. Nesse contexto, o convencimento das partes acerca da legitimidade da decisão é essencial. A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento ou não. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.

Não se compatibilizava com esse raciocínio a jurisprudência no sentido de que os Juízes e Tribunais não estão obrigados a responder a todos os argumentos das partes na fundamentação

5 LEVITT, Steven D. “Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness”. In: NBER Working Paper N^o. 22487, aug. 2016, JEL No. D12, D81.

6 GOODMAN, Joseph W. “The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites”. In: 2 Duke Law & Technology Review 1-16 (2003).

7 Sobre o tema, recomenda-se vivamente a leitura da obra de LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. 3. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

da sentença.⁸ Por força do mandamento constitucional, havendo diversos argumentos igualmente aptos, em tese, a dar supedâneo ao direito que a parte alega ter, o magistrado tem o dever de analisar cada um deles, sob pena de vício na fundamentação do julgado. Ilustre-se com a situação do demandante que postula a declaração de nulidade de um ato administrativo por desvio de finalidade e por ausência de competência da autoridade que o produziu. Uma sentença de improcedência calçada apenas na inexistência do defeito na finalidade do ato não satisfaz a exigência do art. 93, IX, da Constituição, pois nega, sem qualquer motivação, a pretensão baseada na segunda causa de pedir.⁹

É nesse contexto que deve ser compreendida a previsão do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, segundo o qual é deficiente a fundamentação da decisão quando não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Infelizmente, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que esse preceito não alterou sua jurisprudência construída sob a égide do Código anterior, pois o “julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão”.¹⁰ Este entendimento não está de acordo com a orientação do Supremo Tribunal Federal, cuja Primeira Turma assentou: “A motivação das decisões judiciais, dever imposto pelo art. 93, IX, da Constituição, resta satisfeita quando os fundamentos do julgado repelem, por incompatibilidade lógica, os argumentos que a parte alega não terem sido apreciados”.¹¹ Assim, o julgador deve analisar todos os pontos controversos à luz das alegações das partes, desincumbindo-se do dever de motivar sua decisão apenas quando racionalidade da fundamentação for idônea a afastar todos aqueles argumentos deduzidos nos autos teoricamente capazes de respaldar a consequência jurídica invocada.

A fundamentação do julgado não é completa, outrossim, quando inadequada ao caso apreciado, despreocupada com as suas peculiaridades. O jurisdicionado deve ter o conforto de que a sua

8 V. g.: “(...) O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (STF, AI-QO-RG 791292, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, julgado em 23/06/2010); “(...) Não padece de omissão o acórdão proferido de forma clara, precisa e suficientemente fundamentada, pois é cediço que o Juiz não está obrigado a responder, um a um, aos argumentos expendidos pelas partes” (STF, RE 437831 AgR-ED, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 18/10/2005); “(...) Não viola os artigos 165, 458 e 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta”. (STJ, REsp 681638/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 26/09/2006).

9 Sobre o direito da parte à análise de todos os fundamentos suscitados, confira-se o seguinte precedente: “PROCESSUAL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - LEGITIMIDADE DO RECORRIDO - ACÓRDÃO QUE NÃO OS RESPONDE - NULIDADE (CPC ART. 535). I - É direito da parte obter comentário sobre todos os pontos levantados nos embargos declaratórios. II - É nulo, por ofensa ao Art. 535 do CPC, o acórdão que silencia sobre questão formulada nos embargos declaratórios. III - Em sendo parte, o recorrido não pode ser constrangido a suportar, em silêncio, omissões, contradições ou imperfeições do Acórdão. Tanto, quanto o recorrente, ele tem acesso aos embargos declaratórios. IV - As questões suscitadas em contra-razões de recurso especial - quando pertinentes - devem ser resolvidas no respectivo julgamento.” (STJ, EREsp 95441/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 08/04/1999, DJ 17/05/1999).

10 STJ, EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016.

11 STF, RMS 27967, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 14/02/2012.

causa foi atentamente analisada pelo magistrado, ainda que sua pretensão não tenha sido acolhida. O acúmulo de processos não pode servir de álibi para a desumanização da Justiça, com a prolação de decisões genéricas padronizadas ou dotadas de motivação extremamente concisa. Com essa preocupação, o art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa carente de motivação válida a decisão judicial que se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida (inciso I); que empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (inciso II); ou que invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (inciso III). Não se pretende condenar a prática de utilização de modelos, cujo emprego é salutar por promover a isonomia, a segurança jurídica, a agilidade e a previsibilidade da prestação jurisdicional. Exige-se do magistrado, no entanto, a demonstração da aderência da fundamentação às especificidades do caso concreto.

O inciso V do art. 489, § 1º, do CPC/2015 prevê não atendido o dever de motivação quando a decisão se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. É curioso notar que na Itália, por ocasião da reforma de 2009, o legislador inseriu no art. 118 das *Disposizioni di Attuazione del CPC* a possibilidade de ser satisfeita a obrigação de motivação simplesmente com referimento a precedentes (“*precedenti conformi*”).¹² A novidade foi combatida de forma ferrenha pela doutrina, anotando Gian Franco Ricci que até nos casos mais simples a motivação não pode consistir exclusivamente na citação de um precedente, demandando necessariamente também a referência à questão de direito ou de fato que justifica a decisão.¹³

Por fim, o inciso VI do art. 489, § 1º, do CPC/2015 reputa não fundamentada a decisão que deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. O dispositivo se justifica tendo em vista que o Código passa a adotar um sistema de precedentes vinculantes, nos termos do seu art. 927. O afastamento da jurisprudência vinculante, nesse sentido, somente será legítimo se realizada a necessária distinção entre o caso julgado e o paradigma (*distinguishing*), ou mediante a demonstração da superação do entendimento por legislação superveniente ou novo entendimento do próprio Tribunal, em julgamento devidamente motivado.

Em face da decisão que não observe o disposto no art. 489, § 1º, do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração para suprimento de omissão (art. 1.022, parágrafo único, II). Apesar de o referido parágrafo primeiro afirmar que, nas hipóteses elencadas, “não se considera fundamentada” a decisão, a consequência jurídica será a invalidade por deficiência de motivação.

Questão muito debatida na doutrina é a validade de provimentos jurisdicionais que adotam, como razões de decidir, tão somente os fundamentos da manifestação de uma das partes, do Ministério Público ou de auxiliar da justiça – ou mesmo de decisão anterior no mesmo processo. É a denominada motivação *per relationem*, cuja constitucionalidade, à luz do art. 93, IX, da Carta Magna, é

12 BODART, Bruno Vinícius Da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: O novo Processo Civil brasileiro – Direito em expectativa. FUX, Luiz (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 43

13 RICCI, Gian Franco. La riforma del processo civile. Torino: G. Giappichelli, 2009. p. 26

reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁴ Mais importante do que averiguar se houve transcrição ou remissão de manifestação alheia pelo magistrado é avaliar se as questões suscitadas nos autos foram decididas com efetiva análise dos argumentos das partes. Obviamente, uma decisão que se limite a fazer remissão deve ser considerada suspeita de deficiência de fundamentação. No entanto, apenas no caso concreto será possível avaliar o efetivo atendimento do art. 93, IX, da Constituição.

É muito comum que, no seu voto de desprovimento do agravo interno, o relator adote como razão de decidir os mesmos fundamentos de sua decisão monocrática recorrida. O art. 1.021, § 3º, do CPC/2015 proíbe a prática, devendo o relator enfrentar analiticamente os argumentos apresentados pelo recorrente no agravo. No entanto, caso o agravante se limite a reiterar os mesmos argumentos já examinados na decisão monocrática combatida, não há qualquer utilidade em obrigar o julgador a redigir uma nova motivação, por mera formalidade. Deve-se interpretar o dispositivo, portanto, como um dever de acrescentar novos fundamentos quando o recurso de agravo igualmente contiver novos argumentos.

Um fator que contribui para a insegurança jurídica na jurisprudência diz respeito à motivação das decisões colegiadas. O sistema de precedentes vinculantes inaugurado pelo Código de Processo Civil de 2015 encontrará um grande obstáculo na sistemática de votação dos Tribunais. É muito comum que cada um dos magistrados apresente suas próprias razões de decidir, tornando difícil, senão impossível extrair do julgado uma fundamentação comum para nortear a solução de casos pendentes e futuros. É verdade que, à luz do art. 1.038, § 3º, do CPC/2015, o conteúdo do acórdão deve abranger a análise dos fundamentos relevantes da tese jurídica discutida. Nada obstante, frequentemente a tese fixada no dispositivo do acórdão demanda interpretação à luz das motivações fornecidas individualmente pelos julgadores. Na Suprema Corte dos Estados Unidos, país em que se observa o *stare decisis*, apenas um dos *Justices* redige a minuta de voto da Corte (*Court's opinion* ou *main opinion*), que será o parâmetro para aplicação da tese. Uma maioria de julgadores deve concordar com todo o conteúdo do voto da Corte antes da sua publicação. Por isso, o *Justice* a cargo de redigi-lo deve ser cuidadoso e levar em consideração todos os pontos suscitados pelos seus pares. Essa sistemática preserva a unicidade de entendimento da Corte sem tolher o direito de cada magistrado declinar suas próprias razões, por meio de votos paralelos favoráveis ou contrários (*concurring and dissenting opinions*).

Para que se garanta que as disposições do novo Código serão refletidas em frutos concretos para os cidadãos, é imperioso estar atento à racionalidade que inspirou a sua elaboração. Como ensina Richard Posner, a jurisprudência é um estoque de capital que gera incremento produtivo às futuras decisões do Judiciário. Trata-se de um acúmulo de conhecimento que produz utilidade por vários anos a potenciais litigantes, em formato de informações sobre suas obrigações jurídicas.¹⁵

14 STF: ADI 416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2014; MS 33558 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 25/11/2015; ARE 936510 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 08/03/2016; Rcl 4416 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016; RMS 30461 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 15/03/2016; AI 809147 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 02/12/2010; AI 738982 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 29/05/2012.

15 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 759.

O estoque de capital, assim, traduz-se em menos demandas judiciais, já que, sendo possível realizar um prognóstico de suas chances em juízo, as partes tendem a solucionar suas desavenças consensualmente – ou as desavenças podem sequer ocorrer. Mais ainda, a heurística derivada da aplicação de precedentes simplifica a tarefa do julgador, poupando recursos na solução dos casos.

É papel dos juízes impedir que esse capital se deteriore, adaptando-o às evoluções sociais ao longo do tempo, mas também formulando precedentes bem fundamentados e os respeitando em julgamentos subsequentes. O magistrado que decide em desacordo com precedentes, sem observância das regras próprias do *overruling*, para satisfazer preferências pessoais, agendas políticas ou até mesmo para que suas habilidades argumentativas ganhem destaque, ameaça diretamente o capital consubstanciado no arcabouço jurisprudencial. A proliferação dessa conduta assistemática transmuda o Judiciário em um aparelho disfuncional para a multiplicação de regras socialmente ineficientes. Recursos serão desnecessariamente gastos com a reforma de decisões não alinhadas à jurisprudência. As consequências negativas também atingem os juízes: se a atual geração de magistrados não respeita os precedentes criados pelos mais antigos, a próxima geração provavelmente também não respeitará os julgados dos juízes de hoje. E se os magistrados das Cortes Superiores ignorarem os próprios precedentes, o respeito a estes por todo o sistema judicial restará comprometido.¹⁶ Em última análise, a credibilidade do Judiciário como instituição resta comprometida, legitimando a ampliação do espaço de atuação dos outros Poderes.¹⁷

Noutro prisma, a boa-fé do Estado-Juiz, insculpida no art. 5º do CPC/2015, também compreende o dever de coerência na atividade jurisdicional. Com efeito, trata-se de uma preocupação central do Código, cujo art. 926 impõe aos Tribunais a uniformização de sua jurisprudência para mantê-la estável, íntegra e coerente. Repise-se que a segurança jurídica quanto ao entendimento dos Tribunais pauta não apenas a atuação dos órgãos hierarquicamente inferiores, mas também o comportamento extraprocessual de pessoas envolvidas em controvérsias cuja solução já foi pacificada pela jurisprudência. A disposição das partes a resolver suas disputas por um acordo, à luz da teoria dos atores racionais, resulta da multiplicação da probabilidade de vitória pelo proveito (ou prejuízo, no caso do potencial réu) esperado com o valor fixado em condenação por eventual sentença judicial, subtraindo-se disso o custo de litigar em juízo.¹⁸ Nos Estados Unidos, onde a higidez dos precedentes é valorizada, apenas 2% (dois por cento) das causas de acidentes automotivos, 4% (quatro por cento) de todas as causas cíveis nas Cortes estaduais e menos de 2% (dois por cento) das causas cíveis federais são resolvidas por ato jurisdicional de mérito.¹⁹

A não aplicação de precedentes pode ocorrer legitimamente sob a forma de distinção (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Quando regularmente aplicada, a distinção não configura desrespeito à jurisprudência, mas a sua complementação à luz de informações colhidas em casos

16 POSNER, Richard A. Op. cit. p. 761-762.

17 SHLEIFER, Andrei. *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

18 POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011. p. 135 e ss.

19 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014. p. 779. GALANTER, Marc. "The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts". In: *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, 459–570, Nov. 2004.

subsequentes. O *distinguishing* preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados ao Judiciário. Casos futuros, assim, devem respeitar tanto os precedentes anteriores quanto aquele gerado pela distinção. Por sua vez, a superação de um precedente reduz o seu valor a zero, de modo que a repetição frequente da prática de *overruling* desestabiliza a segurança jurídica.²⁰ Não por acaso, o art. 927, § 4º, do CPC/2015 determina que a “modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia”. Ante a natureza excepcional da superação de precedentes, é prevista no Código a possibilidade de modulação temporal dos efeitos do *overruling*, bem assim de realização de audiências públicas ou oitiva de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, §§ 2º e 3º, do CPC/2015).

Não se quer afirmar que o *overruling* é prática sempre deletéria. Cuida-se de importante mecanismo para eliminar regras jurídicas ineficientes e substituí-las por normas mais consentâneas com a evolução dos tempos. É, portanto, característica essencial de um sistema jurídico funcional, malgrado excepcional.²¹ A ineficiência surge nos casos em que o desrespeito aos precedentes ocorre de forma velada, como um falso *distinguishing*, pela deturpação dos fatos da causa para conduzir ao resultado de preferência do julgador, independente dos seus motivos para tanto. Quando as regras jurídicas para complementação de precedentes são rigorosamente seguidas, incluído o dever de detalhada fundamentação, a evolução da jurisprudência tenderá ao aumento do bem-estar social, ainda que os juízes responsáveis pela mudança sejam movidos por inclinações políticas, interesses de carreira, experiências pessoais ou outras preferências diversas da maximização da eficiência do sistema jurídico.²²

A incerteza jurisprudencial impede que as partes possam prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes sobre o custo-benefício do processo judicial e também sobre o âmbito dentro do qual os termos do acordo podem variar sem deixar de gerar proveito para todos os envolvidos. Em suma, é bastante provável que o demandismo e a “cultura de litigância” tão propalados sejam, em parte, um reflexo do descompromisso com a estabilidade da jurisprudência. Que o novo Código de Processo Civil seja um marco em direção a um sistema de justiça mais eficiente.

20 POSNER, Richard A. Op. cit. p. 761-762.

21 Sobre os benefícios da eliminação de regras ineficientes pela atividade jurisdicional, v. COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis; LANE, David. Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent. In: The Bell Journal of Economics, Vol. 10, No. 1 (Spring, 1979), pp. 366-373.

22 Nesse sentido, o modelo apresentado por GENNAIOLI, Nicola. The evolution of Common Law. In: The Failure of Judges and the Rise of Regulators. Cambridge: The MIT Press, 2012. p. 53-75. Segundo o autor, essa conclusão ganha mais força em áreas do Direito menos politizadas, como o Direito Contratual e o Societário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BODART, Bruno Vinícius Da Rós; ARAÚJO, José Aurélio de. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana – sugestões de Direito comparado para o anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: *O novo Processo Civil brasileiro – Direito em expectativa*. FUX, Luiz (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2011.

COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis; LANE, David. Liability Rules, Limited Information, and the Role of Precedent. In: *The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, No. 1 (Spring, 1979), pp. 366-373.

GALANTER, Marc. “The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts”. In: *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 1, Issue 3, 459–570, Nov. 2004.

LEONI, Bruno. *Freedom and the Law*. 3. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1991.

LEVITT, Steven D. “Heads or Tails: The Impact of a Coin Toss on Major Life Decisions and Subsequent Happiness”. In: NBER Working Paper Nº. 22487, aug. 2016, JEL No. D12, D81.

POLINSKY, A. Mitchell. *An Introduction to Law and Economics*. 4. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.

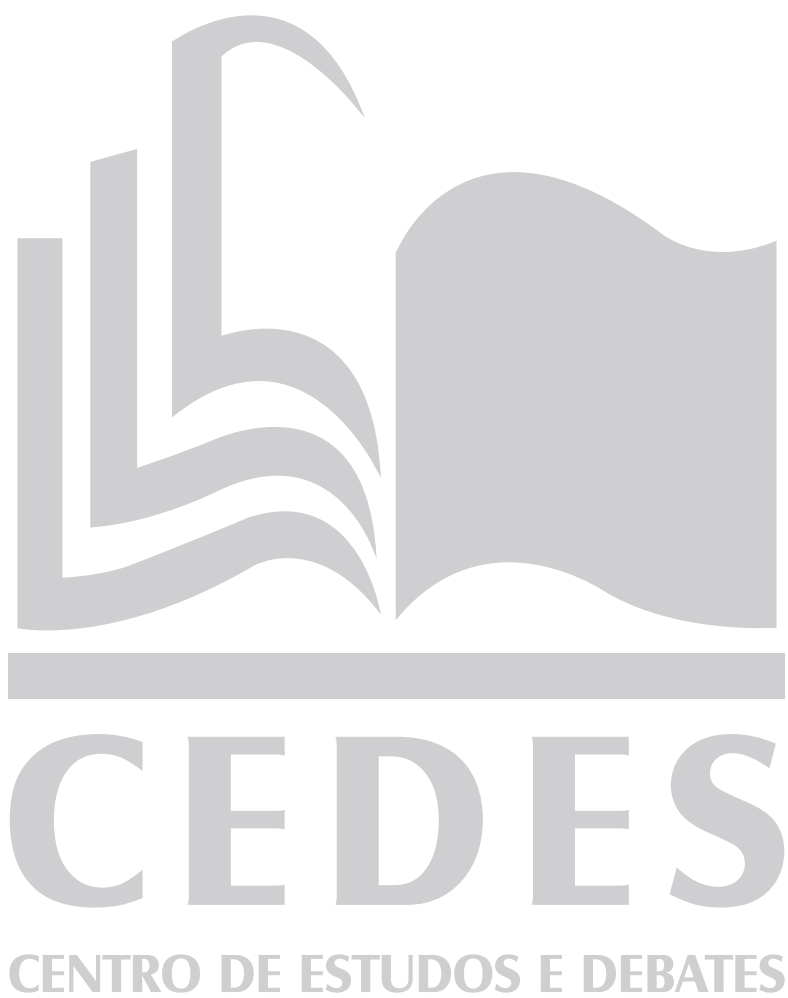
POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 9. ed. New York: Wolters Kluwer, 2014.

RICCI, Gian Franco. *La riforma del processo civile*. Torino: G. Giappichelli, 2009.

SHLEIFER, Andrei. *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*. Cambridge: The MIT Press, 2012.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: *Handbook of Law and Economics*. Steven Shavell e Mitchell Polinsky (org.). V. 1. Amsterdam: Elsevier, 2007.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade – O Juiz e a construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.



1. Fonte constitucional da assistência judiciária gratuita e integral

O NCPC dispõe nos arts. 98 a 102 sobre o que denominou de *gratuidade de Justiça* e, no seu art. 1072, inciso III, revogou os arts. 2º a 4º, 6º e 7º, 11, 12 e 17 da velha Lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950 que, embora atualizada algumas vezes em seus sessenta e cinco anos de vigência, diz ainda na sua ementa que pretende estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

O art. 98 do NCPC diz que o direito à gratuidade da justiça é exercido *na forma da lei*.

Há um grave equívoco do novel Código ao se referir à forma da lei como fundamento do que denominou de gratuidade *da Justiça*.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, § 1º, mandou que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata e, assim, dispensam a intervenção do legislador infraconstitucional, a *interpositio legislatoris*, para a vigência e eficácia em cada caso.

Quanto entrou em vigor a Lei nº 1060/50, na vigência da Constituição de 1946, entendia-se na doutrina e na prática constitucional que a legislação infraconstitucional era necessária para fazer valer os direitos constitucionais. E tanto era assim que dispunha o art. 141, na declaração dos direitos individuais: § 35 - *O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados*.

Daí porque a vetusta Lei nº 1060/50, em seu art. 1º, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7510/1986, em dispositivo ainda vigente em face do prefalado art. 1072, III, do NCPC, proclama agora inutilmente, esquecido do Distrito Federal e das entidades sociais e governamentais que prestam o mesmo e relevante serviço:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

* Doutor em Direito pela UGF, Professor da EMERJ e da UNIVERSO. Desembargador do TJ-RJ.

Nos regimes das revogadas Cartas Constitucionais ainda era a lei ou a norma infraconstitucional que deflagrava a eficácia das normas constitucionais sobre direitos e garantias constitucionais, inclusive o que então se denominou de *assistência judiciária aos necessitados*.

A partir de 5 de outubro de 1988, e não só pela desconfiança com o legislador para a eficácia dos direitos constitucionais, mas porque assim tem sido considerado nesta Era dos Direitos como lembrada por Norberto Bobbio¹, grita a Constituição originária em seu art. 5º, no Título II, dos direitos e garantias fundamentais:

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

.....

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

....

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - 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.

E no seguinte art. 6º, instituiu como direito social, entre a educação, a saúde, a previdência social, entre outros, também a *assistência aos desamparados*.

Certamente entre estes últimos, estão os desamparados de Justiça, aquele que foram lembrados no Sermão da Montanha: *bem aventurados os que têm fome e sede de justiça porque serão saciados.*²

Se tem fonte constitucional o direito à assistência judiciária somos todos levados inexoravelmente a considerar que o texto legal, tanto do que sobrou da velha Lei nº 1060/50 como também o que temos nos arts. 98 a 102 do NCPC, instituem para o intérprete e para o aplicador do Direito que

1. Tem por fonte normativa a Constituição, não a vontade do legislador infraconstitucional, e assim dotada da força que lhe impõe a Lei Suprema;

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

² Mateus, capítulo V, versículo 6.

2. É indicador poderoso, mas não exclusivo, na formulação das políticas estatais e sociais, das decisões e da concretização da ora tratada garantia fundamental; e
3. É o valor da garantia fundamental o que inspira, ou deveria inspirar, não só todo o processo de elaboração do texto legal como, principalmente, a interpretação, a aplicação, a incidência da norma, inclusive levando, se necessário, à denominada interpretação conforme a Constituição, de forma a assegurar a esta a prevalência e a força que a caracterizam.

A fonte, o fundamento normativo, o valor ético, da gratuidade da Justiça é a Constituição, a norma supra legal; não o esforço do legislador resultando no texto legal que é o NCPC.

Há vinculação dos órgãos estatais e das entidades sociais ao fundamento constitucional, vez que se trata de direito social, de segunda geração na classificação difundida por Karal Vlasak³.

Como se vê nos arts. 196 e 198 da Constituição quanto à saúde, no art. 206 quanto à educação, no art. 227 quanto à proteção da pessoa em formação, no art. 230 no atinente ao idoso, o direito social tem como objeto prestações diferenciadas de serviços públicos e privados de encargo não somente do Poder Público mas toda a sociedade voltados à maior igualdade dos cidadãos.

Como todo e qualquer direito social, a garantia da assistência judiciária integral e gratuita ao necessitado somente pode ser apurada em cada caso concreto, incumbindo a quem aplica as normas verificar se a pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente despersonalizado, necessita do amparo para que possa não só acessar a Justiça mas também se ver tratada com paridade de armas em face do oponente, ainda que mais poderoso.

Por isso, foi revogado o art. 2º da Lei nº 1060/50, cujo § 2º tentava impor o conceito, para fins legais, de necessitado, restringindo-o àquela situação econômica que não permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ainda hoje, desgraçadamente, há quem aplique pretensos critérios objetivos para a concessão da gratuidade de Justiça, geralmente de forma negativa, como, por exemplo, estabelecer que a ela não tem direito quem ganha mais de dois salários mínimos, ou quem reside em local considerado nobre da cidade ou, até mesmo, porque comprou a prazo um veículo que pretende usar nas atividades profissionais.

O conceito foi melhorado no art. 98 do Código, acrescentando, no *caput*, a expressão *despesas processuais*, assim se referindo a toda e qualquer despesa referente ao processo, seja prévia, incidental ou até mesmo posterior, e dizendo, embora implicitamente, no § 1º que também são coobrigados à garantia fundamental pessoas e entidades que não só os integrantes da Justiça e da Advocacia, mas também até mesmo o empregador privado da testemunha, a qual receberá salário integral, como se em serviço estivesse (inciso IV).

3 SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Forense. 2009, 3ª ed., pp. 302/3.

Muito além de um direito liberal, ou liberdade pública, ou direito da primeira geração, previsto em norma que interdita ou veda ao Poder Público e à sociedade a conduta que interfira na proteção da atividade do indivíduo, e assim tem conteúdo negativo, como, por exemplo, não violar a correspondência, não torturar etc, o direito social tem por conteúdo uma atividade ou prestação de serviço que não é só de encargo do agente público, mas também de entidades e pessoas privadas.

Não se suspeite de alguma inconstitucionalidade pela previsão do art. 98, §1º, IV, do NCPC, de que empregadores e outros agentes não governamentais estejam sob o influxo da assistência judiciária a despeito de constar no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, a expressão *Estado*.

Tal significa simplesmente que poderão empregadores e demais entes não governamentais pedir a indenização pelo que acaso despenderam com fundamento no art. 37, § 6º, pois a responsabilidade civil do Estado constitui garantia do Estado Democrático de Direito, de evidente cunho liberal, de proteção do patrimônio e da empresa:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A Constituição erigiu o que o NCPC denominou de *gratuidade da Justiça* como garantia fundamental para o amplitude do direito de acesso à Justiça que se exige no Estado Democrático de Direito.

2. A assistência judiciária e as Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

Examina-se o direito de acesso do cidadão aos tribunais nacionais, e conseqüentemente, da exigência da garantia da assistência jurídica gratuita e integral, perquirindo, através dos atos internacionais de declaração de direitos e garantias, sobre uma das garantias fundamentais consideradas imprescindíveis ao reconhecimento de uma sociedade civilizada.

O que aqui se destaca não é o direito do Estado de se socorrer da jurisdição internacional, mas o direito da pessoa humana de procurar amparo nos tribunais nacionais, contrapondo-se a quaisquer forças econômicas, sociais, políticas, religiosas e até mesmo em face do seu Estado de origem.

E não basta que se garanta o direito de acesso aos tribunais, o de ajuizar as demandas, o de formular as reclamações que são cabíveis em cada sociedade.

O mínimo que se garante é que tal acesso à jurisdição seja dado de forma a assegurar a todos e a qualquer um, não só o caminho mas também que, já em Juízo, seja tratado tanto quanto possível em igualdade de condições, em paridade de armas, com meios que possa se manifestar, defender, exigir os direitos.

Não há Justiça sem tratamento igualitário das partes no processo em que se digladiam.

E assim é porque a garantia de acesso aos tribunais corresponde, nos tempos atuais, à constatação da evolução da consciência coletiva sobre o tema como elemento essencial à realização do Direito, independentemente das limitações que existam nos diversos países.

Percebe-se, desde logo, que finalmente restou ultrapassado o longo período nas relações internacionais em que somente se reconhecia o Estado e as associações estatais como os protagonistas e únicos sujeitos de direitos.

A pessoa humana é o sujeito e o objeto do Direito e a razão, a causa, o instrumento e o destinatário do Poder Público e das instituições sociais e econômicas.

Cada vez mais se reconhece ao indivíduo, simplesmente por sua qualidade de ser vivo nascido de mulher, o direito de atuar no Direito Internacional, exercendo direitos e impondo deveres, não como súdito e nacional de um país, mas como o titular do poder e da indisponível faculdade de afirmar a identidade e dignidade inerentes à pessoa humana, até mesmo confrontando o próprio Estado nacional nos tribunais próprios e internacionais, em igualdade de condições processuais e em procedimento público perante juízes isentos.

A teoria da soberania nacional, como fundamento de instituição do Estados modernos, a contar do final do século XV, desde então serviu de princípio invencível para o menosprezo da individualidade e de rejeição da pessoa humana como titular de direito na área internacional.

Decorrente da ideia que levou à criação dos grandes Estados nacionais, a soberania nacional era um dogma que levou Immanuel Kant, em sua *A paz perpétua*, a propor que nenhum Estado deve imiscuir-se com emprego de força na constituição e no governo de outro Estado⁴ e, mais, adiante:

Povos, como Estados, podem ser considerados como homens individuais que, em seu estado de natureza (isto é, na independência de leis exteriores) já se lesam por estar um ao lado do outro no qual cada um, em vista de sua segurança, pode e deve exigir do outro entrar com ele em uma constituição similar à civil, em que cada um pode ficar seguro de seu direito.

A soberania nacional foi o fundamento ideológico de instituição dos grandes Estados que decorreram de caracteres como a herança comum, a ascendência derivada de um determinado herói ou tribo, respeito aos ancestrais comuns, língua e religião comuns decorrentes da ideia de nação.

Constituiu um verdadeiro dogma nos séculos XVIII e XIX, a assegurar, no plano interno, a atuação do Governo e respectivas aristocracias ou oligarquias que empolgavam o Poder Público e, no plano externo, o estado de natureza referido por Kant.

4 IMMANUEL Kant. *A paz perpétua*, tradução e prefácio de Marco Zingano, Porto Alegre, L&PM, 2088, p. 18.

Consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 3º, que *o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação e nenhum órgão ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément)*.

Os mais fortes Estados poderiam dominar os mais fracos, os povos menos evoluídos ficavam sob a tutela dos mais civilizados, assim cristalizando o imperativo de que *o homem é o lobo do homem*, e que este está submetido ao Estado supremo no exercício de seu poder para regular a vida de homens que no estado natural se apresentam como egoístas – é o Leviatã de que nos fala Hobbes.⁵

Lembrando a frase de Hegel, tão difundida entre nós por Luiz Pinto Ferreira: *a História é a consciência progressiva da Liberdade*,⁶ com a conscientização da sociedade sobre a dignidade da pessoa humana, a sua proteção se tornou exigência geral no final do século XX e início deste século XXI, com o consenso quase universal da ideia de que o valor da dignidade da pessoa humana é o que deve prevalecer sobre os demais interesses, ainda que em confronto com o Poder Público e com os grupos sociais e econômicos ainda que mais poderosos.

3. Acesso aos tribunais e igualdade de tratamento das partes nas declarações internacionais de direitos humanos

O acesso à Justiça está entre os mais poderosos instrumentos de garantia dos direitos humanos, assegurado nos mais solenes atos normativos, como as declarações internacionais e as Constituições.

Tais atos normativos conferem aos tribunais, como órgãos de poder isentos e acessíveis a todos, a capacidade de conformar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e dos centros de poder fora do Estado, competência expressa até mesmo em suas leis, e das demais forças sociais e econômicas que possam eventual e injustamente dominar o indivíduo e lhes suprimir ou restringir o direito fundamental de afirmação da própria personalidade, o qual somente encontra limites na liberdade de outrem.

Também no plano internacional, em cumprimento aos atos internacionais que os instituíram, os tribunais passam a admitir, cada vez mais, os pleitos das pessoas individuais, ampliando o leque dos legitimados ativos que antes ficava restrito aos Estados e às organizações internacionais.

O assegurar à pessoa o direito do *Day in Court*, o direito de acesso aos tribunais na expressiva dicção estadunidense, constitui tema comum das declarações de direitos, e está assegurado

5 HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo, 1984. 419 páginas. Editora Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.

6 Kainz, Howard P., 1996. G. W. F. Hegel. Ohio University Press.

em diversas atos internacionais e, pode-se dizer, até mesmo, na vida cotidiana da maioria dos países civilizados, evidentemente com maior ou menor dificuldade dependendo do sistema legal.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, nos casos *Boumediene v. Bush* e *Al Odah v. United States* foi assegurado o direito ao julgamento de pessoas que se encontravam detidas em instalações militares em Guantánamo e submetidas durante longos anos a investigações por supostos atos de terrorismo.

O *Justice Kennedy* escreveu a última decisão pela maioria, historiando os casos em que os tribunais consideraram casos de estrangeiros aprisionados em julgamento.

Reconhecendo a originalidade do caso em julgamento, pois nenhum precedente foi encontrado, a *Supreme Court* reafirmou o seu papel de atuar como um freio aos abusos do ramo Executivo do governo, enfatizando que as regras constitucionais de suspensão dos direitos foram afirmadas, pelos fundadores da Pátria, como proteção contra os abusos cíclicos do Poder Executivo.

Os franceses proclamaram ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, instituindo garantias que somente podem ser efetivadas perante um tribunal imparcial e acessível, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos e que mereceram reprodução, ainda que parcial, na Constituição brasileira de 1988, art. 5º:

Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. (Art. 70. Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos previstos na lei e segundo as formas que elas prescrevem. Aqueles que solicitam, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrarias devem ser punidos; mas todo cidadão preso ou punido em virtude da lei deve obedecer de pronto para não ser considerado culpado por resistência)

Article 8. - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (art. 80. A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada).

Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur

qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (Todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado; se a sua prisão for considerada indispensável, será severamente punido pela lei todo rigor que não seja necessário para se assegurar sua pessoa).

Na mesma linha liberal, mesmo porque elaborada pelos traumatizados vencedores da II Grande Guerra, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo VIII - Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

- 1. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.*

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Mais extensamente, certamente porque é mais moderna, declara a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

- 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
- 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- 3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrário.*
- 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.*
- 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
- 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*
- 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

Artigo 8. Garantias judiciais

- 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que*

se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas;

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou interprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação previa e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado.

Artigo 10. Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Um grupo de juristas muçulmanos organizou a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, em que se destacam os seguintes direitos:

IV – Direito à Justiça

Toda a pessoa tem o direito de ser tratada de acordo com a Lei e somente na conformidade dela. Toda a pessoa tem não só o direito, mas também a obrigação de protestar contra a injustiça, de recorrer a solução prevista em Lei, com relação a qualquer dano pessoal ou perda injustificada; para a autodefesa contra quaisquer ataques contra ela e para obter apreciação perante um tribunal jurídico independente em qualquer disputa com as autoridades públicas ou outra pessoa qualquer. É direito e obrigação de todos defender os direitos de qualquer pessoa e da comunidade em geral (hisbah). Ninguém será discriminado por buscar defender seus direitos públicos e privados. É direito e obrigação de todo muçulmano recusar-se a obedecer a qualquer ordem que seja contrária à Lei, não importa de onde ela venha.

V – Direito a Julgamento Justo

Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente. Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa. A punição será estabelecida de acordo com a Lei, na medida da gravidade da ofensa e levadas em conta as circunstâncias sob as quais ela aconteceu. Nenhum ato será considerado crime, a menos que esteja estipulado como tal, nos termos da Lei. Todo indivíduo é responsável por seus atos. A responsabilidade por um crime não pode ser estendida a outros membros da família ou grupo, que, de outra maneira, não estejam direta ou indiretamente envolvidos no cometimento do crime em questão.

Consta no fecho da declaração que é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico para marcar o início do 15º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980. A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos baseia-se no Alcorão e na Sunnah e foi compilada por eminentes estudiosos, juristas e representantes muçulmanos dos movimentos e pensamento islâmicos.

Todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Alemanha, são partes no Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em 1977 em Estrasburgo.

Este acordo institui um mecanismo que permite a qualquer pessoa residente habitualmente no território de um dos Estados parte no acordo, que pretenda solicitar assistência judiciária no território de outro Estado, de apresentar o seu pedido no Estado da sua residência habitual. Este último deve transmitir gratuitamente o pedido ao outro Estado, desde que sejam respeitadas algumas condições.

Vê-se em todos os atos internacionais antes transcritos a preocupação comum de garantir os direitos humanos através do acesso com plena igualdade de tratamento das partes, aos tribunais, órgãos que se pretende isentos dos interesses disputados pelas partes e que decidam os litígios através de procedimentos.

Concluindo este item, repita-se que não existe direito de acesso aos tribunais sem se dar ao comparecente o mesmo tratamento dado aos seus oponentes, como, aliás, emblematicamente decorre da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948:

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

4. Legalidade e equidade, jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária

A velha Lei 1060, vigente desde 1950, bem como o art. 98 do NCPC, incorreram em equívoco que se mostra grave mas que pode ser perfeitamente remediado em cada caso pelo aplicador do Direito.

Dispunha o art. 3º da Lei nº 1060/50 um rol do que denominou de *isenções à assistência judiciária*, que teve a redação alterada algumas vezes nos seus mais de sessenta anos de vigência, por força, até mesmo, de inovações tecnológicas, que não poderiam ser suspeitadas nos meados do século XX, quando foi redigida a Lei da Assistência Judiciária.

Exemplo clássico de decorrência de inovação tecnológica é o inciso VI do mencionado art. 3º, incluído pela Lei nº 10.317, de 2001, isentando o assistido do pagamento *das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.*

Vem agora o § 1º do art. 98, e em nove incisos, aferrando-se na esperança de aplicação somente do critério da legalidade estrita, tenta na verdade limitar o conteúdo das providências em favor do assistido e, o que é pior, sem uma prudente norma de encerramento, qual seja aquela disposição legal que, no clássico ensinamento de Giuseppe Chiovenda, estipula que casos não previstos sejam também compreendidos nas previsões legais.

Antes se justificava ao legislador a previsão de cada isenção, pois estávamos nos meados do século XX e a ordem jurídica considerava que a lei deveria regulamentar os direitos e garantias da Lei Maior, pois ela os declarava na defesa do indivíduo em face do Poder Público, como era a essência do antigo regime liberal herdado do século XIX. Até então, a Constituição tinha a sua autoridade dependente do legislador, salvo raras exceções, pois vivíamos em épocas de ascendência do Parlamento e da lei que expressava a vontade das maiorias legislativas.

Agora estamos no século XXI, na plena vigência de Constituição, que se espera perene e suficientemente aberta para as exigências da sociedade pluralista e multifária, que no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, impõe que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, dispensando a elaboração de leis para a sua eficácia, e que os direitos e garantias não são somente aqueles expressos ou escritos no texto constitucional, mas também todos aqueles que decorrem dos princípios da Constituição, do regime democrático de Poder e dos atos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, o nome de nosso país.

Antes a transitoriedade das leis postas pelas eventuais maiorias parlamentares, o que se espera agora é a supremacia e a perenidade que decorra de texto constitucional, de interpretação aberta, que abrange quase todos os setores da vida social e impõe comandos suficientemente abertos para guiar diversas gerações.

Se nem mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o simples legislador não pode esperar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...

Antes estava em o vigor art. 4º da então Lei de Introdução ao Código Civil, hoje Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e o art. 126 do Código de Processo Civil de 1973, a dispor: *O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.*

De tal dispositivo decorre o reconhecimento do legislador que não tem a capacidade de dispor sobre fatos que não pode prever. Aí, e mais uma vez, o fato derrota a lei pois esta é humana e assim somente atua com a previsibilidade possível no momento de sua edição.

Então naquela época a regra era o princípio da legalidade estrita, pois incumbia ao juiz aplicar as regras de conduta decorrentes da lei; não as havendo, a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.

Mas com o NCPC a orientação é bem diversa, pois muita coisa mudou tanto na Constituição quanto na própria lei!

Dispõe o seu art. 1º: *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais⁷ estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.*

E sobre o processo diz ainda o art. 7º: *É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.*

Note-se: assegura-se às partes a paridade de tratamento em relação não só aos direitos e faculdades processuais, como aos meios de defesa, aos ônus processuais, aos deveres e à aplicação de sanções processuais.

No plano da aplicação das normas regentes do processo, havendo-se este como a relação entre partes e órgão jurisdicional, o juiz aplicará as normas e valores constitucionais, quase todos eles a introduzir normas de conceito indeterminado, normas em branco ou normas que não são mais fechadas, como aquelas que tentavam esgotar, nunca com sucesso, as possibilidades fáticas.

Nem a mais descabelada interpretação poderá extrair do disposto no art. 7º do NCPC a ideia de que o mesmo somente visa proteger o princípio da igualdade formal: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais certamente só pode ser vista em cada situação concreta, em cada caso, nunca em tese! em olímpica aplicação do Direito que abstrai dos fatos em julgamento.

Em cada processo, deve o juiz atentar para as condições das partes para lhes assegurar a igualdade de tratamento material.

Não mais é o juiz o frio e olímpico árbitro que esperava o resultado para proclamar o vencedor dos embates entre os cavaleiros medievais, contratados para lutarem pelas partes nas ordálias ou nos júzos de Deus...

Mais à frente, dispõe o NCPC sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, todos levando em conta o que denominou de *tutela do direito material*⁸, principalmente o que se contem nos incisos I, II, IV e VI:

7 Sobre texto ou dispositivo, norma e valor, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 3ª. ed., notadamente o capítulo III, sobre a norma constitucional.

8 Sobre as relações de direito material e direito processual, ver GUTIERREZ, Cristina. Dever judicial do julgamento do mérito. Rio de Janeiro, GZ Editora. 2012.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a auto composição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.

Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Não existe mais a essencialidade da norma infraconstitucional na realização do Direito, como era no sistema anterior à Constituição de 1988, pois o processo civil moderno é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais, em primeiro lugar, e, secundariamente, conforme as disposições do NCPC.

É o comando que se vê no art. 1º quanto à aplicação das normas processuais.

E quanto à aplicação das normas materiais, de direito material, na resolução dos conflitos de interesse, não há dispositivo no NCPC similar ao do princípio da legalidade do anterior art. 126 da revogada Lei de Ritos, mas agora impõe de forma mais abrangente:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Compare-se tal dispositivo com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução:

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

A legalidade estrita é a aplicação da norma que resulta do processo de interpretação literal ou gramatical ou semiológica, critério hermenêutico que predominou até os meados do século passado.

Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, que dependem do caso para se concretizar, ou da interpretação axiológica, decorrente do interesse ou do valor, da objetividade jurídica da elaboração do texto, resulta no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.

Pode-se tomar o conceito de equidade do disposto no art. 723 do NCPC, parágrafo único, em disposição nos mesmos termos do art. 1109 do Código de Processo Civil de 1973: *O juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.*

Julga por equidade o juiz quando, cumprindo autorização expressa ou implícita de norma jurídica, decide a questão adotando em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

O art. 127 do Código anterior foi repetido no parágrafo único do art. 139 do NCPC, pois *o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.*

Note-se que a lei autoriza o juiz a julgar por equidade tanto expressamente, como no art. 85, §8º, do NCPC, e art. 944, parágrafo único do Código Civil, ou implicitamente, como está na cabeça do citado art. 944:

Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização

Herdamos o julgamento pelo critério da legalidade estrita da Europa Continental e o julgamento por equidade da Grã-Bretanha.

Justiniano (482-565) tornou-se o Imperador do Sacro Império Romano-Germanico em 527 d. C. e pretendia governar centenas de povos em uma grande extensão do mundo então conhecido. Aliás, o título de imperador designa, justamente, o governante de vários povos, enquanto o título de rei é dado ao governante de um povo determinado.

Contudo, o governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C, concedendo a todos os estrangeiros (peregrinos) livres a condição de cidadãos romanos.

Decorreu aí a necessidade de tentar impor uma legislação comum, que afastasse os direitos vigentes em cada região, garantisse o governo central, evitasse a dispersão do império e conferisse tanto quanto possível uma identidade comum em tanta diversidade.

Daí o *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) que Justiniano mandou organizar, composto por quatro partes:

- o Código, que continha toda a legislação romana revisada desde o século II;
- o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pelo ensinamento dos doutrinadores romanos;
- as *Institutas*, de conteúdo pedagógico com os princípios fundamentais do Direito, e
- as Novelas ou as Autênticas, as leis formuladas por Justiniano.

As leis escritas, postas pelas divindades ou pelos governantes em nome destas, eram relativamente raras até então, como se vê em documentos esparsos como o Código de Hamurabi (1700 a.C), o Código de Manu (de 1200 a.C), a legislação atribuída a Moisés (900 a.C), as leis de Sólon (594 a.C), a Lei das XII Tábuas (451 a.C) etc.

Evidentemente os textos legais antes citados somente eram conhecidos por raros letrados, geralmente funcionários, inclusive clérigos, que podiam entender os símbolos gráficos

e que mesmo assim nem sempre poderiam apreender o seu significado, o que dependeria de sua capacidade individual.

Por isso o *Corpus Iuris Civilis* foi divulgado em latim, a língua que foi usada como padrão universal até os séculos XV e XVI, depois substituída nessa função pelo francês e, desde os meados do século XIX, pelo inglês.

A criação dos grandes Estados nacionais, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a conseqüente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 colocou como presunção adotada até hoje pelo nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro no art. 3º, de que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*.

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Romano-Germânico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico da Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pelo poder, como ainda está hoje no art. 126 do Código de Processo Civil: *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito*.

No sistema do *Civil Law* a grande fonte do Direito é o texto escrito, de onde se extrai a norma que regula a conduta em cada caso.

De regra, a norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder de governante acima da sociedade. Inexistente a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento. Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada pelo grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

O outro grande sistema jurídico é o *Common Law*, também denominado sistema anglo-americano, em que a grande fonte do Direito é o costume, buscando o juiz a conduta social como paradigma para o julgamento do caso concreto, ficando vinculado ao precedente não só o do próprio tribunal como os dos tribunais superiores.

No terreno constitucional os norte-americanos optaram pela Constituição escrita, embora tenham interpretado e atualizado os textos supremos pela hermenêutica dada pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade das leis desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

Esse sistema de Direito jurisprudencial surgiu na Inglaterra, no século XII, com a criação, por Henrique II, em 1154, de juízes visitantes do rei, cujas decisões, revistas pelas Cortes Reais, deram origem a um corpo de julgados uniformes (precedentes), que, a partir de 1800, tornaram-se obrigatórios para todos os juízes. Esse sistema domina na Inglaterra, no País de Gales, na Irlanda, no Canadá (menos Quebec), na Nova Zelândia, na Austrália e nos Estados Unidos (menos em alguns Estados, de colonização francesa ou espanhola).

Mas a diferença entre o Sistema Continental e o do *Common Law* é mais de forma, pois, enquanto no primeiro predominam a lei e o código, no segundo dominam o precedente judicial, os repertórios de jurisprudência e o costume; ambos os sistemas, no entanto, estão inspirados pelas instituições jurídicas desenvolvidas na Roma antiga.

Quanto ao conteúdo, diferenciam-se os sistemas jurídicos europeu continental e britânico quanto à fonte das normas:

- o *Civil Law* pretende impor as condutas através de lei ou ato normativo e da decisão judicial, impostas pelo governante ou por órgãos legislativos eleitos. Enfim, adota-se a razão ou o critério racionalista dos que exercem o poder, na vertente da corrente filosófica do racionalismo que predominou no Iluminismo francês;

- o *Common Law* busca a norma que vai prevalecer na própria sociedade, nos costumes, no fato em julgamento, devendo os juízes se vincular aos precedentes das decisões próprias ou dos tribunais superiores pelo denominado princípio *stare decisis et non quieta movere*, o que se pode livremente traduzir como *mantenha como já foi decidido*. Enfim, adota-se como fonte normativa a experiência dos casos anteriormente julgados, na vertente do empirismo que caracteriza ainda hoje o pensamento britânico.

Desde logo, destaque-se que os procedimentos de concessão ou de cassação ou de revogação da gratuidade de Justiça têm evidente conteúdo de procedimento de jurisdição voluntária ou jurisdição graciosa e não de jurisdição contenciosa.⁹

A jurisdição contenciosa, no ensinamento de Giuseppe Chiovenda, é a atividade jurisdicional que se caracteriza pela substituição da vontade da parte, como se vê, por exemplo, na ação consignatória quando a sentença substitui o recibo negado pela parte, na ação condenatória em que a sentença substitui o título de crédito negado pelo devedor etc.

Já a jurisdição voluntária, também chamada de jurisdição graciosa, é a atividade em que o juiz complementa o que a vontade do interessado não pode por si mesma alcançar, como se vê, por exemplo, no exemplo de alvará requerido para autorizar a venda de bem de pessoa incapaz.

Na jurisdição contenciosa, aplica-se, de regra, a legalidade estrita e somente se aplica a equidade quando esta for autorizada pela lei ao Juiz.

9 Sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ver, entre outros, Slaibi Filho, Nagib. Sentença cível – fundamentos e técnica. Rio de Janeiro, Ed. Forense....

Já na jurisdição voluntária a regra é a equidade, como decorre dos antes transcritos arts. 1109 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 723 do NCPC.

Daí se vê que se mostram ontologicamente inglórias as tentativas do NCPC em regular a gratuidade de Justiça, como se aplicável o princípio da legalidade estrita.

A gratuidade da Justiça é apreciada e julgada, em todos os casos, pelo critério da equidade, a depender a solução de cada caso, mediante, é claro, a suficiente e densa fundamentação que exige a norma decorrente do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

5. Gratuidade de Justiça, Assistência Jurídica aos necessitados e Defensoria Pública

Desde logo, observa-se que não é adequada a expressão *gratuidade da Justiça*, nem o teor do art. 98, ao dizer que tem direito à gratuidade de Justiça, na forma da lei, quem tem insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

Certamente indevida a expressão *gratuidade de Justiça*, pois a Justiça é, ou ao menos deveria ser, não dispendiosa para o vencedor da causa, assim na clássica linha preconizada por Giuseppe Chiovenda no sentido de que a parte deve obter com a decisão judicial tudo aquilo a que tem direito. O vencedor da causa não pode sofrer prejuízo pelo fato de ter ingressado em Juízo e de ser o vencedor da causa.

Neste sentido, o direito de acesso à função jurisdicional, como decorre da Constituição, no art. 5º, XXXV, e das Declarações de Direitos Humanos, não pode constituir um ônus e nem pode representar a certeza da parte de que não obterá o ressarcimento integral da lesão que sofreu.

A expressão *Justiça Gratuita* é antiga no nosso jargão forense e vem da época, ainda não distante, em que as serventias judiciais eram privadas e os serventuários não eram remunerados pelos cofres públicos, e obtinham a retribuição dos seus serviços pelos atos que praticavam, pagos pelas partes interessadas a cada ato.

De tal época veio a praxe cartorária de identificar os autos com a expressão *JG* escrita na capa dos autos o que, por si só, impunha uma gravosa discriminação àquele que obtinha o acesso à Justiça sem adiantar as custas.

Na década de 80 do século passado, respeitosa mas com certa irritação, dizia antigo Escrivão, de saudosa memória, que recebia as custas em cada processo, a este magistrado: *Doutor, sabe o que significa JG?* E sem esperar resposta, foi logo dizendo: *JG significa Jesus gratificará!*

Nos modernos sistemas informatizados utilizados no processamento judiciário ainda hoje se utiliza em cada registro de feito a sigla *JG*...

Aliás, até 1967 as Constituições permitiam aos Estados-membros legislar no sentido de que até a remuneração de Juízes e membros do Ministério Público decorressem das custas pelos atos por eles praticados.

A utilização de tal expressão neste início do século XXI indica que seu fundamento é o patrimônio, havendo-se este, no conhecido conceito de Roberto de Ruggiero, como *o conjunto de relações jurídicas, imputáveis a um titular, e susceptíveis de avaliação econômica.*

Nem toda causa tem repercussão imediata no patrimônio, como bem reconhece o NCPC no art. 85, § 8º:

Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 20.

Muito ao contrário de tal perspectiva, o que está na Constituição da República, a despeito de seu evidente caráter liberal, não se limita pelo caráter patrimonialista pois o art. 5º, LXXIV, diz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sem qualificar a última expressão.

E cabe discutir quais os recursos, pois o legislador constituinte quisesse restringir a assistência jurídica a quem não tiver recursos financeiros certamente teria colocado tal expressão no Texto Magno.

Mas não o fez, como, aliás, se pode perceber que não há a discriminação por questões financeiras, pois se trata de prestação de Justiça como serviço essencial ao Estado Democrático de Direito prometido no art. 1º da Constituição de 1988:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Constituição diz no seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, a dispensar a atuação do legislador para que as normas constitucionais de direitos e garantias tem aplicabilidade imediata, sem auto executáveis.

E daí decorre que a Justiça é gratuita até para quem tem recursos, nos casos que se apontam das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e os atos necessários ao exercício da cidadania, que podem ser explicitados na lei infraconstitucional mas não podem por ela ser restritos ou contidos.

No mesmo sentido, da gratuidade dos serviços públicos quanto à defesa dos direitos proclama o art. 5º:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Além do mais, a redação original da Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, estatizou as serventias judiciais no art. 32 e são raríssimos os titulares de cartórios judiciais que mais de um quarto de século depois podem alegar direito adquirido ao recebimento das custas das partes.

As disposições do NCPC em comento mantiveram anacronicamente o caráter de patrimonialismo que regeu a vigência da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial, quando os povos sentiram a necessidade de afirmação dos direitos liberais ou das liberdades públicas, e também dos direitos sociais, entre eles, e principalmente, o acesso aos tribunais, este como o mínimo essencial à paz social, pois fora dos tribunais o que existe é a barbárie, a lei do mais forte, a truculência no trato social.

Veja-se no art. 97 do NCPC que a União e os Estados poderão criar fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias processuais destinadas à União e aos Estados, e outras verbas previstas em lei.

Tal disposição confirma leis já existentes em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, onde o Fundo do Tribunal de Justiça abrange as custas, taxa judiciárias, parte dos emolumentos das serventias registras e notariais, multas processuais e outras verbas.

Então o que importa é a Justiça, a prestação jurisdicional, o direito do homem de receber dos tribunais nacionais remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Dos termos constitucionais, vê-se que é dever do Estado a prestação da assistência jurídica e integral aos necessitados, a qual constitui direito social fundamental.

Deveria o legislador ao elaborar o NCPC ter mantido a expressão constante da Lei nº 1060/50 *assistência judiciária aos necessitados*.

Neste aspecto, sequer foi revogada a mencionada Lei pelo disposto no art. 1072, III, do NCPC, revogando 8 de seus 19 artigos, mantendo o art. 1º, que se refere à assistência judiciária aos necessitados, 5º, 8º, 9º, 10, 14, 15, 16, 18, que muitos consideram revogados pelo Estatuto do Advogado, a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994, 17, que ainda se refere ao agravo de petição que existia pelo Código de Processo Civil de 1939, e finalmente o art. 19, que é o fecho da lei.

Enfim, o que sobra da antiga Lei nº 1060/50 é que ela ainda regula a assistência judiciária aos necessitados, com o seu art. 1º, praticamente inútil, o art. 5º, que dispõe sobre matéria tratada no art. 99, 2º, do NCPC, os arts. 8º a 10 sobre matéria regulada também nos arts. 100 e 101...

Pode-se desconfiar que a vontade do legislador em retirar da ordem jurídica a antiga Lei nº 1060/50 foi impedida pela constatação de que a regulamentação da assistência jurídica aos necessitados não poderia ficar no NCPC, o qual, embora importante, é limitado ao processo civil, e somente pode ser aplicado, por extensão, aos demais campos do Direito.

Enfim, *legem habemus...*

Resta ao aplicador do Direito, em esforço hermenêutico notável, cumprir o que o legislador ordinário pretende, aplicando a Lei nº 1060/50 por seu art. 1º, inclusive no processo penal, administrativo, fiscal, trabalhista, e as disposições dos arts. 98 a 102 do NCPC por analogia ou extensão nos casos que não for de processo civil...

E se ainda não conseguir uma aplicação do Direito, lembre-se que a gratuidade da Justiça constitui incidente processual de jurisdição voluntária, em que se resolve por equidade, dando-se ao caso a solução mais adequada e conveniente, sempre com suficiente fundamentação.

Sobre a Defensoria Pública, dispõe a Constituição no seu art. 134, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 80, de 2014:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Vejam-se os termos constitucionais: aos necessitados, de forma integral e gratuita, dá-se orientação jurídica, de promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos.

E pelo texto constitucional não há o nefasto caráter patrimonialista, pois não se restringe a atuação da Defensoria Pública à defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, mas também a orientação jurídica e a promoção dos direitos humanos.

Repita-se e insista-se: a Constituição diz no seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, a dispensar a atuação do legislador para que as normas constitucionais de direitos e garantias tem aplicabilidade imediata, sem auto executáveis.

E daí decorre que a Justiça é gratuita até para quem tem recursos, nos casos que se apontam das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e os atos necessários ao exercício da cidadania, que podem ser explicitados na lei infraconstitucional mas não podem por ela ser restritos ou contidos.

Dos termos constitucionais, vê-se que é dever do Estado a prestação da assistência jurídica e integral aos necessitados, a qual constitui direito social fundamental.

Tal função não é exercida tão-somente pela Defensoria Pública, instituição que sequer foi eficientemente implementada na União e em muitos Estados, a despeito do comando contido no art. 24, XIII e do que pretendem os termos da Emenda Constitucional nº 80/2014.

No que está disposto no art. 24, XIII, da Constituição, decorre a distinção entre assistência judiciária e defensoria pública, aquela compreendendo as funções estatais e sociais voltadas a tal mister e esta a denominação do conjunto de órgãos estatais com tais atribuições.

Quer através dos órgãos da Defensoria Pública, quer através de entidades não governamentais (em que se destacam os escritórios de assistência judiciária das universidades, os sindicatos e associações de classe, as associações assistenciais e até mesmo organismos voltados para a defesa de minorias), através do dever do Advogado de atender às designações para o exercício gratuito da sua função cabe ao Poder Público, a obrigação da assistência jurídica integral e gratuita para os necessitados.

Constitui infração disciplinar do advogado recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública, de acordo com a Lei nº 8.906/94, art. 34, XII. A impossibilidade da Defensoria Pública pode ser permanente ou eventual, total ou parcial, quer nas Comarcas que não disponham de Defensores Públicos do quadro, quer em casos de sua insuficiência ou mesmo impossibilidade de atuação, como no clássico exemplo de defesa de interesses colidentes.

Assim, na aplicação prática, não se pode considerar a Defensoria Pública somente no sentido estrito, como o conjunto de órgãos dos Poderes Públicos que receberam da legislação infraconstitucional a atribuição específica.

A defesa em Juízo, como expressão de direito a uma prestação de serviço que constitui garantia fundamental, merece interpretação ampla, como direito nitidamente social, de conteúdo de prestação de serviço, assim a obrigar também as entidades sociais como as universidades privadas, as entidades sindicais e religiosas e todas as outras de proteção de direitos individuais e sociais até mesmo de caráter disponível, garantir a satisfação do direito fundamental de assistência integral gratuita, tanto através dos órgãos administrativos, nos processos que perante ele tramitam, como através da determinação judicial, com os poderes de direção do processo, para garantir o contraditório e a ampla defesa a que se refere o art. 5º, LV, da Carta da República, como garantia

fundamental do Estado Democrático de Direito.

Diferentemente do Ministério Público, cujo pivô de atuação é a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, como grita o art. 127 da Constituição, as funções da Defensoria Pública podem ser substituídas pela Advocacia e por órgãos públicos e entidades sociais voltadas para tão nobre mister.

Em normas ainda vigentes, a despeito de entendimentos de que não se aplicam aos advogados, dispõe os arts. 14 e 15 da velha Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, ainda em vigor em face do que está no art. 1072, III, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados:

Art. 14. Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), sujeita ao reajustamento estabelecido na Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, sem prejuízo de sanção disciplinar cabível.

§ 1º Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe respectivo.

§ 2º A multa prevista neste artigo reverterá em benefício do profissional que assumir o encargo na causa.

Art. 15. São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado:

§ 1º - estar impedido de exercer a advocacia.

§ 2º - ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;

§ 3º - ter necessidade de se ausentar da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;

§ 4º - já haver manifestado por escrito sua opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;

§ 5º - haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a contenda.

Parágrafo único. A recusa será solicitada ao juiz, que, de plano a concederá, temporária ou definitivamente, ou a denegará.

A organização da Defensoria Pública também é dada por lei, assim atendendo ao princípio da legalidade administrativa exigido no *caput* do art. 37 da Constituição, mas depende da organização judiciária, principalmente quanto à atuação dos Defensores em Juízo, e esta é

influenciada pela própria organização que se der à Defensoria Pública, mesmo porque a atuação processual do defensor público é vital em país de tanta diversidade social e a Justiça não pode ficar acessível somente aos mais aquinhoados.

Determinadas situações de urgência exigem do juiz até mesmo a prestação jurisdicional sem atender ao princípio da demanda (este a que exigir o requerimento do interessado) ou mesmo o princípio da representação pelo advogado ou defensor. Por exemplo, o habeas corpus pode ser requerido por qualquer pessoa e até mesmo deferido *ex officio*. Aliás, o art. 35, IV, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional exige que o juiz atenda a todos os que o procurarem em situações de urgência.

Art. 35 - São deveres do magistrado:

...

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

A assistência jurídica integral e gratuita prevista na Carta Política, no art. 5º, LXXIV, desdobra-se na consulta e orientação extrajudicial, representação em juízo e gratuidade do serviço judicial, que será prestado exclusivamente pelo Estado, através da Defensoria Pública.

Já a assistência judiciária corresponde ao serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, podendo ser prestado pelo Estado, por entidades não estatais e até por particular.

Por fim, a gratuidade de justiça que tem previsão na Lei 1060/50 e compreende o não pagamento de todas as custas e despesas judiciais, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. Assim, verifica-se que é um instituto de natureza processual.

Prestados os esclarecimentos acima, surge para o debate outra questão de extrema relevância para o julgamento, qual seja, a necessidade ou não de comprovação da hipossuficiência pelo autor.

A gratuidade de justiça tem previsão na Lei nº 1.060/50 e compreende a gratuidade de todas as custas e despesas judiciais relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. Assim, verifica-se que é um instituto de natureza processual.

A Constituição da República em seu artigo 5º, LXXIV, condiciona o deferimento da assistência jurídica integral e gratuita à comprovação da condição de hipossuficiência econômica: *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

Diante do dispositivo constitucional, alguns Tribunais passaram a exigir daquele que requer o benefício, não apenas a afirmação de hipossuficiência, mas também a prova documental de tal condição.

A título de exemplo podemos citar a súmula 39 do TJERJ: *É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade.*

Parece que esta não é a melhor interpretação ao texto constitucional.

Em que pese a Carta Política dispor que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem a hipossuficiência econômica, tal norma não se aplica ao Estado-Juiz, mas sim ao Estado-Administrador.

A norma do art. 5º, LXXXIV, se refere exclusivamente ao Estado, visto que a assistência jurídica integral e gratuita é um serviço público prestado pela Defensoria Pública, extraindo-se tal afirmação do texto do art. 134, da Carta Política.

Portanto, a comprovação da hipossuficiência econômica deverá ser realizada perante a Defensoria Pública, e não ao Poder Judiciário, pois este não defere a assistência jurídica integral e gratuita, mas tão somente a gratuidade de justiça.

Na verdade o que o Poder Judiciário se encarrega é de analisar o direito à justiça gratuita que depende apenas de simples afirmação da parte que não possui condições de pagamento das custas e demais despesas processuais, isentando-a, inicialmente, destes pagamentos.

Assim, é forçoso reconhecer que basta a afirmação para o deferimento da gratuidade dos serviços judiciários pelo juiz e, caso a parte possua patrimônio incompatível com a afirmação, deverá ser impugnado pela parte contrária, e, em caso de revogação do benefício, aplicar-se-ão as sanções processuais, bem como criminais.

Ademais, deve o Julgador evitar, tanto se admita a inerente racionalidade que se espera dos atos judiciais, a extinção do processo sem resolução do mérito, a que somente deve chegar se for absolutamente necessário.

Assim, na medida do possível, deve julgar o mérito da ação, evitando-se novo ajuizamento da demanda, o que implica movimentação da máquina judiciária e despesas desnecessárias para as partes e para o Estado.

A respeito do tema, manifestou-se Maria Cristina Barros Gutiérrez Slaibi,¹⁰

10 Barros Gutierrez Slaibi, Maria Cristina. “Dever judicial de julgamento do mérito”, Niterói: [s. ed.], 2012, p. 139-140.

Extinguir um processo sem julgamento do mérito, por mera inobservância de um dos denominados vícios formais ou procedimentais, sem dúvida, não pode ser o que se espera do Poder Judiciário neste século XXI. Deve o julgador valer-se de todos os meios constitucionais e infraconstitucionais, sem jamais esquecer-se da hermenêutica, para aproveitar o processo, tanto quanto possível, a fim de efetivamente julgar a lide, o conflito de interesses que lhe for submetido à apreciação.

No julgamento da lide deve o julgador buscar a verdade real, material, através de uma profunda e responsável investigação dos fatos para aplicação ao caso concreto, não apenas da lei, mas do Direito, este que abrange também as normas, os princípios, o uso da analogia, dos costumes, da equidade e, precipuamente, a hermenêutica constitucional. Sem jamais se olvidar dos valores presentes, no momento histórico e suas repercussões sociais, são deveres daqueles que têm na toga o seu compromisso com a Justiça.

[...] Esta obra não pretende fazer um levante contra as normas contidas no art. 267 do Código de Processo Civil, que autorizam a extinção do processo sem julgamento do mérito, como, v.g., quando a parte intimada pessoalmente para dar andamento ao feito, no prazo legal, permanece inerte ou ainda quando ocorre a perda do objeto da pretensão autoral, porque em muitos casos não se chegará à cognição do mérito.

Pretende-se, sim, trazer à reflexão, a prática, pelo magistrado, do dever judicial de apreciar o mérito, valendo-se de modo especial não apenas do princípio constitucional do acesso à Justiça, mas também da duração razoável do processo, o qual já traz ínsitos os princípios da efetividade e da economia processual, aí contidos, evidentemente, o do aproveitamento dos atos processuais, incidindo a máxima pas de nullité sans grief.

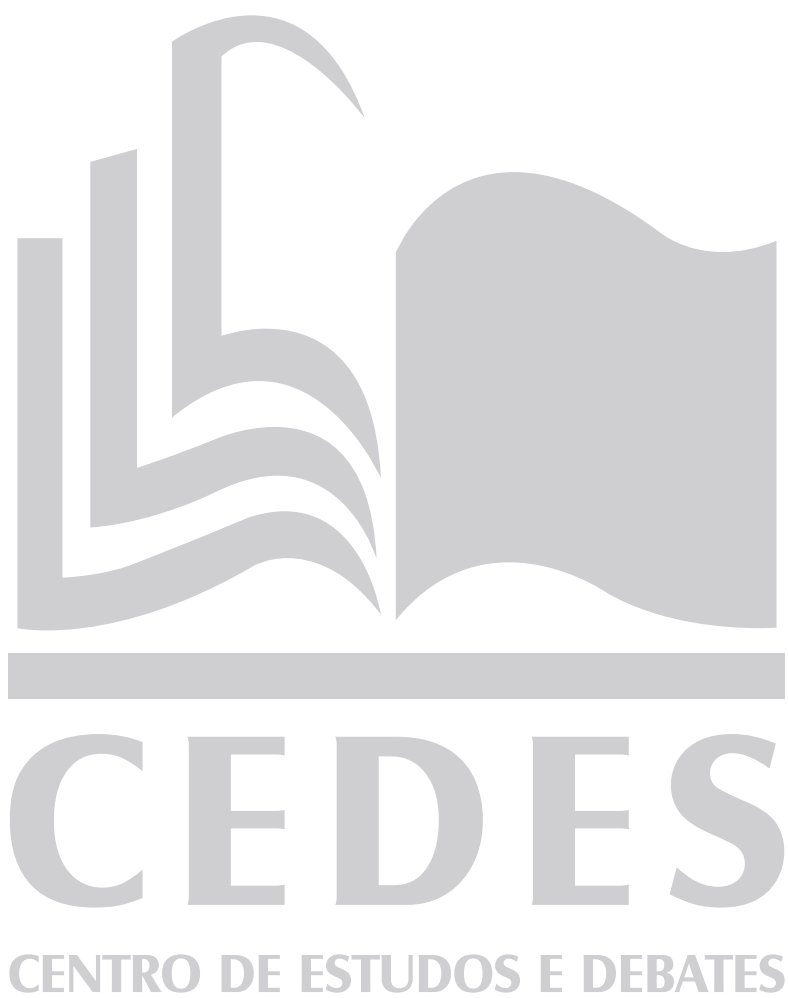
[...] Convém destacar que a não extinção do processo sem julgamento do mérito, sempre que possível, também obedece ao princípio da denominada ordem jurídica justa, esta a abranger também o princípio da economicidade, pois evita novo ajuizamento de demandas e movimentação da máquina judiciária, com custos desnecessários para as partes e para o Estado (Dever judicial de julgamento do mérito. Niterói: [s. ed.], 2012, p. 139-140).

Entre outros, vê-se o seguinte precedente:

0062274-78.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/11/2012 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

Direito Constitucional. Acesso à Justiça. Interposição de apelação. Inadmissão pela falta de preparo com base em indeferimento da gratuidade no início da tramitação do feito. Reconhecimento da deserção. Gratuidade de justiça indeferida. Recurso. Provimento. Afirmação por simples petição e apresentação de declaração de isenção no imposto de renda. Corolário do princípio constitucional que garante o acesso à justiça. Art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição da República. O agravante informa que não possui disponibilidade de recursos para custear as despesas relativas aos serviços judiciários, sem causar prejuízo para o próprio sustento e o de

sua família. Recebimento da apelação como forma de dar efetividade ao princípio do acesso à justiça. “O acesso à justiça no século XXI não é apenas um princípio, mas um verdadeiro valor constitucional de superlativa importância na vida do cidadão, como assentado nas declarações internacionais e nas Constituições. Aludidos atos normativos atribuem aos tribunais, como órgão de poder isentos e acessíveis a todos, a capacidade de adequar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e das demais forças sociais e econômicas que possam injustamente dominar o indivíduo e lhes suprimir ou restringir o direito fundamental de afirmação da própria personalidade” (Dever Judicial de Julgamento do Mérito, autora Maria Cristina Gutierrez Slaibi, [s.ed.], 2012, pg. 85/86). Provimento de plano do recurso.



DIMENSÃO PROCESSUAL DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO CONSTITUCIONAL

Alexandre Antônio Franco Freitas Câmara^{1*}

1. Introdução

A Constituição brasileira estabelece, em seu art. 5º, LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Integra, pois, o ordenamento jurídico brasileiro o princípio conhecido como *devido processo legal*, o qual tem origem na cláusula anglo-saxônica do *due process of law*. Trata-se de princípio que está expressamente constitucionalizado em diversos outros ordenamentos,² sendo certo que em alguns deles a garantia é consagrada não obstante não se use a expressão que a Constituição da República brasileira utiliza.³

No Brasil, a garantia do devido processo legal foi vista como “um conceito aberto [, i]nstituto de teor inexato, vago, indefinido”.⁴ O que se busca com este breve ensaio, porém, é mostrar que a garantia do devido processo legal tem um conteúdo definido, já que visa a assegurar que o processo judicial se desenvolva de acordo com o *modelo constitucional de processo*, sendo, pois, uma verdadeira garantia de que haverá um *devido processo constitucional*.

1 * Professor Emérito de direito processual civil da EMERJ (Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Membro da International Association of Procedural Law, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e do Instituto Brasileiro de Direito Processual. Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Doutorando em direito processual (PUCMINAS).

2 Como se dá, por exemplo, nos Estados Unidos da América (em cuja Constituição a cláusula *due process of law* foi inserida pela Quinta Emenda, por força da qual ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem tal garantia) e no Equador, cuja Constituição de 2008 estabelece, em seu art. 76, que “em todo processo em que se determinem direitos e obrigações de qualquer ordem, se assegurará o direito ao devido processo” (tradução livre).

3 É o caso, por exemplo, da Constituição italiana, cujo art. 111 fala em uma garantia de *giusto processo* (“A jurisdição se atua mediante o processo justo regulado pela lei”, em tradução livre). A doutrina italiana, porém, não tem dúvida em afirmar que a garantia constitucional do *giusto processo* corresponde, substancialmente, ao *due process of law* (assim, por exemplo, Vincenzo Vigoriti, *Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile*, ensaio publicado em meio eletrônico in <http://www.judicium.it/admin/saggi/279/VigoritiIII.pdf>, acesso em 17/10/2014).

4 Paula Sarno Braga, *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 180.

Para isso, buscar-se-á em primeiro lugar demonstrar que a terminologia mais adequada para designar o aludido princípio é *devido processo constitucional* (e não “devido processo legal”). Em seguida se demonstrará como o devido processo constitucional pode – e deve – ser visto como um mecanismo de asseguuração do respeito às garantias constitucionais do processo, dedicando-se especial atenção à garantia de participação que, afinal, resulta do princípio do contraditório, apresentando-se, ao final, algumas breves conclusões.

Fica este estudo, porém, limitado ao exame da dimensão processual do princípio (a que se costuma chamar de *procedural due process*). Há uma dimensão substancial (*substantive due process*), responsável por estabelecer limites ao exercício do poder estatal,⁵ que aqui não será examinada, mas que deve ser compreendido como mecanismo de controle material do conteúdo das decisões judiciais.⁶

2. Devido processo legal ou devido processo constitucional?

Embora o texto constitucional brasileiro fale, expressamente, em “devido processo legal”, não se pode ver neste princípio uma garantia de que se observará o devido processo *da lei*.⁷ O devido processo que o ordenamento jurídico brasileiro assegura é o *devido processo constitucional*.⁸

Isto se afirma como consequência do fenômeno conhecido como *constitucionalização do Direito*, movimento que foi capaz de alterar profundamente o modo como o Direito é pensado, especialmente na Europa Continental, a partir de meados do século XX (após o fim da Segunda Guerra Mundial).⁹ Este movimento chegou ao Brasil, tardiamente, a partir do final da década de 1980, conduzido pela Constituição da República de 1988,¹⁰ e permitiu que se passasse a pensar todo o Direito (inclusive o direito processual civil) a partir de uma ótica constitucional.

5 Dierle Nunes, Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares, Curso de direito processual civil. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75.

6 Idem, p. 80.

7 Autores há que usam, como sinônima da expressão constitucional, esta outra: “devido processo de lei” (como, por exemplo, Nagib Slaibi Filho, Direito constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 402).

8 Expressão que se encontra, por exemplo, na obra de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, Processo constitucional e Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2012, p. 127.

9 Daniel Sarmento, “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in Daniel Sarmento, Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 236.

10 Luís Roberto Barroso, “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 207. Vale transcrever pequeno trecho do artigo citado, cujo autor integra hoje o Supremo Tribunal Federal: “Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor”.

Incorporou-se, assim, ao pensamento jurídico brasileiro a concepção de um *modelo constitucional de processo civil*,¹¹ a qual encontra seu embrião na obra de Andolina e Vignera.¹²

A visão constitucional do processo vem, cada vez mais, se universalizando. E como afirma Frédérique Ferrand (em tradução livre),¹³

“Em nosso mundo de sempre crescente complexidade, princípios e direitos processuais fundamentais – frequentemente de origem e natureza constitucional – ganharam um papel de liderança desde que eles são uma condição tão essencial e necessária para o exercício de outros direitos fundamentais. Sua crescente natureza constitucional e/ou fundamental pode ser apreendida com satisfação. Processo tornou-se uma ‘tema nobre’”.

Pois a partir de um pensamento constitucional acerca do processo, impende considerar que o princípio do “devido processo legal” é, na verdade, o princípio responsável por assegurar que os processos (de qualquer natureza, mas, para o que a este texto interessa, especialmente os processos *civis*) desenvolvam-se conforme o *modelo constitucional de processo*.

Assim, deve-se entender que o princípio do devido processo constitucional assegura que o resultado final do processo (seja ele cognitivo ou executivo) se produza “sob inarredável disciplina constitucional principiológica”.¹⁴

Resulta daí, portanto, que o processo civil precisa ser um processo absolutamente afinado com as garantias resultantes dos princípios constitucionais que compõem o *modelo constitucional de processo*. Em outros termos, o processo civil deve ser (ao menos no que diz respeito ao modelo constitucional *brasileiro* de processo) um processo *isonômico*, que se desenvolve em *contraditório*, perante o *juízo natural*, que proferirá *decisões fundamentadas*, alcançando-se seu resultado final *em tempo razoável*. E tudo isso inspirado pelo princípio do *acesso à justiça*.

11 E não só de processo civil, mas também de um modelo constitucional de processo penal, de processo administrativo, de processo trabalhista etc. Assim, expressamente, Flaviane de Magalhães Barros, “Nulidades e Modelo Constitucional de Processo”, in Fredie Didier Júnior (org.), *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial, Segunda Série*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 245, que afirma ser legítimo expandir-se o modelo constitucional de processo para todos os tipos de processos, não só jurisdicionais, mas também ao processo legislativo, administrativo, arbitral e de mediação.

12 Italo Andolina e Giuseppe Vignera, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*. Turim: G. Giappichelli, 1990, *passim*.

13 Frédérique Ferrand, *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*, in International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014. Seul: IAPL, 2014, p. 58. No original: “In our world of ever-growing complexity, fundamental procedural principles and rights – often of constitutional origin and nature – have gained a leading role since they are such an essential and necessary condition for the exercise of other fundamental rights. Their growing constitutional and/or fundamental nature can be acknowledged with satisfaction. Procedure has become a ‘noble subject matter’”.

14 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 128.

3. O devido processo constitucional e as garantias constitucionais

O *devido processo constitucional*, como visto, é um processo que observa as garantias constitucionais do processo. E no modelo constitucional brasileiro há uma plêiade de garantias expressamente previstas. Não é este, evidentemente, o lugar adequado para um exame profundo e exauriente de todas elas. É preciso, porém, dar de cada uma dessas garantias uma breve notícia.

Em primeiro lugar, o devido processo constitucional é um processo *isonômico* (Constituição do Brasil, art. 5º, *caput*). Exige-se, pois, que no processo haja um equilíbrio de forças entre os diversos atores processuais, todos igualmente importantes para a produção do resultado final. Essa isonomia é substancial (que costuma ser descrita através da máxima segundo a qual devem ser tratados *igualmente os iguais e desigualmente os desiguais* nos limites da desigualdade). Assim, justifica-se a existência, no sistema processual, de situações de tratamento diferenciado para as partes (como se dá no caso de serem duplicados os prazos processuais para os assistidos da Defensoria Pública; assim como a inversão do ônus da prova em favor do consumidor em determinadas situações), o que se apresenta como mecanismo de construção de um processo equilibrado, em que não se permitirá que o resultado final favoreça a parte mais forte simplesmente por ser ela a mais forte. O processo deve produzir a decisão correta para o caso concreto,¹⁵ dando-se razão a quem efetivamente a tenha.¹⁶

Elemento necessariamente integrante de um devido processo constitucional que se apresente como um processo isonômico é a construção de uma técnica de padronização decisória fundada em precedentes. Evidentemente, isto deve ser feito de modo a respeitar o princípio da isonomia, de modo que “se preserva a igualdade quando, diante de situações idênticas, há decisões idênticas. Entretanto, viola-se o mesmo princípio da igualdade quando em hipóteses de situações ‘semelhantes’, aplica-se, sem mais, uma ‘tese’ anteriormente definida (sem considerações quanto às questões próprias do caso a ser decidido e o paradigma): aí há também violação à igualdade, nesse segundo sentido, como direito constitucional à diferença e à singularidade”.¹⁷

Em outros termos, a padronização decisória que se deve buscar através de uma técnica de julgamentos fundada em precedentes tem por fim assegurar que casos idênticos recebam decisões idênticas (e, pelos mesmos motivos, casos diferentes devem ser julgados de modo a respeitar as diferenças existentes entre eles).

O devido processo constitucional é, além de isonômico, um processo que se desenvolve perante o *juízo natural*, entendido este como o juízo cuja competência constitucional é prefixada.¹⁸

15 Entendida aqui a “resposta correta” como “resposta constitucionalmente adequada” (a propósito do ponto, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e ‘o problema da discricionariedade dos juízes’*, ensaio publicado em meio eletrônico em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf, p. 8.

16 Afinal, como ensina Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, “o juiz não cria (ou inventa) direito algum no processo que possa ser considerado democrático” (*Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 92).

17 Dierle Nunes, “Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva”, in *Revista de Processo*, vol. 199. São Paulo: RT, set 2011, p. 70.

18 Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, cit., pp.

Há uma importante ligação entre o princípio do juízo natural e o da isonomia, que se manifesta na busca de uma padronização decisória para as causas idênticas. É que se deve reconhecer, no sistema constitucional, a previsão da existência de tribunais competentes para a determinação da interpretação correta das normas jurídicas. Assim é que, no sistema brasileiro, o *juízo natural* para determinar a interpretação correta das normas constitucionais é o Supremo Tribunal Federal; o juízo natural da fixação da interpretação das normas federais infraconstitucionais é o Superior Tribunal de Justiça; e o juízo natural da fixação da correta interpretação das normas infraconstitucionais locais (estaduais – aí incluídas a que resultem da interpretação das Constituições Estaduais –, distritais – no que diz respeito ao direito local do Distrito Federal – e municipais) são os Tribunais de Justiça.

Disso resulta que um sistema de vinculação a precedentes deverá observar essas competências constitucionais, de modo que, por exemplo, havendo uma divergência acerca da interpretação da lei federal entre o STF e o STJ, deverão os órgãos jurisdicionais decidir observando a orientação do Superior Tribunal de Justiça (e não do STF).¹⁹ Não é por outra razão, aliás, que o texto do novo Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 927, que os juízos e tribunais observarão “os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal *em matéria constitucional* e do Superior Tribunal de Justiça *em matéria infraconstitucional*” (inciso IV).

Do teor desse dispositivo se percebe a exigência de respeito ao *juízo natural* para determinação da correta interpretação da norma jurídica conforme sua natureza.

Outro princípio componente do modelo constitucional de processo civil brasileiro – e, por isso, integrante da garantia do devido processo constitucional – é o princípio do contraditório. Sobre este se falará melhor adiante, em tópico específico (v. n. 4 deste trabalho), mas não se pode deixar de afirmar desde logo que o princípio constitucional do contraditório deve ser compreendido como uma garantia de participação com influência e de não-surpresa.²⁰

115-118. Leonardo José Carneiro da Cunha afirma que “a garantia do juiz natural contém três significados: a necessidade de o julgador ser pré-constituído, e não constituído post factum; a inderrogabilidade e indisponibilidade da competência; e a proibição de juízes extraordinários e especiais. Em outras palavras, o alcance do juiz natural desdobra-se em três garantias, que consistem na proibição: (a) do poder de comissão; (b) do poder de evocação; e (c) do poder de atribuição” (Leonardo José Carneiro da Cunha, *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008, p. 62).

19 Veja-se, por exemplo, o que acontece no que concerne à interpretação do art. 495 do Código de Processo Civil brasileiro. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme (consolidado no enunciado 401 da Súmula da Jurisprudência Dominante daquela Corte), no sentido de que “[o] prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. De sua vez, o STF tem reiteradamente decidido, em processos de ações rescisórias de sua competência originária, que o termo inicial do prazo a que se refere o aludido dispositivo legal, é o momento do trânsito em julgado da decisão rescindenda, o qual não é protraído no tempo pela interposição de recursos inadmissíveis, os quais não obstam a formação da coisa julgada (assim, por exemplo, STF, AR 2337 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 20.3.2013). Como se trata, na hipótese, de interpretação de lei federal, deverão os juízos de primeira instância e os tribunais de segunda instância seguir a orientação do STJ, e não a do STF.

20 Por todos, Dierle Nunes, *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 224-231.

Diretamente ligado ao princípio do contraditório é o da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX, da Constituição da República).²¹ E este entrelaçamento dos dois princípios é decorrência direta do *devido processo constitucional*.²²

O princípio da fundamentação das decisões judiciais é exigência direta da necessidade de que, no Estado Democrático de Direito, haja meios eficazes de controle do conteúdo dos atos de poder, aí incluídos, por óbvio, os pronunciamentos jurisdicionais.

É exatamente esta a percepção de Michele Taruffo (em tradução livre):²³

“No seu significado mais profundo, o princípio em exame exprime a exigência geral e constante de controlabilidade sobre o modo como os órgãos estatais exercitam o poder que o ordenamento lhes confere, e sob este perfil a obrigatoriedade de motivação da sentença é uma manifestação específica de um mais geral ‘princípio de controlabilidade’ que parece essencial à noção moderna do Estado de direito, e que produz consequências análogas também em campos diversos daquele da jurisdição”.

Impõe-se, assim, que todas as decisões judiciais produzidas no devido processo constitucional sejam *justificadas*.²⁴ E essa fundamentação/justificação da decisão judicial deve ser *substancial*. Em outros termos, é incompatível com o devido processo constitucional – já que inviabiliza o controle do conteúdo da decisão – a emissão de pronunciamentos judiciais apenas *formalmente fundamentados*, como se dá, por exemplo, naqueles casos em que se afirma algo como “presentes os requisitos, defere-se a medida postulada” (ou, ao contrário, “ausentes os requisitos, indefere-se a medida pleiteada”). É em busca da construção de uma “cultura da fundamentação substancial”, aliás, que o novo Código de Processo Civil brasileiro estabelece, em seu art. 489, § 1º, que “[n]ão se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de

21 Aponta para esta conexão entre os princípios da fundamentação e do contraditório Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*, cit., p. 137.

22 *Idem*, p. 133.

23 Michele Taruffo, *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975, p. 405. No original: “Nel suo significato piú profondo, Il principio in esame esprime l’esigenza generale e costante di controllabilità sul modo in cui gli organi statuali esercitano Il potere Che l’ordinamento conferisce loro, e sotto questo profilo l’obbligatorietà della motivazione della sentenza è una specifica manifestazione di un piú generale ‘principio di controllabilità’ che appare essenziale alla nozione moderna dello Stato di diritto, e che produce conseguenze analoghe anche in campi diversi da quelli della giurisdizione”.

24 Como afirma Lenio Luiz Streck, a exigência constitucional de fundamentação implica a obrigação de justificar (Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e ‘o problema da discricionariedade dos juízes’*, cit., p. 26). Também liga as ideias de fundamentação e justificação Luiz Guilherme Marinoni, *Curso de processo civil*, vol. 1. Teoria geral do processo. São Paulo: RT, 2006, p. 104, onde se lê que é “imprescindível a [fundamentação da decisão], pois o juiz, como agente do poder não legitimado pelo voto, não pode deixar de justificar as decisões que emite”.

súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”.

Impõe-se, pois, uma fundamentação *substancial* das decisões judiciais, em que estas sejam verdadeiramente justificadas, a fim de que se demonstre sua legitimidade constitucional.

O resultado do processo deve ser alcançado em tempo razoável. O inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição da República do Brasil expressamente afirma essa garantia, a qual é reconhecida também em importantes documentos internacionais, de que é exemplo mais importante a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), cujo art. 8º, 1, estabelece que “[t]oda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.²⁵

Destaque-se, desde logo, algo que está expresso no texto do Pacto de São José da Costa Rica: o direito à duração razoável do processo não implica, muito ao contrário, abrir mão das “devidas garantias”. Daí se extrai, portanto, a perfeita harmonia entre a garantia de duração razoável do processo e o princípio do devido processo constitucional. Extrai-se daí que o princípio da duração razoável do processo deve ser compreendido à luz da ideia de *eficiência*, que pode ser entendida como “a razão entre um resultado desejado e os custos necessários para sua produção”.²⁶ Evidentemente, no processo civil não são apenas os custos econômicos, mas todo e qualquer dispêndio, de tempo e energias, necessário para a produção dos resultados que dele são esperados.²⁷ Isto significa dizer, em outros termos, que o assim chamado *princípio da eficiência processual* nada mais é do que aquilo que tradicionalmente se chamou de *economia processual*.²⁸

25 Disposição equivalente pode ser encontrada no art. 6º, 1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais), adotada em Roma, em 1950, cujo teor é o seguinte: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

26 Valentinas Mikelénas, “Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?”, in Vytatutas Nekrošyus (coord), *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. Vilnius: Vilnius University, 2013, p. 142. No original: “ratio between a desired effect and the costs necessary for its production”.

27 Alexandre Freitas Câmara, “O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias”, in *Revista de Processo*, vol. 223. São Paulo: RT, set 2013, p. 42.

28 Assim, expressamente, Tadeusz Erciński e Pawel Grzegorzcyk, “Effective protection of diverse interests in civil proceedings on the example of Polish act on group action”, in Vytatutas Nekrošyus (coord), *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*, cit., p. 23.

Falar de eficiência é fazer referência, como se tem visto na doutrina do Direito Administrativo, à *qualidade do serviço*,²⁹ e com base nesta ideia se pode afirmar que o sistema de prestação jurisdicional só será eficiente se produzir resultados que serão constitucionalmente legítimos se forem qualitativamente bons.³⁰ Não há, pois, um “embate” entre celeridade e qualidade do resultado. Não se trata de escolher entre um processo célere e um processo capaz de produzir resultados qualitativamente bons. O devido processo constitucional é capaz de produzir resultados qualitativamente bons (porque constitucionalmente legítimos) em tempo razoável.

Dito de outro modo, “o processo deverá durar o mínimo, mas também todo o tempo necessário para que não haja violação da qualidade na prestação jurisdicional”.³¹ Em outras palavras, por força da garantia de duração razoável, o processo não pode demorar nem um dia a mais, e nem um dia a menos, do que o tempo necessário para produzir um resultado constitucionalmente legítimo.³²

Pois há uma intensa ligação entre a garantia de duração razoável do processo e, especialmente nos casos de demandas repetitivas, seriais, a fixação de técnicas de padronização decisória que leva a que casos iguais sejam decididos de forma igual. Daí a importância de mecanismos como o *julgamento por amostragem de recursos repetitivos* (já utilizado no Direito brasileiro desde 2008) e do *incidente de resolução de demandas repetitivas* (previsto no novo Código de Processo Civil brasileiro). Através de tais institutos podem ser fixados padrões decisórios que, corretamente aplicados, permitirão uma uniformização da aplicação das normas capaz de evitar essa verdadeira *cacofonia jurisprudencial* em que a prática forense brasileira se encontra imersa. E isso certamente contribuirá para a duração razoável do processo, uma vez que evitará que casos aos quais se devem aplicar interpretações já consolidadas nos mais altos tribunais continuem a receber decisões fundadas em interpretações divergentes, o que impõe à parte prejudicada que interponha recursos até chegar às instâncias excepcionais, onde aquele entendimento já consolidado acabará por prevalecer (reformando-se decisões de órgãos inferiores que se negaram a aplicar a jurisprudência firme dos órgãos superiores).

Todos estes princípios, formadores do devido processo constitucional, são inspirados pelo *princípio do acesso à justiça*. Este, no Estado Democrático de Direito, deve ser compreendido como “uma proposta reconstrutiva das noções de direitos, de Jurisdição, de processo, já inconciliável com um acesso à justiça erguido sobre bases socializantes”.³³ Em outras palavras, o princípio do acesso à Justiça (que não se confunde com a garantia de amplo acesso ao Judiciário, consagrada no art. 5º, XXXV, da Constituição da República do Brasil) deve ser compreendido como uma exigência de que os atores do processo (partes e seus advogados, juiz, Ministério Público, auxiliares da justiça *etc.*) atuem juntos – cooperem (no sentido de “co-operar”, isto é, trabalhar juntos) – para que, como uma verdadeira *comunidade de trabalho*, produzam um resultado processual constitucionalmente

29 José dos Santos Carvalho Filho, Manual de direito administrativo. São Paulo: Atlas, 25ª ed., 2012, p. 29.

30 Alexandre Freitas Câmara, “O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias”, *cit.*, p. 43.

31 André Ramos Tavares, Reforma do Judiciário no Brasil pós-88. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 31.

32 Alexandre Freitas Câmara, “O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias”, *cit.*, p. 44.

33 Dierle Nunes e Ludmila Teixeira, Acesso à justiça democrático. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 68.

legítimo. E esta ideia deve ser levada em consideração na construção de um devido processo constitucional, o qual é vocacionado à produção de decisões constitucionalmente corretas.

4. Devido processo e participação: o papel do contraditório na construção de um devido processo constitucional

Atenção toda especial deve ser dedicada ao princípio do contraditório, expressamente previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição da República, assim redigido: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Essa especial atenção deriva do fato de que o contraditório é a *característica própria do processo*,³⁴ a partir da qual o próprio conceito de processo deve ser construído.

Explique-se melhor este ponto: desde meados do século XIX, com a conhecida construção teórica desenvolvida a partir da obra de Bülow, tem-se afirmado que o processo é (ou contém) uma relação jurídica, conhecida como *relação processual*.³⁵ Esta concepção, porém, está ligada a uma visão de processo em que há um exagerado (e para os dias de hoje ultrapassado) fortalecimento da figura do juiz, representativo de uma concepção do processo como mecanismo destinado a realizar os escopos do Estado.

Não é por outra razão que, desde a origem dessa concepção do processo como relação jurídica se afirmou que “às partes se toma em conta unicamente no aspecto de sua vinculação e cooperação com a atividade judicial”.³⁶ E foi este pensamento que levou a afirmar-se, mais modernamente, que o que dá identidade própria à relação processual e a distingue da relação material “não é só a mera presença do Estado-juiz mas sobretudo sua presença na condição de sujeito exercente do *poder* (jurisdição). Correlativamente, as partes figuram na relação processual em situação de *sujeição* ao juiz”.³⁷

Ocorre que esta concepção do processo que põe o juiz (aqui compreendido como Estado-juiz) em posição de proeminência, tendo-se as partes como sujeitos ocupantes de posições inferiores, é incompatível com as mais modernas concepções de um Estado Constitucional Democrático de Direito. Isto leva a uma *crise do conceito de relação processual*, já percebida por diversos setores da doutrina,³⁸ de onde se retira a necessidade de uma nova concepção de processo, de matiz coope-

34 Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 8ª ed., 1996, p. 76.

35 Oskar Von Bülow, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. esp. de Miguel Angel Rosas Lichstchein. Buenos Aires: EJEJA, 1964, pp. 1-2.

36 *Idem*, p. 2.

37 Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2006, pp. 304-305.

38 Assim, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni, *Teoria geral do processo*, cit., p. 398, onde se lê que “o conceito de relação jurídica processual é avesso ao de legitimidade, seja de legitimidade pela participação no procedimento, de legitimidade do procedimento e de legitimidade da decisão”. No Brasil, sem dúvida, foi pioneira a crítica à teoria da relação processual feita por Aroldo Plínio Gonçalves, *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992, p. 100, onde se lê que “[i]nexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre as partes e o juiz, não há como se aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, [construída] no século [XIX], fruto do individualismo

rativo e policêntrico, o que leva a defini-lo como *procedimento em contraditório*.³⁹ O princípio do contraditório, então, é elemento integrante do próprio conceito de processo e, portanto, onde não houver contraditório não haverá verdadeiro processo, mas *mero procedimento*.⁴⁰

Deve-se dar ao princípio do contraditório uma dimensão substancial (e não meramente formal), de modo a ser ele capaz de assegurar a efetiva participação das partes no processo, com influência na formação do resultado. Quer-se com isto afirmar que o contraditório não pode ser visto como mera garantia *formal* de que às partes se dará, ao longo do processo, a possibilidade de falar, de se manifestar. O contraditório é, muito mais do que o “direito de falar”, o *direito de ser ouvido*, impondo-se deste modo, ao juiz, o dever de ouvir o que as partes têm a dizer, levando em consideração seus argumentos ao proferir a decisão.

Não vai aqui qualquer novidade. Já há quase meio século que se afirmou, em respeitada sede doutrinária, que o contraditório deve ser entendido como possibilidade de as partes influírem na decisão através do exercício de adequados instrumentos processuais, em igualdade de condições.⁴¹ Pois o contraditório consiste, precisamente, em uma *garantia de participação com influência*.⁴²

Significa isto, pois, nas palavras de Ferrand, que às partes “deve também ser garantida a oportunidade de se expressarem perante o órgão jurisdicional, e este deve levar em consideração os argumentos das partes”.⁴³

Contraria o princípio do contraditório (e, pois, o devido processo constitucional), portanto, qualquer decisão que tenha sido proferida sem que seja ela o resultado de um processo desenvolvido segundo um contraditório efetivo, substancial, em que as partes vejam respeitado de forma substancial seu direito de serem ouvidas (*right to be heard*). É, pois, incompatível com os princípios do contraditório e do devido processo legal o juiz *solipsista*, que constrói sozinho a decisão, sem levar em conta os fundamentos debatidos pelas partes e julgando unicamente a partir de seu próprio modo de ver as questões suscitadas na causa. É que, como afirma Dierle Nunes, a “impossibilidade de análises solipsistas pelo juiz leva obrigatoriamente à percepção de uma perspectiva intersubjetiva e participativa do processo jurisdicional”.⁴⁴

jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito”.

39 Trata-se, aqui, de acolher a ideia central exposta por Elio Fazzalari, *Istituzione di diritto processuale*, cit., p. 8. Faça-se, porém, o registro de que esta concepção fazzalariana de processo deve, modernamente, receber os bons fluidos da constitucionalização do Direito, o que se faz através da percepção de que o processo deve ser um devido processo constitucional.

40 Dierle Nunes, *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 206.

41 Luigi Paolo Comoglio, *La garanzia costituzionale dell'azione ed Il processo civile*. Pádua: Cedam, 1970, p. 242.

42 Dierle Nunes, *Processo jurisdicional democrático*, cit., p. 227, onde se lê que se impõe “a leitura do contraditório como garantia de influência no desenvolvimento e resultado do processo”.

43 Frédérique Ferrand, *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*, cit., p. 48. No original: “they must also be granted the opportunity to express themselves before court, and the court must take into account the parties’ submissions”.

44 Dierle Nunes, “Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático”, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição especial, 2008, p. 26.

Resultam daí dois pontos: o primeiro é a obrigatoriedade de que o juiz examine, na decisão que profira, *todos os fundamentos* suscitados pela parte e que sejam, em tese, capazes de lhe assegurar resultado favorável no processo (exatamente nos termos do que consta do art. 489, § 1º, IV, do novo Código de Processo Civil brasileiro); o segundo é a vedação das “decisões-surpresa”.

Não se pode aceitar, portanto, que o órgão jurisdicional deixe de examinar algum fundamento relevante suscitado pela parte em defesa de seus interesses. Admiti-lo seria estabelecer um sistema processual em que o contraditório é assegurado apenas do ponto de vista formal, garantindo-se às partes o direito de falar, mas não lhes assegurando o direito de serem ouvidas. É, pois, inaceitável o entendimento – hoje assente nos tribunais brasileiros – segundo o qual o órgão jurisdicional não está obrigado a examinar todos os fundamentos suscitados pelas partes.⁴⁵

De outro lado, afrontam o princípio do contraditório e, por conseguinte, o devido processo constitucional, as “decisões-surpresa”, isto é, pronunciamentos judiciais que se apoiam em fundamentos que não tenham sido previamente debatidos pelas partes. Em outras palavras, nenhum fundamento não submetido ao contraditório pode ser validamente empregado para justificar uma decisão judicial, sob pena de se ter uma decisão que não é o resultado de um procedimento em contraditório.

O contraditório compreendido como garantia de não-surpresa é incompatível com o modo como sempre se interpretou a máxima *iura novit curia*, por força da qual sempre se afirmou que é o órgão jurisdicional que conhece o Direito (e que levava, inexoravelmente, a outra máxima: *da mihi factum, dabo tibi ius* – dá-me os fatos que te darei o direito –, por força da qual sempre se considerou que cabia às partes tão somente narrar os fatos, sendo incumbência do juiz aplicar o Direito aos fatos demonstrados no processo). O princípio do contraditório exige que, não obstante o conhecimento que tenha o juiz acerca do Direito – e se reconhecendo que pode ele suscitar fundamentos jurídicos que as partes não tenham apresentado –, tem ele o dever de submeter tais fundamentos ao debate antes de neles se apoiar para proferir uma decisão. Não é por outra razão que, já nos anos 1970, Fritz Baur afirmava que:⁴⁶

“a dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito, desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista as normas jurídicas invocadas pelos litigantes”.

Também em relação às questões de ordem pública (isto é, aquelas questões que o juiz está autorizado a conhecer *ex officio*), como são as relativas aos pressupostos processuais ou à existência de litispendência ou coisa julgada, o princípio do contraditório exige o debate prévio. Perceba-se:

45 Tendência que pode ser vista, por exemplo, na decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do AgRg no AREsp 549852/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 07.10.2014, onde se lê que “[é] sabido que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão”.

46 Fritz Baur, “Da importância da dicção ‘*iura novit curia*’”, in *Revista de Processo*, vol. 3. Trad. bras. de Arruda Alvim. São Paulo: RT, jul-set 1976, p. 177.

autorização para conhecer de ofício não é o mesmo que autorização para decidir sem respeitar o contraditório. Incumbe ao juiz que suscitar uma questão de ordem pública de ofício submetê-la às partes, abrindo prazo para que sobre elas se manifestem, só então decidindo (e, evidentemente, levando em conta as alegações das partes na construção da decisão).⁴⁷

O órgão jurisdicional deve, portanto, esclarecer previamente quais são os pontos (de fato e de direito) relevantes para a decisão (proibição das decisões-surpresa).⁴⁸

Também este é ponto que ainda não ingressou na cultura forense brasileira. Por aqui é frequente encontrar processos em que o juiz profere sentença com base em fundamentos que suscita de ofício (especialmente, mas não apenas, no que diz respeito às causas de extinção do processo sem resolução do mérito).⁴⁹ Espera-se que também esta deficiência democrática seja superada com a vigência do novo Código de Processo Civil, cujo art. 10 estabelece que “[o] juiz não pode decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes a oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Deve, pois, haver contraditório forte, dinâmico, substancial, para que haja um processo jurisdicional democrático, compatível com o Estado Democrático de Direito. Como visto, sem contraditório não há processo. Afinal, “o processo é contraditório”.⁵⁰ O contraditório, é, portanto, o mais relevante (do ponto de vista da técnica processual) dentre todos os princípios que compõem o modelo constitucional de processo civil, pois é ele que estabelece a essência do processo, caracterizando-o e, por isso mesmo, viabilizando sua existência.

5. Conclusão

A constitucionalização do Direito, movimento que fez a Constituição passar a exercer um papel central na compreensão dos fenômenos jurídicos, exigindo que todos os institutos sejam objeto de uma *filtragem constitucional*, é responsável por exigir que a prestação jurisdicional se dê mediante um devido processo constitucional. A produção de resultados jurisdicionais que não sejam o fruto desse devido processo compromete a legitimidade democrática do processo e do próprio Judiciário. Não basta à sociedade, porém, que haja respeito ao Estado Democrático no Executivo

47 Loïc Cadet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*. Paris: Litec, 5^a ed., 2006, pp. 327-328.

48 Frédérique Ferrand, *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure*, cit., p. 48, onde fala a autora em “prohibition of so-called surprise decisions”.

49 Veja-se, por exemplo, decisão proferida pela eminente Desembargadora Monica Tolledo de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, na apelação cível n. 0004376-65.2005.8.19.0061, em cuja ementa se lê que “[o] reconhecimento ‘ex officio’ da prescrição é ato que independe da oitiva das partes, não ensejando violação ao princípio do contraditório”. Curioso notar que na fundamentação da decisão encontra-se uma verdadeira petição de princípio, já que ali se afirma, textualmente, que “o reconhecimento ‘ex officio’ da prescrição não enseja violação ao princípio do contraditório, eis que é ato que independe da oitiva das partes”. Fica a impressão (para dizer o mínimo) que ali se afirmou, apenas, que não há violação do contraditório simplesmente por não haver necessidade de contraditório. Mas não se diz por que não haveria. Não havendo substancial justificação da decisão, data venia, o pronunciamento jurisdicional não atende à exigência constitucional de fundamentação das decisões judiciais.

50 Loïc Cadet e Emmanuel Jeuland, *Droit judiciaire privé*, cit., p. 321. No original: “Le procès est contradiction”.

e no Legislativo. Também o Judiciário, parte integrante do Estado que é, precisa desenvolver suas atividades de forma democrática. E o processo, método de que o Judiciário se vale para – junto com as partes – construir, de forma participativa, tais resultados, precisa se democratizar. A não ser assim, ter-se-á atividade jurisdicional autoritária em um Estado Democrático de Direito. E isto é a própria negação da Democracia. Augura-se, pois, que cada vez mais se desenvolva uma cultura democrática e constitucional do processo, a fim de que seus resultados sejam cada vez mais legítimos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDOLINA, Italo – *Il modello costituzionale del processo civile italiano* (em cooperação com Giuseppe Vignera). Turim: G. Giappichelli, 1990.

BAHIA, Alexandre – *Curso de direito processual civil* (em cooperação com Dierle Nunes, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARROS, Flaviane de Magalhães – “Nulidades e Modelo Constitucional de Processo”, in Freddie Didier Júnior (org.), *Teoria do Processo. Panorama Doutrinário Mundial*, Segunda Série. Salvador: Juspodivm, 2010.

BARROSO, Luís Roberto – “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do Direito Constitucional do Brasil)”, in Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coord.), *A constitucionalização do Direito – fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUR, Fritz – “Da importância da dicção ‘iuria novit curia’”, in *Revista de Processo*, vol. 3. Trad. bras. de Arruda Alvim. São Paulo: RT, jul-set 1976.

BRAGA, Paula Sarno – *Aplicação do devido processo legal nas relações privadas*. Salvador: Juspodivm, 2008.

BÜLOW, Oskar Von – *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Trad. esp. de Miguel Angel Rosas Lichstchein. Buenos Aires: EJEJA, 1964.

CADIET, Loïc – *Droit judiciaire privé* (em cooperação com Emmanuel Jeuland). Paris: Litec, 5ª ed., 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas – “O direito à duração razoável do processo: entre eficiência e garantias”, in *Revista de Processo*, vol. 223. São Paulo: RT, set 2013.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro – *Curso de direito processual civil* (em cooperação com Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Carlos Henrique Soares). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos – *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 25ª ed., 2012.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo – *Teoria geral do processo* (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco). São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo – *La garanzia costituzionale dell'azione ed Il processo civile*. Pádua: Cedam, 1970.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da – *Jurisdição e competência*. São Paulo: RT, 2008.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho – *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2ª ed., 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel – *Teoria geral do processo* (em cooperação com Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra). São Paulo: Malheiros, 22ª ed., 2006.

ERECIŃSKI, Tadeusz – “Effective protection of diverse interests in civil proceedings on the example of Polish act on group action” (em cooperação com Pawel Grzegorzcyk), in Vytatutas Nekrošyus (coord), *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. Vilnius: Vilnius

University, 2013.

FAZZALARI, Elio – *Istituzioni di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 8^a ed., 1996.

FERRAND, Frédérique – *Ideological background of the Constitution, Constitutional rules and civil procedure, in International Association of Procedural Law Seoul Conference 2014*. Seul: IAPL, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio – *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GRINOVER, Ada Pellegrini – *Teoria geral do processo* (em cooperação com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco). São Paulo: Malheiros, 22^a ed., 2006.

GRZEGORCZYK, Pawel – “Effective protection of diverse interests in civil proceedings on the example of Polish act on group action” (em cooperação com Tadeusz Ereciński), in Vytatutas Nekrošyus (coord), *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. Vilnius: Vilnius University, 2013.

JEULAND, Emmanuel – *Droit judiciaire privé* (em cooperação com Loïc Cadiet). Paris: Litec, 5^a ed., 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme – *Curso de processo civil, vol. 1. Teoria geral do processo*. São Paulo: RT, 2006.

MIKELÉNAS, Valentinas – “Efficiency of civil procedure: mission (im)possible?”, in Vytatutas Nekrošyus (coord), *Recent trends in economy and efficiency of civil procedure*. Vilnius: Vilnius University, 2013.

NUNES, Dierle – *Curso de direito processual civil* (em cooperação com Alexandre Bahia, Bernardo Ribeiro Câmara e Carlos Henrique Soares). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____. – “Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva”, in *Revista de Processo*, vol. 199. São Paulo: RT, set 2011.

_____. – *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

_____. – *Acesso à justiça democrático* (em cooperação com Ludmila Teixeira). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. – “Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático”, in *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Edição especial, 2008.

SARMENTO, Daniel – “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in Daniel Sarmento, *Por um constitucionalismo inclusivo: História constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SLAIBI FILHO, Nagib – *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SOARES, Carlos Henrique – *Curso de direito processual civil* (em cooperação com Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Bernardo Ribeiro Câmara). Belo Horizonte: Fórum, 2011.

STRECK, Lenio Luiz – *Hermenêutica, neoconstitucionalismo e ‘o problema da discricionariedade dos juízes’*, ensaio publicado em meio eletrônico em http://www.anima-opet.com.br/primeira_edicao/artigo_Lenio_Luiz_Streck_hermeneutica.pdf.

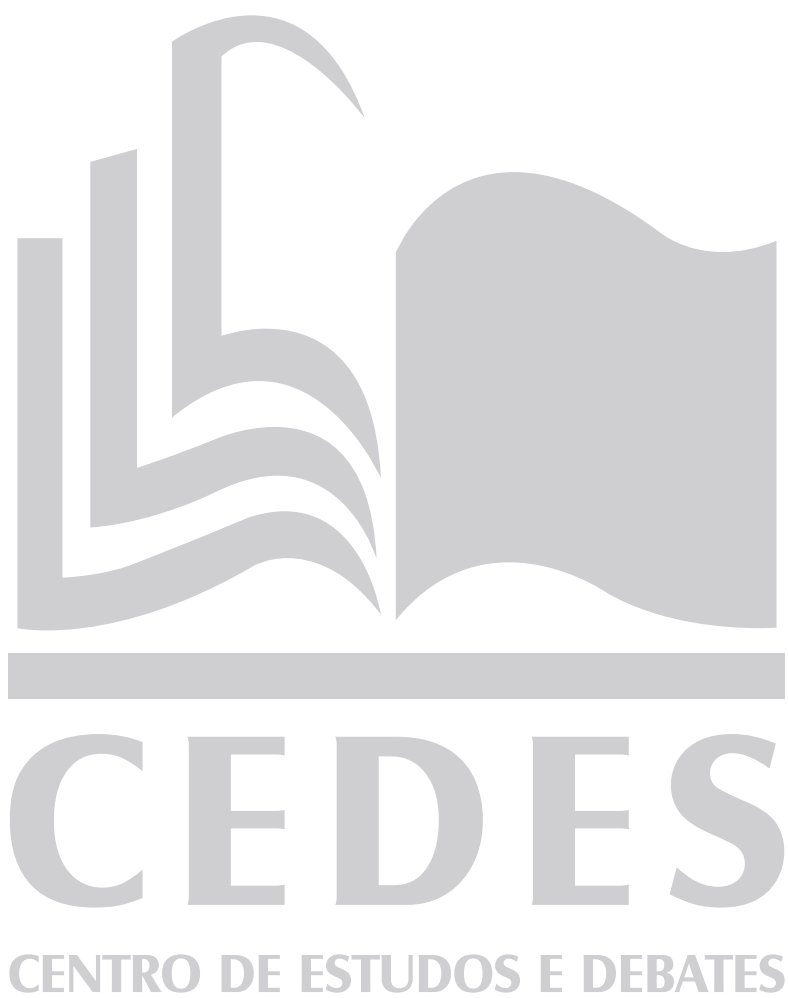
TARUFFO, Michele – *La motivazione della sentenza civile*. Pádua: Cedam, 1975.

TAVARES, André Ramos – *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, Ludmila – *Acesso à justiça democrático* (em cooperação com Dierle Nunes). Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

VIGNERA, Giuseppe – *Il modello costituzionale del processo civile italiano* (em cooperação com Italo Andolina). Turim: G. Giappichelli, 1990.

VIGORITI, Vincenzo – *Ancora a proposito della superabile crisi del processo civile*, ensaio publicado em meio eletrônico in <http://www.judicium.it/admin/saggi/279/VigoritiIII.pdf>.



PROTAGONISMO JUDICIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E REFLEXOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO: NOVOS DESAFIOS

Werson Franco Pereira Rêgo*

1. Introdução

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, operou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico pátrio, colocando o Brasil em posição de destaque no cenário internacional no que respeita à proteção e defesa do consumidor. Neste particular, o ano de 2015 foi muito especial para todos nós, diante das celebrações dos 25 anos da promulgação do Código de Defesa do Consumidor.

Inegáveis as conquistas alcançadas nas últimas duas décadas, mas muito ainda há por vir. Ao tempo em que se reconhece a **vulnerabilidade** do consumidor no mercado de consumo é preciso, do mesmo modo, reconhecer-lhe **autonomia, liberdade de atuação e responsabilidade por suas escolhas conscientes**, decorrentes de manifestações de vontade esclarecidas e refletidas. A assimetria informacional justifica e impõe a intervenção do Estado protegendo e defendendo o agente econômico vulnerável contra os abusos praticados pelos agentes econômicos em posição de vantagem (*match position*). Sem embargo, não se pode admitir a ampliação do intervencionismo estatal ao ponto de se negar ao consumidor capacidade para contrair obrigações e para responder pelos seus deveres.

Pretendo, assim, discorrer sobre as perspectivas para o futuro e o papel do Poder Judiciário em relação aos novos desafios visando à melhoria e ao desenvolvimento saudável das relações econômicas e sociais no Brasil. Sem fechar os olhos para as importantes desigualdades existentes no país, mostrar que é possível construir pontes entre fornecedores e consumidores, a partir dos pontos de convergência existentes entre eles, ao invés de estagnar nos pontos de divergência, que só ampliam o fosso que os separa. Evidenciar, ao final, ser possível o estabelecimento de um mercado ético, equilibrado e harmônico, com sujeitos maduros, responsáveis, que enxerguem a necessidade de satisfação recíproca das legítimas expectativas de todos – e não apenas de seus exclusivos interesses privados.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Diretor do Instituto Nêmesis de Estudos Avançados em Direito e do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor – Brasilcon. Coursou Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais na Universidad del Museo Social Argentino – UMSA (Buenos Aires, 1998/2001). Doutorando em Justiça Administrativa, área de concentração Relações Econômicas, na Universidade Federal Fluminense – UFF. Membro do Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra – Portugal, do Instituto Ibero-Americano de Direito Público e do Instituto Iberoamericano de Direito do Consumidor.

O debate sobre *protagonismo judicial e segurança jurídica* longe está de ser tarefa simples. Muito ao contrário, remete-nos a sérias, profundas e isentas reflexões, bem à altura dos desafios a vencer. Impõe-nos a autocontenção acadêmico-científica de nossa ideologia consumerista, permitindo-nos chegar, tanto quanto possível, a uma análise equidistante da finalidade da Política Nacional das Relações de Consumo, referida no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Mais do que isso, implica em realçar o papel sereno e equilibrado do Poder Judiciário na efetivação dos princípios estabelecidos no supramencionado dispositivo legal; o seu compromisso com a concretização de direitos fundamentais, mas os limites que lhe são impostos pela Constituição e demais leis do país; a sua responsabilidade para com os vulneráveis, mas também para com a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica nacional (art. 170 da Constituição da República). É preciso enxergar os dois lados da moeda.

A questão problemática a ser enfrentada se assenta sobre as consequências de eventuais movimentos puramente ideológicos de alguns julgadores que, atrelados ao dever de fazer justiça a partir de experiências pessoais, do bom senso e do prudente arbítrio na solução dos conflitos em demandas individuais, mecanicamente decidem em prol do vulnerável, conferindo interpretação ampliativa ao texto constitucional, supostamente visando à concretude dos direitos fundamentais nela previstos, olvidando-se, nada obstante, as intangíveis perdas coletivamente impostas aos consumidores no mercado de consumo que, através do mencionado paradigma procedimental, se vê negativamente impactado não pelos riscos decorrentes das atividades fornecedoras de produtos ou de serviços, mas sim pelas incertezas e insegurança jurídica criadas pelo Poder Judiciário.

Pretende-se demonstrar que o *protagonismo judicial* não é, em si mesmo, “bom” ou “mau”, mas “necessário” na dose certa, notadamente no Estado Democrático, na medida em que se deve zelar pela tutela dos valores “liberdade” e “igualdade”, simultaneamente, visando à construção de uma sociedade plural, solidária e fraterna.

Sem embargo, forçoso será o reconhecimento de que, em um Estado Democrático de Direito, a atuação do Poder Judiciário deve respeitar os limites impostos pela Constituição e pelas demais leis do país, não sendo possível se dar, exclusivamente, pela vontade do julgador – por melhor que sejam suas intenções.

Pretende-se demonstrar, ademais, que o estabelecimento de regras claras e objetivas sobre os direitos e os deveres dos agentes econômicos que atuam no mercado de consumo e, sobretudo, o zelo pela defesa daquelas, assegurando aos sujeitos da relação de consumo tratamento equidistante e imparcial, é elemento importante ao equilíbrio e à harmonia almejados pela sociedade, através do legislador, entendendo-se que é na segurança jurídica que reside a solidez da proteção da pessoa pelo Estado de Direito.

Pretende-se demonstrar, finalmente, que todo e qualquer **excesso** é sempre nocivo. Seja em que sentido for e, em especial, quando ultrapassados os limites da jurisdição imparcial. Afirmar, em

favor de qualquer uma das partes de um processo judicial, um direito por ela não titularizado gera insegurança jurídica, aumenta as incertezas, agrava os riscos – o que resulta em custos econômicos e sociais, suportados sempre pelos vulneráveis, pela parte mais fraca.

Em síntese, objetiva-se a discussão sobre um protagonismo judicial saudável, que não se sobreponha a, nem interfira com a atuação dos demais Poderes da República. Uma postura ativa que, preocupada com a realização dos direitos fundamentais previstos na Constituição, não desprezive outros valores fundamentais nela igualmente estabelecidos. Uma prestação jurisdicional que atenda à finalidade maior da Política Nacional das Relações de Consumo, sem sacrificar o indeclinável respeito aos princípios e às regras do Estado Democrático de Direito – ainda que supostamente em “benefício” do vulnerável.

O consumidor não precisa de “favores”, nem de caridade, nem de benesses, mas de proteção jurídica, de reconhecimento dos seus direitos. Deve, sim, ser tratado como o sujeito vulnerável que é, nos termos da lei, mas não como um incapaz. É preciso demonstrar ao Poder Judiciário que a indevida “proteção” ao sujeito vulnerável [ora chamado de “visível”, isto é, aquele cujo nome se encontra redigido na capa dos autos de um processo judicial] que, em demanda judicial específica, não titularizaria um direito violado ou ofendido, acabaria por desproteger e prejudicar a todos os demais consumidores [ora denominados “invisíveis”, ou seja, cujos nomes não figuram nos autos do processo] que, além da natural e idêntica vulnerabilidade no mercado de consumo, ainda ficarão expostos às medidas corretivas neste e por este impostas.

Forma contrária de proceder não se justificaria. Desviaria a análise dos meios para os fins, conduzindo a uma apreciação reducionista baseada na dicotomia bom/mau, tão subjetiva quanto empírica, distanciando-se da adequada e desejada prestação jurisdicional imparcial e da maximização da proteção dos consumidores.

2. Protagonismo Judicial. Antecedentes Históricos

Discorrer sobre *protagonismo judicial* nos impõe a correta identificação do papel do Estado na sociedade. Pois bem.

A Revolução Francesa marcou o fim do Estado Absoluto e o surgimento do Estado Liberal, juntamente com os chamados direitos fundamentais de primeira geração (classificados por Jellinek como direitos de defesa), visando, primordialmente, à tutela jurídica do valor “liberdade”.

Para Marcelo Novelino:

Os direitos de defesa caracterizam-se por exigir do Estado, preponderantemente, um dever de abstenção, caráter negativo, no sentido de impedir a ingerência na autonomia dos indivíduos. São direitos que limitam o poder estatal com o intuito de preservar as liberdades individuais, impondo-lhe o dever de não interferir, não intrometer, não reprimir e não censurar¹

¹ NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014, p. 223.

Dava-se início a um período de marcado individualismo jurídico, garantido por um modelo de Estado não intervencionista.

Contudo, o excesso de liberdade aprofundou as desigualdades sociais, a exigir novas mudanças.

Surgiu, então, o Estado Social, juntamente com os direitos fundamentais de segunda geração (classificados por Jellinek como direitos prestacionais), muito preocupado com a tutela do valor “igualdade”. Para tanto, necessária a intervenção do Estado.

Ainda para Novelino, os direitos prestacionais:

Possuem um caráter essencialmente positivo, impondo ao Estado o dever de agir. Objetivam a realização de condutas ativas por parte dos poderes públicos, seja para a proteção de certos bens jurídicos contra terceiros, seja para a promoção ou garantia das condições de fruição desses bens. Englobam o direito a prestação materiais e jurídicas²

As doutrinas *welfaristas*, voltadas para o bem-estar social, igualmente levadas ao extremo, resultaram no cerceamento de liberdades individuais. A reação neoliberal fez surgir um novo modelo de Estado que, diferentemente dos anteriores, que rompiam inteiramente com os modelos precedentes, seria uma evolução normativa do Estado Social, em que se conserva a preocupação com o bem-estar social, sem que, para tal fim, se exija o sacrifício das liberdades socioeconômicas – o Estado Democrático, garantidor do valor “solidariedade”.

O Estado Democrático tem perfil intervencionista moderado, ou seja, intervém apenas nas situações em que a atuação estatal se imponha para o estabelecimento (ou o restabelecimento) do equilíbrio inexistente (ou rompido), notadamente em favor dos vulneráveis. Essas intervenções, contudo, não estão isentas de limites, que são ditados pelo Direito. Desse modo, a intervenção estatal só se legitima **na forma da lei**. Esta a essência do Estado Democrático de Direito a que alude a nossa Constituição.

Tais noções gerais são importantes porque delas resulta a exata compreensão do papel do Poder Judiciário nos diversos modelos de Estado.

No Liberal, sob a doutrina do Positivismo Jurídico, “justo” era o legalmente convenionado entre as partes, devendo o Estado manter uma postura de neutralidade em relação ao conteúdo das avenças, que tinham efeito vinculante e obrigatório entre as partes, mas efeitos relativos quanto a terceiros. O juiz era apenas “a boca da lei”.

Já o Estado Democrático de Direito, sob a influência das doutrinas pós-positivistas, confere liberdade interpretativa ao julgador, de quem se exige um engajamento com a realidade socioeconômica e uma avaliação axiológica dos conflitos de interesses. É admissível a intervenção no domínio privado e a análise do conteúdo das avenças, visando à coibição dos abusos das posições de vantagem contratual e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos negócios jurídicos. O juiz deixa de ser um “servo” da lei, mas não deixa de ser um “servidor” da lei.

2 NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional, cit., p. 223.

3. Origem da Expressão e Conceituação

A noção de “protagonismo judicial”, não raro, é associada à ideia de “ativismo judicial”, que, a seu turno, é frequentemente utilizada com conotação pejorativa, vinculada a algo negativo e danoso para a sociedade; daí, poucos juízes assumirem ser, de fato, “ativistas”. Com efeito, percebe-se uma falta de cuidado com a conceituação da expressão e com o resgate de sua origem.

Pode-se afirmar que o sentido que atualmente se confere ao termo *ativismo judicial* tem origem na análise dogmática processual da doutrina alemã e nos estudos da ciência política norte-americana. Vejamos:

Franz Klein³, em 1901, foi o primeiro autor a empregar a expressão *ativismo judicial* para designar a atuação do magistrado que, na condução do processo, possibilita a diminuição ou eliminação das desigualdades fáticas entre as partes decorrentes do modelo liberalista. Conferindo uma visão mais socializadora ao estudo do processo civil, ponderou que as legislações processuais deveriam reforçar o papel do juiz na fase probatória, de forma a permitir que ele apoiasse as partes mais vulneráveis, tornando-se, assim, um juiz ativista⁴.

Já no âmbito da ciência política norte-americana, a expressão *ativismo judicial* foi cunhada pela primeira vez pelo Professor de Harvard Arthur M. Schlesinger Jr., em uma publicação jornalística de janeiro de 1947, na *Fortune Magazine*, em que analisara a visão jurídica dos nove componentes da Suprema Corte norte-americana.

Para o citado articulista, a visão jurídica que pode ser definida como ativista é aquela em que o julgador não separa o Direito e a Política e orienta seus julgamentos por resultados, sendo, assim, uma visão aberta do mundo jurídico⁵.

A expressão “ativismo judicial” também serviu para denominar a atuação da Suprema Corte norte-americana no período Warren, que se estendeu de 1953 até 1969. Neste, a Corte modificou a prática política dos Estados Unidos em prol dos direitos individuais, apenas com uma adequada interpretação do caso levado à apreciação judicial.

3 KLEIN, Franz. *Zeit-und geistesströmungen im prozesse*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1958.

4 Em 09 de novembro de 1901, Franz Klein, idealizador do grande modelo legislativo social e oral para o processo civil do século XX (a ZPO austríaca de 1895), proferiu uma célebre conferência em Dresden, na qual mostrava a necessidade de ruptura com o sistema processual então vigente, de bases individualistas e liberais (governado tecnicamente pelas partes e advogados e que reduzia os conflitos a uma discussão privada) apud NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 79-80.

5 Arthur Schlesinger Jr. introduziu o termo “ativismo judicial” em um artigo de janeiro de 1947, da revista *Fortune*, intitulado *A Suprema Corte: 1947*, apud Kmiec, Keenan D. *The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’*. *California Law Review*, v. 92, 5. ed. Berkeley, 2004, p. 1.441-1.449.

O artigo de Schlesinger traça o perfil de todos os nove juízes da Suprema Corte dos EUA à época e explicou as alianças e divisões entre eles. O artigo caracterizou os Justices Black, Douglas, Murphy, e Rutledge como os “ativistas judiciais”, os Justices Frankfurter, Jackson e Burton como os “campeões de autocontrole” e o Justice Reed e o Chief Justice Vinson compreendiam um grupo do meio.

Stefanie Lindquist e Frank Cross foram além dos debates subjetivos sobre ativismo judicial na Suprema Corte dos Estados Unidos, conceituando ativismo em termos não ideológicos, identificando dimensões empíricas específicas para o conceito e medindo essas dimensões usando técnicas sistemáticas⁶. Encaram, pois, o “ativismo judicial” como um termo repleto de múltiplos significados e conotações politizadas, sendo que, para os autores, uma decisão é considerada “ativista” de acordo com os olhos de quem a enxerga. *Ativismo judicial*, em síntese, significaria para os conservadores **a não observância pelos juízes e tribunais dos seus limites de atuação**, seja por meio de um ativismo contramajoritário, seja mediante uma criatividade jurisdicional exacerbada⁷. Desta forma, ou se utiliza o termo para criticar uma postura adotada por determinado juiz ou tribunal, ou para elogiar a atuação. De todo modo, a multiplicidade de marcos teóricos ou de visões de mundo jurídico incidentes sobre a análise de determinado autor impede que seja demarcado precisamente o que satisfará todos os teóricos⁸.

4. Sentido da Expressão no Brasil

Entre nós, a teoria jurídico-constitucional costuma definir ativismo judicial como uma incur-são insidiosa sobre o núcleo de atuação dos demais Poderes⁹.

Elival da Silva Ramos¹⁰ conceitua o ativismo judicial, resumidamente, como:

[...] o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Seria a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas também, da função administrativa, e, até mesmo, da função de governo¹¹.

Luís Roberto Barroso¹² obtempera que:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

6 CROSS, Frank B.; LINDQUIST, Stefanie A. Scientific study of judicial activism, publicado pela Social Science Research Network (SSRN), 2006.

7 MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 73, 2002, p. 104.

8 WOLFE, Christopher. *Judicial activism: bulwark of freedom or precarious security?* Maryland: Rowman & Littlefield, 1997, p. 37.

9 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

10 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, cit., p. 129.

11 RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*, cit., p. 116.

12 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Atualidades jurídicas* (Revista eletrônica do Conselho Federal da OAB, n. 57), São Paulo, out./dez. 2006, p. 6.

Ives Gandra da Silva Martins¹³, também de maneira sintética, afirma que o ativismo judicial constitui a atuação do Judiciário como legislador positivo e, por vezes, até mesmo como constituinte derivado.

Dimitri Dimoulis e Soraya Gasparetto Lunardi¹⁴ concluem que não há um conceito unívoco, porque pode abranger:

[...] a intensa atividade do Judiciário, sua intervenção em casos duvidosos ou claramente políticos, a amplitude e forte intensidade dos efeitos das decisões judiciais, assim como o protagonismo do juiz no processo.

Clèmerson Merlin Clève¹⁵, com prudência e não sem antes advertir ser preciso *atuar fortemente no sentido de ilustrar o modo como pode atuar o Poder Judiciário e, ao mesmo tempo os limites de sua atuação nesse campo*, associa o ativismo a uma postura proativa dos juízes na aplicação das normas constitucionais ao observar que:

[...] um Judiciário ativo é condição para a efetivação progressiva dos direitos constitucionais. Neste ponto cumpre, em determinadas circunstâncias, e para determinadas situações, defender um certo ativismo judicial (consequente e responsável) fortemente articulado do ponto de vista da consistência discursiva (motivação) e da riqueza argumentativa (convencimento).

É preciso ressaltar, todavia, que a atuação do Poder Judiciário assume uma forma diferente na vigência de ordenamentos jurídicos distintos. Assim, além de analisar se o Poder Judiciário é ou não ativista, deve-se perquirir a qual ativismo estamos a nos referir. Para isso, impossível seria a consecução do esforço sem analisarmos a atuação concreta de determinado Poder Judiciário.

5. Judicialização e Ativismo Judicial no Brasil

Sem nos aprofundarmos neste ponto específico, para não nos distanciarmos do núcleo do presente trabalho, convém, apenas e rapidamente, distinguir *judicialização* de *ativismo judicial*¹⁶.

13 MARTINS, Ives Gandra da Silva. O ativismo judicial e a ordem constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional n. 18. São Paulo, jul./dez.2011, pp. 23-38. Sobre tal concepção: Para estes, o ativismo judicial equivale à invasão do juiz em um mesmo espaço de legitimidade que não lhe corresponde, e, por isso mesmo, põe em perigo o delicado sistema de equilíbrios institucionais, sem o qual se frustraria irremediavelmente o ideal do Estado de delicado sistema de equilíbrios institucionais, sem o qual se frustraria irremediavelmente o ideal do estado de Direito (MONTEIRO, Cláudia Servilha. A racionalidade da decisão judicial política. Revista Brasileira de Estudos Políticos n. 96, Belo Horizonte, jul./dez. 2007, p. 206).

14 DIMOULIS, Dimitri; e LUNARDI, Soraya Gasparetto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; e NOVELINO, Marcelo (Org.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 470.

15 CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 3, 2003, p. 294 e 296-297.

16 Para detalhamento do tema, confira-se: BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Atualidades jurídicas (Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB n. 57), São Paulo, out./dez. 2006.

A noção de ativismo, porém, está basicamente identificada com o comportamento dos agentes políticos do sistema de justiça que acabam produzindo externalidades sobre o mundo e entrando em pautas antes só comuns ao Executivo e ao Legislativo. A *judicialização* é um fenômeno maior, porque transcende o sistema de justiça e lhe é exterior.

Em certa medida, a judicialização pode ser vislumbrada com uma conquista social relacionada ao aumento de mecanismos voltados para maior efetivação de direitos. É uma realidade, sem qualquer formulação de um juízo de valor em torno dela. Gera, porém, grandes preocupações.

A uma, porque envolve a transferência de poder para juízes e tribunais, visto que questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. A outra, porque inunda o Poder Judiciário com um volume surreal de demandas, algo em torno de 27/28 milhões de novas ações por ano, elevando o estoque de processos em curso no país a números superiores a 100 milhões (vale dizer, um processo a cada dois brasileiros). A elevada taxa de congestionamento da Justiça brasileira, acima dos 70%, impede a prestação de uma jurisdição célere e de qualidade superior.

Ativismo judicial, a seu turno, pode ser definido como postura proativa do magistrado que se pauta em método próprio e deliberado de interpretação e aplicação dos atos normativos ao caso concreto, com intuito de alcançar a justiça naquela situação pontual.

Salienta Luís Roberto Barroso que o ativismo judicial *expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário*. Configuraria, deste modo, uma atuação puramente ideológica do órgão (singular ou coletivo) prolator da decisão, interferindo de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais Poderes.

De modo ainda mais resumido, ativismo judicial poderia ser definido como a *interferência do Judiciário em assuntos de competência do Legislativo ou do Executivo*¹⁷, ou a *invasão da política pelo Direito*¹⁸, de tal sorte que o agente político do sistema de justiça, ampliando os próprios poderes, agiria como ator político e intérprete moral da sociedade, interferindo em e/ou invalidando decisões de outros Poderes.

A nosso sentir, esta postura é preocupante.

17 Nesse sentido: POZZOBON, Roberson Henrique. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, n. 10, Porto Alegre, 2009, p. 105. Com o mesmo entendimento: BRUM, Guilherme Valle. Juízes gestores do crédito tributário? O ativismo judicial ditando os rumos das execuções fiscais. Revista da Procuradoria-Geral do Estado, n. 67, Porto Alegre, 2010, p. 26. Igualmente: SILVA, Leandro José da. As audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma ponte entre o constitucionalismo e a democracia. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, v. 79, n. 2, Belo Horizonte, abr./jun.2011, p. 33. Ainda: NUNES, Luiz Roberto. Ativismo judicial. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 38, Campinas, 2011, pp. 64-65.

18 BODNAR, Zenildo; e STAFFEN, Mário Ricardo. Juizados especiais e ativismo judicial à luz de Luis Alberto Warat. Revista Sequencia, v. 33, n. 64, Florianópolis, jul. 2012, p. 111.

Isso porque, no Estado de Direito, todos temos alternativas de ação que são previamente conferidas e, no processo decisional, o espaço de discricionariedade é reduzido ao que a legislação oferece como possibilidade.

Advirta-se, enfaticamente, que em nenhuma hipótese se estaria a defender que direitos individuais e/ou coletivos **efetivamente** violados deveriam ficar à mercê da própria sorte. É óbvio que não. Apenas se afirma e se realça, aqui, o viés político-jurídico que práticas ativistas expõem.

De fato e não raro, sob a argumentação de [suposta] proteção aos direitos fundamentais, muitas vezes se escondem objetivos pragmáticos e ideológicos de controle sobre os demais Poderes republicanos – o que afronta diretamente a Constituição. Preocupação com saúde, educação, segurança são deveres do Estado, cujas políticas nacionais estão a cargo do Estado-Administrador (Poder Executivo). Não cabe ao Estado-Juiz (Poder Judiciário) a elaboração de políticas públicas nessas áreas, menos ainda atuar como ordenador de despesas. Assim agindo, assenhora-se de atribuições que, constitucionalmente, não lhe competem. Neste ponto específico é que concentro minhas críticas. Qualquer leitura fora disso afasta o ora redigido do seu real contexto.

Ademais disso, é sempre oportuno recordar e alertar que o ativismo judicial, em que pese ter também como objetivo a concretização de direitos fundamentais, pode trazer sérios danos à coletividade, quando se dá sem ponderações e proporcionalidade, especialmente para os consumidores não visíveis na capa dos autos do processo sob apreciação e julgamento. E isso ocorre quando: desconhecem os julgadores (ou não atentam para) a necessidade de se proceder a uma análise econômica do direito em berlinda; quando deixam de se preocupar com os efeitos externos de suas decisões [para além dos efeitos no caso concreto], ou; quando esquecem que suas decisões influem nas ações futuras dos agentes econômicos, ao se adotar uma ou outra forma de interpretar a lei¹⁹.

Amanda Flávio de Oliveira pondera que o julgador deve se preocupar

Em fazer com que sua decisão possa, a partir dessa capacidade de influenciar condutas, permitir o acesso ao consumo, alcançando o maior número de pessoas à condição de consumidoras e controlando a concentração de riquezas, auxiliando no difícil processo de distribuição equânime delas²⁰.

E, citando Richard Posner, sentencia a prefalada autora:

19 Os efeitos externos de uma decisão econômica são aqueles efeitos, danosos ou benéficos, que se manifesta em pessoas que não participaram da própria decisão. GUIDO ALPA. A análise econômica do Direito na perspectiva do jurista. Trad. João Bosco Leopoldino da Fonseca. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, 1997, p. 28-29, apud OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O juiz e o novo contrato – considerações sobre o contrato à luz do código de defesa do consumidor e do código civil de 2002. In: Código de defesa do consumidor e o código civil de 2002: convergências e assimetrias. Pfeiffer, R.C.A. e Pasqualotto, A. (Coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005 (Biblioteca de Direito do Consumidor, v. 25), p. 340-341.

20 OLIVEIRA, Amanda Flávio de. O juiz e o novo contrato – considerações sobre o contrato à luz do código de defesa do consumidor e do código civil de 2002. cit., p. 340.

Os julgadores passam, assim, a atentar para as consequências econômicas de suas decisões, percebendo o contexto global dos conflitos, não devendo se ater apenas ao que postulam as partes em litígio, mas verificando qual das soluções conduz à maximização da riqueza social²¹.

6. Ativismo Judicial e Função Jurisdicional

Consideradas as múltiplas definições de ativismo judicial, Keenan Kmiec, em conceituado trabalho sobre o tema – *The origin and current meanings of judicial activism* – nelas identifica cinco sentidos ou dimensões do conceito:

- (1) invalidação judicial de atos legislativos cuja constitucionalidade é sustentável, vale dizer, o julgador deixa de aplicar as regras legais com fundamento em princípios constitucionais ou em noções de equidade e justiça (em contraposição à autolimitação judicial – “*judicial self restraint*”);
- (2) desrespeito aos precedentes judiciais (horizontais e verticais);
- (3) criação da “legislação judicial” (“*legislation from the bench*”), ou a atuação do julgador como legislador positivo;
- (4) desvio da metodologia interpretativa;
- (5) julgamentos direcionados pelos resultados (“*result-oriented judging*”), ou seja, a busca por objetivos “não oficiais”, não vislumbrados ou pretendidos pelo legislador e pelas políticas públicas²².

Até que ponto tais elementos se harmonizam com a **função** jurisdicional?

Edgar Morin²³ observa que qualquer sociedade humana é ao mesmo tempo complementar (cooperativa) e antagônica (inclui rivalidades).

O progresso produz ordem, mas também produz desordem. Não é possível aumentar a ordem sem aumentar também a possibilidade de desordem e vice-versa, uma vez que uma polaridade contém a outra em estado latente.

As demandas judiciais situam o magistrado em meio aos fatores que causam desequilíbrio nessas relações sociais – nisso incluso o próprio pronunciamento judicial. É bem verdade que a sociedade civil organizada cobra do Poder Judiciário atuações que modifiquem, cada vez mais, a realidade dos fatos e não que apenas se fundamentem em legislações ilegítimas, já que as práticas legislativas deixaram de representar a vontade da maioria dos cidadãos. Compreensível.

21 POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 4. ed. Boston/Toronto: Little Brown and Company, 1992, apud Amanda Flávio de Oliveira, cit., p. 340.

22 No mesmo sentido: CARDOSO, Oscar Valente. *Ativismo judicial: conceitos e preconceitos*. Revista Dialética de Direito Processual (RDDP), n. 129, dez. 2013, p. 81.

23 MORIN, Edgar. *La méthode 5. L’humanité de l’humanité. L’identité humaine*. Paris: Seuil, 2001.

É função constitucional da Magistratura ser sensível às celeumas sociais e, **dentro da esfera de poder constitucionalmente embasado e socialmente legitimado**, interpretar o Direito vigente e interferir em decisões legislativas e administrativas sempre que necessário para corrigir omissões e distorções. E, friso, **PARA CORRIGIR OMISSÕES E DISTORÇÕES**.

Logo, com o máximo respeito às doudas posições acadêmicas em sentido oposto – e aqui o cerne da crítica contida neste trabalho –, penso **NÃO SER** função constitucional do Poder Judiciário criar direitos não expressamente previstos em lei ou na Constituição, a partir de uma interpretação ampliativa de normas escritas, ou com fundamento em princípios [rectius: valores] jurídicos genéricos (liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana etc.).

A Constituição da República, evidentemente, deve ser considerada em seu todo, a começar pelo princípio da separação dos Poderes. Deve ser interpretada e aplicada **de modo sistemático e harmônico**, e não a partir de um ou de outro princípio, isoladamente considerado.

Temos que conhecer, que entender e, sobretudo, que aplicar as premissas teóricas sobre o Estado Democrático de Direito, a separação dos poderes, o Poder Judiciário, democracia etc.

Não pode um julgador, ao argumento de supostamente dar concretude a um valor fundamental (como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo), negar respeito a outro (como o da segurança jurídica, por exemplo). Observar a Constituição é **DEVER FUNCIONAL** da Magistratura e não pode se sujeitar a “ideologias”. Não cabe ao Poder Judiciário agir como Poder Legislativo, ou como Poder Executivo, senão nas excepcionais situações previstas na própria Constituição.

Quando um julgador extrapola o âmbito do “sentido evidente da Constituição” (*plain meaning of the Constitution*), sua atuação não mais se legitima²⁴. Extrapolar os limites da função constitucionalmente reservada ao Poder Judiciário não deixa de ser uma arbitrariedade, pouco importando a motivação do julgador.

Bem observa Oscar Valente Cardoso que as discussões sobre ativismo judicial geralmente se voltam para o direito material supostamente resolvido na decisão judicial e são normalmente influenciadas por ele, o que desvia a análise do meio para o fim e leva a uma apreciação reducionista baseada na dicotomia bom/mau²⁵. De há muito repudiado pelo Direito o aforismo maquiavélico de que os fins justificam os meios. Não há princípio ou dispositivo no texto constitucional que conceda ao Poder Judiciário a auto-outorga de poderes legislativos²⁶.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz:

24 ROOSEVELT III, Kermit. *The myth of judicial activism. Making sense of supreme court decisions*. New Haven: Yale University Press, 2006, p. 15 e ss.

25 CARDOSO, Oscar Valente. *cit.*, p. 77

26 No mesmo sentido, MARTINS, Yves Gandra da Silva. *Ativismo judicial: a nova postura da Suprema Corte*. In: *Contribuições para o pensamento brasileiro – sociedade*. CNC – Confederação Nacional do Comércio. Ed. dez. 2014, p. 31.

(i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria;

(ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis;

(iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo, razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, *na medida do possível*.

É possível a realização de direitos a partir de princípios (não de valores), reconhecendo-se a eficácia normativa dos princípios, como nos ensinam as teorias pós-positivistas, mas, ainda assim, existem limites, isto é, alternativas de ação previamente dadas aos agentes do sistema de justiça, como ponderam Alexy e Atienza. Trata-se do devido respeito ao Estado de Direito. Destarte, a atuação dos agentes do sistema de justiça deve respeitar certas balizas e um dos elementos claros desse balizamento é o texto legal. É a partir do texto da lei que a cidadania, de modo geral, cria as suas perspectivas normativas.

Yves Gandra da Silva Martins recorda decisão proferida pelo Ministro José Néri da Silveira – notável defensor das prerrogativas da Suprema Corte de ser “guardiã” da lei, e não sua produtora. Tratava-se de disputa de área entre os Estados do Acre e de Rondônia. O ministro relator, ao proferir decisão outorgando área de conflito à Rondônia, deixou claro que **embora a justiça lhe parecesse estar na solução inversa – o território em litígio sempre estivera sob os cuidados do Acre –, como legislador negativo não poderia buscar o que a ele parecia justo, nem substituir-se ao Congresso Nacional, na produção normativa** – grifos meus.²⁷

O Superior Tribunal de Justiça, através de julgado de sua Corte Especial, também firmou precedente que considera ilegítima a decisão judicial que interfere nas escolhas do Executivo, qualificando-a como forma de ativismo judicial:

Pedido de Suspensão de Medida Liminar. Interferência do Judiciário na Atividade Administrativa. Flagrante Ilegitimidade e Lesão à Ordem Pública. Ao Judiciário cabe o controle da legalidade dos atos da Administração. **O ativismo judicial pode legitimar-se para integrar a legislação onde não exista norma escrita, recorrendo-se, então, à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito (CPC, art. 126). Mas a atividade administrativa, propriamente tal, não pode ser pautada pelo Judiciário.** Na espécie, em última análise, o MM. Juiz Federal fez mais do que a Administração poderia fazer, porque impôs o que esta só pode autorizar, isto é, que alguém assuma a responsabilidade pela prestação de serviço público. Agravo regimental não provido (AgRg na SLS 1.427/CE, Corte Especial, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 05.12.2011, DJe de 29.02.2012 – grifos meus).

7. Estado Democrático de Direito e Segurança Jurídica

27 MARTINS, Yves Gandra da Silva. Ativismo judicial: a nova postura da suprema corte. In: Contribuições para o pensamento brasileiro – sociedade. CNC – Confederação Nacional do Comércio, cit., p. 31.

Caminham juntos justiça e segurança jurídica. Se formos à Constituição Federal, vamos constatar a referência à segurança jurídica – referência simplesmente pedagógica, porque ínsita a um Estado que se diga democrático de direito – em dois artigos – 5º e 6º –, a versarem, também à liberdade, à igualdade, à propriedade, à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à previdência social e à proteção à maternidade e à infância, bem como à assistência dos desamparados, tudo a ocorrer, pelo menos é a proclamação que percebemos, nos moldes da Carta da República. (Marco Aurélio Mello, Segurança jurídica. *Revista Jurídica Consulex*, ano XV, n. 355, jan. 2011).

Thiago Rodvalho, em excelente artigo sobre o Princípio do Estado Democrático de Direito e a Segurança Jurídica²⁸, assim se pronuncia:

Em sendo a República brasileira um *Estado Constitucional*, justamente por conjugar os Estados *de Direito, Democrático e Social*, ela traz em si, ínsita, o *Princípio do Estado de Direito (Rechtsstaatsprinzip)*, que é um princípio constitutivo que tem natureza material, procedimental e formal (*materi-al-verfahrenmassiges Formprinzip*)²⁹, que não se esgota definido na Constituição, funcionando, assim, com verdadeira cláusula geral (Generalklausel)³⁰.

O Princípio do Estado de Direito (Democrático) tem como componente essencial, como consignam Canotilho e Vital Moreira, a garantia dos direitos fundamentais (direitos, liberdades e garantias fundamentais, entre eles, a segurança jurídica) [dimensão garantista ou defensiva]³¹, o que implica ao Estado (no caso, o Estado brasileiro) não apenas uma atitude abstencionista (passividade, de não ingerência), mas sim, e especialmente, impondo-lhe um verdadeiro dever de garantir e de os fazer observar por todos (postura ativa, atitude positiva)³².

Esse *Princípio do Estado de Direito* tem *subprincípios concretizadores*, entre os quais, interessa-nos de perto para esse estudo, o *princípio da segurança jurídica*³³⁻³⁴.

28 RODOVALHO, THIAGO. Das Rechtsstaatsprinzip (o princípio do estado democrático de direito) e a segurança jurídica. *Revista Forense*, v. 415, ano 108, jan.-jun. 2012, p. 291-315.

29 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Parte III, Tít. 2, Cap. 1, A, n. 1, p. 243.

30 HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2007. § 69, p. 360.

31 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpr.). II, n.1, p. 49.

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da república portuguesa anotada (Arts. 1º a 107º)*. 4. ed. port. e 1. ed. bras., Coimbra/São Paulo: Coimbra Editora/RT, 2007. v. 1, coment. IV, CF 9º, p. 277; e NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpr.), II, n. 1, p. 50.

33 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Parte III, Tít. 2, Cap. 1, C, n. 1, p. 256-257. V., também, MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. IV, n. 9, p. 533: O tema da segurança jurídica tem assento constitucional (princípio do estado de Direito).

34 Sobre segurança jurídica, v., amplamente, a obra essencial de Theophilo Cavalcanti Filho, que lhe valeu a livre-docência, CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT,

Nesse contexto, o *princípio da segurança jurídica* não só é *elemento essencial do Princípio do Estado de Direito*, como, em verdade, consubstancia-se em elemento constitutivo do próprio *Estado de Direito*, sem o qual, dele, Estado de Direito, não se pode falar³⁵. A esse respeito, como pontua Jorge Reis Novais, a segurança jurídica é “*princípio essencial na Constituição material do Estado de Direito, imprescindível como é, aos particulares, para a necessária estabilidade, autonomia e segurança na organização dos seus próprios planos de vida*”, razão pela qual, desde os primórdios das revoluções liberais, a luta pela Constituição e pelo estado de Direito era também uma *luta pela segurança jurídica*³⁶.

E, nesse sentido, a nossa CF, em diversas importantes passagens, refere-se justamente à *segurança jurídica*, desvelando seu valor para o Estado brasileiro, com preceito fundante de nossa República³⁷ – grifos do original.

1964, passim; e o discurso proferido por Laudelino Lavilla Alsina, em sua admissão como acadêmico na prestigiosa Real Academia de Jurisprudência y Legislacion. Seguridad juridica y funcion del derecho (discurso leído el día 8 de febrero de 1999 en su recepción pública como académico de número, por el Excmo. Sr. D. Laudelino Lavilla Alsina y contestación del Excmo. Sr. D. Eduardo Garcia de Enterría y Martínez-Carande). Madrid: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1999, passim.

35 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed.. Coimbra: Almedina, 2003. Parte III, Tít. 2, Cap. 1, C, II, n. 1 e 3, p. 257 e 264; NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. Constituição Federal comentada e legislação constitucional. 2. ed. São Paulo: RT, 2009. coment. 11, CF 1º, p. 146; v. também, ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda. Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória. 2. ed. São Paulo: RT, 2008. n. 1.5, p. 30-31.

36 NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpr.), II, n.1.4, p. 261; V., também, OÑATE, Flavio López de. La certeza del derecho. Buenos Aires: EJE, 1953, III, p. 73-76; e NOGUEIRA, Ataliba. O estado é meio e não fim. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 109, 122 e 148.

37 Cfr. CF, Preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. [destacamos]

CF, art. 5º:

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

CF, art. 5º, XXXVI:

A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Além da própria CF, art. 1º, que, inserida no título I, trata justamente dos princípios fundamentais, consagra o Princípio do Estado Democrático de Direito, do qual o princípio da segurança jurídica é um dos subprincípios concretizadores: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos [destacamos]

O trabalho acima referido descortina a importância da segurança jurídica para todo o arcabouço jurídico brasileiro, a partir da própria Constituição, fato para o qual deve atentar o Poder Judiciário.

Para Jürgen Habermas, *a tensão entre facticidade e validade, imanente ao direito, manifesta-se na jurisdição como tensão entre o princípio da segurança jurídica e a pretensão de tomar decisões corretas*³⁸. À medida que a sociedade se torna mais complexa, maior a necessidade de estabilização das expectativas.

Assim, para Niklas Luhmann, segurança jurídica seria mais do que apenas um dos princípios do Estado de Direito, mas a própria função estabilizadora do Direito³⁹.

É possível afirmar, com alto grau de precisão, não haver paz ou estabilidade social sem segurança jurídica, que é um dos seus fundamentos, e que existe para que a justiça, finalidade maior do Direito, se concretize. Entretanto, conciliar segurança jurídica e correção das decisões tem sido um dos maiores desafios do pensamento jurídico contemporâneo – notadamente no que respeita à interpretação jurídica⁴⁰. Em larga escala, magistrados estão decidindo movidos por ideologias pessoais, “de acordo com suas consciências”. Nada poderia ser mais temerário, a nosso sentir, com todas as vênias devidas, pois, leva o Poder Judiciário à emissão de indesejáveis e intermináveis pronunciamentos contraditórios – o que vem sendo denominado “jurisprudência lotérica”, “justiça lotérica” ou “loteria judiciária”. Com todo o respeito devido, está faltando Filosofia aos julgadores.

Miguel Reale, em seu aclamado e respeitado *Filosofia do Direito*, discorrendo acerca da obrigatoriedade ou vigência do Direito, afirma que a ideia de justiça está intimamente ligada à ideia de ordem. Ensina-nos que no próprio conceito de justiça é inerente uma ordem, que não pode deixar de ser reconhecida como valor mais urgente, o que está na raiz da escala axiológica, mas é de grau indispensável a qualquer aperfeiçoamento ético, concluindo que em toda comunidade é mister que uma ordem jurídica declare, em última instância, o que é lícito ou ilícito⁴¹.

A segurança jurídica é o que confere aos indivíduos a garantia constitucional necessária para o desenvolvimento de suas relações sociais, tendo, no Direito, a certeza das consequências dos atos praticados.

Desse entendimento não discrepa Luiz Guilherme Marinoni. Dissertando sobre o Estado de Direito e segurança jurídica, afirma que esta:

38 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2003, p. 245.

39 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. ,p. 109.

40 Sobre este ponto, imprescindível a leitura das obras de Lenio Streck: *Hermenêutica jurídica e(m) crise* (2009) e *Verdade e consenso* (2009).

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

Vista como estabilidade e continuidade da ordem jurídica e previsibilidade das consequências jurídicas de determinada conduta, é indispensável para a conformação de um Estado que pretenda ser “Estado de Direito”⁴².

Diversa não é a posição de Mauro Nicolau Junior, ao sentenciar que:

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídica válidas e eficazes⁴³.

Canotilho, finalmente, nos ensina que a segurança jurídica, elemento essencial ao Estado de Direito, se desenvolve em torno dos conceitos de estabilidade e previsibilidade. Quanto ao primeiro, no que diz respeito às decisões dos Poderes Públicos, uma vez realizadas:

[...] não devem poder ser arbitrariamente modificadas, sendo apenas razoável a alteração das mesmas quando ocorram pressupostos materiais particularmente relevantes.

E arremata:

A ideia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos⁴⁴.

8. Segurança Jurídica e Constituição: Natureza Jurídica

Segurança jurídica é, na feliz expressão de Hely Lopes Meirelles, *uma das vigas mestras da ordem jurídica*⁴⁵. Daí, quanto mais se empenha a sociedade pela construção de um Estado Democrático de Direito pleno, mais sobressai a sua importância.

A Constituição refere-se à segurança como **valor fundamental**. Em seu Preâmbulo, consigna que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça **como valores supremos**

42 MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: Processo coletivo e outros temas de direito processual. Araken de Assis et al. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 431.

43 NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito? Disponível em: <<http://www.jurid.com.br>>. Acesso em: 20 abr. 2006, p. 21.

44 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 371 e 372.

45 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 384.

de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (grifos meus).

Em seu art. 5º, iniciando o TÍTULO II (DOS DIREITOS e GARANTIAS FUNDAMENTAIS), CAPÍTULO I (DOS DIREITOS e DEVERES INDIVIDUAIS e COLETIVOS), dispõe que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se (...) a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, **à segurança** e à propriedade, nos termos seguintes: (grifos meus).

Já em seu art. 6º, estabelece que:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, **a segurança**, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (grifos meus).

Verifica-se que a Constituição reconhece pelo menos três tipos de segurança jurídica: a segurança como valor fundamental; a segurança como garantia e proteção dos direitos subjetivos; a segurança como direito social⁴⁶. Desta forma, nenhuma dúvida tenho ao afirmar que a segurança jurídica é, essencialmente, um **valor fundamental** para a consolidação do Estado Democrático de Direito, do mesmo modo que assim o é o conceito de Justiça, ainda que, em diversos momentos, desempenhe importante função de “sobrepincípio”⁴⁷.

Marco Aurélio Mello, no discurso sobre *Segurança Jurídica* que inaugura o tópico anterior, formula a seguinte indagação:

Qual é a natureza jurídica da segurança versada nos artigos 5º e 6º da Constituição Federal?

E, em seguida, responde:

Encerra ela princípio, e sabemos que os princípios têm tríplice missão: a de informar o legislador na elaboração das leis, a interpretativa, quanto à atividade dos operadores do Direito, e a normativa. A segurança jurídica – não canso

46 SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. In: Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Cármen Lúcia Antunes Rocha (Coord.). São Paulo: Editora Fórum, p. 17: As ideias de segurança, ordem e certeza formam os valores do direito positivo. Mas é o valor do justo que deve merecer a primazia, porque o direito, especialmente o direito constitucional, há de ser o meio de sua realização. A segurança, a ordem e a certeza há de ser sempre valores instrumentais da efetivação da justiça na sua feição social. Sem essa ideia de justiça e segurança, a ordem e a certeza podem derivar para o arbítrio. Onde a justiça reina, a convivência democrática estará salvaguardada.

47 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, cit., p. 384.

de ressaltar – visa evitar que venhamos a viver a sobressaltos, a solavancos, e viabiliza a mais não poder, a paz social⁴⁸.

Marinoni sustenta que a segurança jurídica, na Constituição, assumiria as figuras de *princípio da ordem jurídica estatal e de direito fundamental*⁴⁹. Traz à colação lição de *Ingo Sarlet*, que liga a segurança jurídica à noção de dignidade da pessoa humana, ao proclamar:

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem com a sua realização, desde logo **é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada a própria noção de dignidade da pessoa humana**. [...] a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas⁵⁰.

9. Protagonismo Judicial e Relações de Consumo

A entrada de tribunais na arena política é o que se convencionou chamar de politização do Judiciário. Este fenômeno deve ser examinado com especial cuidado e atenção. Isso porque múltiplos são os desafios enfrentados pelo julgador em seu cotidiano e, no que tem pertinência com o mercado de consumo, realçamos: 1) a busca do ideal de Justiça; 2) a proteção jurídica do vulnerável; 3) a concretização de direitos fundamentais.

A reação primeira de grande parte dos analistas foi de certo encantamento com a possibilidade de que as promessas realizadas pelas Constituições, e não cumpridas por parlamentos e executivos, pudessem vir a ser implementadas por magistrados.

Mais euforia ainda despertaram no mercado de consumo, onde agentes econômicos vulneráveis (consumidores), visando à satisfação de necessidades relacionadas a direitos fundamentais (como vida, saúde, moradia, educação, entre outros), se relacionam com agentes econômicos em posição de vantagem (fornecedores) que, a seu turno, desempenham suas atividades à luz dos princípios econômicos liberais contidos no art.170 da Constituição da República.

Não é recente, contudo, o desafio apresentado aos magistrados de preservar o equilíbrio e a interrelação existente entre indivíduo e coletividade. Porém, a partir do novo contexto constitucional e, mais especificamente, após a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, diante

48 MELLO, Marco Aurélio. Segurança jurídica. Revista Jurídica Consulex, ano XV, n. 355, jan./2011, p. 55/56.

49 MARINONI, Luiz Guilherme. Os precedentes na dimensão da segurança jurídica. In: Processo coletivo e outros temas de direito processual. Araken de Assis et al. (Org.), cit., p. 431.

50 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Revista de Direito Constitucional. v. 57, p. 11.

da adoção ampla do sistema de cláusulas abertas e de conceitos jurídicos indeterminados, que alteraram a tarefa tradicional de interpretação do Direito, tais desafios passaram a exigir ainda maior comprometimento do julgador com a sua atividade, com a sua função.

Lenio Streck observa que:

O século XX foi generoso para com o Direito e a Filosofia. No Direito, o segundo pós-guerra proporcionou a incorporação dos direitos de terceira dimensão ao rol dos direitos individuais (primeira dimensão) e sociais (segunda dimensão). Às facetas ordenadora (Estado Liberal de Direito) e promotora (Estado Social de Direito), o Estado Democrático de Direito agrega um *plus* (normativo): o Direito passa a ser transformador, uma vez que os textos constitucionais passam a conter as possibilidades de resgate das promessas da modernidade, situação que assume relevância ímpar em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o *welfare state* não passou de um simulacro.

Nesse novo paradigma, o Direito assume um elevado grau de autonomia frente à política, isto é, a (quase) plenipotenciabilidade da política produziu um elevado déficit de direitos fundamentais. Essa circunstância engendrou a construção de um novo modelo de Direito e de Estado. [...] a Constituição passou a ser um modo de concretização de direito, o que representou, em outras palavras, “fazer democracia através do Direito”. A Constituição passou a ser estatuto jurídico do político, com acentuado grau de dirigismo⁵¹.

Percebe-se que dificuldades adicionais foram carreadas aos magistrados para realizar seu papel constitucional dentro do cenário democrático de direito: a responsabilidade de resgatar as promessas da modernidade, dando concretude aos valores e direitos fundamentais, bem se desincumbindo de seus mandatos constitucionais, mas tomando o cuidado de não invadirem de maneira imprópria o campo da política.

A **questão central** a ser enfrentada, pois, é a seguinte: até que ponto pode o magistrado se substituir às autoridades legislativas, diante das opções brasileiras pelo Estado Democrático de Direito e pelo reconhecimento da existência de sujeitos especiais de direito, dotados de vulnerabilidades específicas (consumidor, idoso, criança, adolescente, deficiente físico etc.), a demandar proteção jurídica diferenciada?

Harmonizar as liberdades e garantias individuais e econômicas com a proteção dos vulneráveis e a concretização dos direitos fundamentais à luz dos interesses sociais é procedimento amplo e bastante complexo, exigindo do julgador muito mais do que a simples visão positivista de subsunção do fato à norma jurídica. Exigem-se conhecimentos filosóficos acerca da aplicação da Constituição e de sua própria função constitucional. O texto legal seria, assim, apenas o ponto por onde se inicia a metódica complexa de concretização constitucional⁵².

51 STRECK, Lenio L. Hermenêutica, Constituição e autonomia do direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(1):65-77, jan.-jun. 2009. Unisinos – doi: 10.4013/rechtd.2009.11.08.

52 MÜLLER, Friedrich. Métodos de trabalho do direito constitucional. 2. ed. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max limonada, 2000, p. 51-54.

Ademais, convém explicitar que nem tudo se resume ao conhecimento do Direito.

A complexidade das relações sociais e econômicas exige do magistrado contemporâneo conhecimentos enciclopédicos que, por evidente, não detém. De sorte que desconsiderar os efeitos políticos, sociais e econômicos de uma decisão judicial pode representar um sério risco para toda a sociedade, notadamente nas relações de consumo, diante da dimensão coletiva que assumem nesse mercado. E, mesmo a correta aplicação do Direito não é algo fácil.

As doutrinas pós-positivistas sustentam que as normas jurídicas podem se dar tanto sob a forma de regras jurídicas, quanto sob a forma de princípios. Trabalham a interpretação principiológica de textos legais. Acredita-se, com boa dose de razão, que essa leitura principiológica, carregada de normatividade e dotada de forte conteúdo axiológico, possa ser um avanço à abertura do sistema, tanto quanto o são os limites substanciais impostos pelos direitos fundamentais (individuais ou sociais). Por outro lado, provoca, com a mesma boa dose de razão, apreensão ou mesmo temores com o alagamento, em tese, da discricionariedade judicial, especialmente diante dos dilemas que suscita, visto que as Constituições contêm valores, abrindo-se para conteúdos morais.

Assim, com a superação do pensamento positivista, o pronunciamento judicial passa a contar com os princípios e com sua carga axiológica para a interpretação e para a aplicação do Direito. Essa abertura do sistema às questões principiológicas conduz à maior incidência de conceitos da filosofia moral e política, refletida na decisão judicial de casos difíceis, especialmente em decorrência da positividade dos direitos humanos.

Daí, ser imprescindível a redução dos espaços de subjetivismos, de incertezas e de insegurança dessas decisões, o que reacende a discussão sobre a existência ou não de limites à discricionariedade do julgador⁵³.

O problema é que, aqui no Brasil, a discussão em torno da normatividade dos princípios e de seus conteúdos axiológicos não foi seguida de uma cultura de manejo adequado dos princípios. Não raro, vemos professores conceituados citando Dworkin e Alexy fora de seus contextos originais. Não temos standards para utilização dos princípios, a balizar o momento da densificação dos mesmos. Muitas vezes, “valores” (como *dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade*) são tratados como princípios. Mas, como são “valores” e não “princípios”, não nos oferecem a ideia de **previsão** e **consequência**. Logo, os “valores” ficam muito abertos. A bem da verdade, não se procura conferir muita importância aos fundamentos filosóficos e ao rigor científico, visto que maior preocupação se tem com os resultados imediatos. Faltam-nos referências hermenêuticas seguras.

53 Edinilson Donizete Machado (cit., p. 36) refere que, na teoria do Direito de Ronald Dworkin, são identificadas três distinções para o termo “discricionariedade”: A primeira, é quanto à aplicação, por funcionários, de critérios estabelecidos por uma autoridade superior, ou na escolha, pelo juiz, entre critérios “que um homem razoável poderia interpretar de diferentes maneiras”. A segunda acepção é relacionada à ausência de revisão da decisão tomada por uma autoridade superior. Essas duas primeiras distinções são, para Dworkin, discricionariedade em sentido fraco. E prossegue (cit., p. 36-37): A terceira distinção para discricionariedade é aquela em sentido forte, que implica na ausência de quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (Dworkin, 2002, p. 55), ou seja, a ideia de que os padrões existentes não impõem qualquer dever legal sobre o juiz, para que decida de determinada forma. Tal constatação leva à conclusão de que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas.

O Estado Democrático de Direito tem perfil promovedor e transformador, vale dizer, ainda que assegure o exercício dos direitos, das garantias e das liberdades individuais e econômicas, também pode intervir, quando necessário, notadamente para dar concretude a direitos fundamentais e para preservar o equilíbrio e a harmonia nas relações econômicas.

Veja-se que, no âmbito das relações de consumo, o consumidor vai ao mercado de consumo para satisfazer necessidades (reais ou criadas). Precisa adquirir produtos ou contratar serviços sobre os quais pouco, quase nada ou nada conhece. Há, sem dúvida alguma, importante déficit informacional a demandar a intervenção do Estado nas relações privadas, com o objetivo de proteger a incolumidade física, psíquica e econômica do agente econômico vulnerável (consumidor), tanto no que diz respeito aos danos decorrentes de defeitos de produtos ou de serviços, quanto no que respeita aos abusos praticados pelos agentes econômicos em posição de vantagem (fornecedores), prevenindo e/ou reprimindo tais eventos. Tal intervenção, todavia, não pode se dar de modo atabalhado. Insisto que deve se dar nos limites do necessário e na forma da lei, para coibir abusos verificados no mercado de consumo, em decorrência da mencionada assimetria de informações.

A questão é relativamente simples enquanto não houver colisão de direitos fundamentais (*hard cases*). Mas, é precisamente no julgamento dos casos difíceis, diante do dever do julgador de buscar a resposta correta no Direito preestabelecido, que se observa um alto grau de incertezas e de decisões indevidas. O recurso aos princípios jurídicos, como técnica para solução de conflitos complexos, termina, com indesejada frequência, por servir de justificativa para que o julgador exerça o seu poder de forma a legislar, baseando o seu pronunciamento em suas concepções ideológicas.

Desconsidera o julgador, supostamente para o bem da sociedade, que o processo legislativo, em suas mais variadas etapas, ponderou uma série de dados e de estudos que a ele não estão disponíveis, no momento de prolatar sua decisão. Assim, um pronunciamento judicial que desconsidere a lei, a propósito de proteger uma das partes, é causa não apenas de insegurança na ordem jurídica como, ainda, é capaz de produzir reflexos tão nefastos que acabarão por prejudicar todo um determinado setor.

Clarissa Braga Mendes, analisando o problema da conciliação da correção das decisões com a segurança jurídica ensina que:

Confrontando tal raciocínio [divergência de interpretações acerca de textos jurídicos] com a afirmação de Dworkin acerca dos cânones interpretativos, é possível concluir que, em uma sociedade moderna, os cânones hermenêuticos refletem valores plúrimos, tal qual a complexidade desta sociedade, e que, portanto, o conjunto de princípios deixa de apresentar um norte unidirecional para representar uma série de vetores conflitantes, já que cada um passará a proteger direitos de conteúdo incompatível. Tais princípios convivem em um ordenamento quando não são postos “em ação” pelo caso concreto; mas, quando são chamados a resolver um caso difícil, precisam de esforço hermenêutico para serem harmonizados, de um modo que nenhum exclua o oposto, sendo este o único modo de admitir a sua convivência no mesmo ordenamento jurídico.

Nas relações de consumo, diante da necessidade de se dar concretude a direitos fundamentais do consumidor, o desafio do julgador, repito, é muito maior.

Sem embargo, não pode, simplesmente, se deixar conduzir pelo espírito de humanidade benevolente que notabilizou o “bom juiz” Magnaud. É preciso agir com a responsabilidade que a função jurisdicional lhe impõe⁵⁴.

O pronunciamento judicial não pode ser um ATO DE ESCOLHA, UM ATO DE VONTADE ou um ATO TELEOLÓGICO (“decido, depois fundamento”). Deve ser um ATO DE CONHECIMENTO.

Nas palavras de Marcelo Novelino⁵⁵, **a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, constitui-se no valor constitucional supremo em torno do qual gravitam os direitos fundamentais.** Dessa forma, torna-se evidente a importância desse princípio no estudo dos Direitos Fundamentais. Sem embargo da relevância nas ordens jurídicas democráticas, uma das principais características dos direitos fundamentais, enquanto princípios que são, é a sua **relatividade**, ou seja, não se revestem de caráter absoluto e, em caso de tensão entre eles, cabe o sopesamento de um sobre o outro para que se decida pelo mais adequado à solução do caso concreto, sem que isso implique na invalidação do outro.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso⁵⁶ afirma que **não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto.** Destarte, possível concluir-se que os direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites.

O Estado tem o DEVER de assegurar o exercício do DIREITO FUNDAMENTAL à segurança, cuja tutela se dá mediante prestações fáticas e normativas, a iniciar pelo imperativo respeito ao art. 2º da Constituição da República, que cuida da independência e da harmonia entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Para além disso, o magistrado tem o dever (a responsabilidade) de observar os reflexos de sua decisão na esfera econômica, porquanto esse julgamento pode influenciar uma série de fatores que facilitarão ou não novas contratações e a circulação da riqueza.

É certo que o magistrado não é neutro e, em seus julgamentos, tende a aproximar sua decisão de suas próprias convicções.

A neutralidade do magistrado é, pois, uma ficção do Direito. Entretanto, exige-se que o mesmo seja imparcial e que decida sem conceitos ou juízos de valor preconcebidos, em benefício (ou em prejuízo) de quem quer que seja. Não se pode desconhecer que o ato decisório é, também, uma declaração política, que permite ao examinador identificar em qual lado do espectro ideológico aquele julgador se encontra. Entretanto, não importa se a visão do julgador tem conteúdo mais social do

54 Despiciendo dizer que as decisões judiciais devem sempre ser por princípios e não por política (no sentido de que fala Dworkin e desenvolve Streck, em Verdade e consenso. São Paulo: Saraiva, 2012).

55 NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. São Paulo: Método, 2008, p. 248.

56 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 329.

que econômico ou o contrário; num caso ou noutro há que se buscar conter o seu subjetivismo e é justamente para isso que serve a lei.

Ainda que não perfilhe a corrente do *Law and Economics*, compete ao magistrado analisar o reflexo econômico de suas decisões e o impacto que elas poderão ter. Não que ele necessariamente vá se deixar levar por considerações meramente econômicas – pois o foco do Direito é a justiça, como já advertia Ronald Dworkin⁵⁷ – mas é imperioso que ele tenha plena noção de que o seu julgamento poderá causar reflexos em determinado setor, e esses reflexos têm que ser pormenorizadamente analisados e o resultado conscientemente assumido. Isso porque, ainda que se tenha em mira a concretização de um direito fundamental do indivíduo, não se pode desconhecer e nem se desconsiderar os direitos fundamentais de todos os demais indivíduos que serão alcançados – e quiçá comprometidos – pelos efeitos de uma decisão ideológica, voluntarista.

A imprevisibilidade das decisões judiciais, ao atingir níveis críticos, pode desequilibrar toda a economia de um país.

Reduzir o grau de imprevisibilidade das decisões judiciais é, pois, contribuir para a maior estabilidade do marco institucional.

Essa responsabilidade é exclusiva do Poder Judiciário, que deve buscar, incessantemente, autoconter-se. Sem embargo, poucos ainda percebem a relevância e a dimensão da questão, pois, bem verdade, acostumamo-nos a examinar os litígios em sua individualidade, sem nos preocuparmos com os efeitos macroinstitucionais que os cercam. Permito-me, aqui, citar um caso ocorrido em sala de aula:

Falava eu sobre a concretização do direito fundamental à vida em um mercado delicado e complexo como o da saúde suplementar, quando uma aluna se levantou, consternada, e disse: “O Poder Judiciário matou o meu pai”. Reclamava a aluna de uma liminar, deferida por um colega magistrado, no plantão judiciário, que deferiu o pedido de internação formulado por um senhor de idade, bastante doente. Ponderei que, na verdade, ela estaria agradecendo ao magistrado a liminar deferida, ao que ela explicou a sua fala. Com efeito, o pai dela, um senhor de idade, que por longos anos contribuía para o mais caro plano de saúde de uma determinada operadora, ao sofrer um infarto do miocárdio e procurar a UTI de renomado hospital especializado, não conseguiu se internar. A única vaga disponível estava reservada, por força da liminar, para o outro senhor, autor da petição no plantão judiciário, que não tinha plano de saúde, nem recursos financeiros, e que, por não encontrar vaga no SUS, teve deferido o seu pedido de internação no melhor hospital cardiológico do Rio de Janeiro. O autor do pedido faleceu, antes de dar entrada no hospital, perdendo a liminar o seu objeto. O pai da aluna faleceu, a caminho de outro hospital credenciado a sua operadora de plano de saúde.

Situação semelhante ocorrera em 1997, enquanto eu prestava auxílio a uma Vara Cível na Comarca da Capital.

57 DWORIKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

Um pai de vestibulando pediu para falar com o Juiz titular e, ao encontrá-lo, agradeceu pelo fato de ter o juiz *impedido* o seu filho de cursar Medicina. O magistrado, recordando-se da situação relatada, dissera ter deferido a liminar em Mandado de Segurança para o impetrante se matricular no curso de Medicina, embora não tivesse concluído o segundo grau (estava ainda no 2º ano, à época). Deste modo, teria *ajudado* – e não *impedido* – o vestibulando. Pois bem. O pai do aluno que *perdera* a vaga para o Impetrante era quem se apresentava diante do juiz, dizendo que, nada obstante o seu filho tivesse preenchido todas as exigências legais e do edital do certame, bem assim obtido a nota de corte, fora preterido por candidato (o impetrante) sem as condições necessárias ...

É natural que um julgador, na solidão do seu gabinete, durante um plantão noturno ou não, ao receber um pedido de internação em UTI, de fornecimento de um medicamento experimental, de uma terapia caríssima sem eficácia comprovada, ou outro pedido que o sensibilize, se solidarize e se compadeça com o autor, diante do problema que lhe é apresentado. Isso é humanitário. Muito provavelmente, o pedido será liminarmente atendido, em atenção ao “princípio” [*rectius*: valor] da dignidade da pessoa humana. Aparentemente, que mal haveria nisso? E o julgador, ao final, não terá que carregar em sua consciência eventual desfecho danoso ao Autor. Olvida-se, porém, que o seu ato terá consequências para terceiros, cujos nomes não estão na capa dos autos do processo. Terceiros que sofrerão os efeitos nocivos da decisão judicial e serão eternamente marcados na alma pelo profundo sentimento de injustiça. Será essa a função do Direito?

Agora, suponha-se que o julgador, de antemão, soubesse não ter o Autor direito à internação, ou que o medicamento que postula não tem registro na Anvisa, ou que a terapia que reclama não tem qualquer eficácia comprovada, sendo ainda experimental, ou que um outro candidato ao difícil vestibular de Medicina perderia o ano e teria que se submeter a novo certame. Isso mudaria alguma coisa? Estivesse o julgador decidindo segundo sua posição ideológica, certamente não.

Mas, se soubesse o julgador o impacto econômico de sua decisão; se soubesse que os elevados custos que estaria impondo ao Estado ou a uma operadora de planos de saúde poderiam comprometer não apenas a qualidade da prestação dos serviços aos demais titulares do direito fundamental à vida e à saúde, mas a própria prestação em si; se soubesse que, ao ocupar um leito de UTI com um paciente que não tinha direito ao mesmo, concorreria (ainda que involuntariamente) para a perda de uma chance de tratamento e de sobrevivência de um paciente que teria direito à internação em UTI; se soubesse que os custos do tratamento experimental deferido a um consumidor seria suportado por todos os demais mutualistas daquele plano de saúde, no próximo reajuste anual das mensalidades, e que alguns desses consumidores, por não terem como suportar o aumento, ficariam inadimplentes e seriam excluídos do grupo ou, simplesmente, sairiam do sistema de saúde suplementar por não suportarem o aumento das mensalidades, agravando, ainda mais, o já precário e combalido sistema público de saúde?

Como administrar necessidades infinitas – e não apenas de um, mas de muitos –, diante de recursos finitos, senão dando a cada um aquilo, tudo aquilo, **mas apenas aquilo que for de um sujeito por direito**, pensando, igualmente, na concretização dos direitos fundamentais daqueles cujos nomes não estão na capa dos autos?

Certamente, não fosse tomado por concepções puramente voluntaristas e ideológicas, tivesse a compreensão da complexidade dos efeitos de seus pronunciamentos, o julgador tomaria outras decisões.

A reversão, portanto, do cenário atual também é um desafio de todos os que atuam no mercado de consumo, desde fornecedores e consumidores, passando por ouvidorias, Procons, advogados, promotores de justiça, magistrados. Estimulá-los a se preocuparem com as repercussões das decisões judiciais na criação de um ambiente institucional que atraia os investimentos produtivos de longo prazo é o primeiro desafio a enfrentar, se quisermos que, no Brasil, a Justiça não desequilibre a economia. Mais do que isso, mercados harmônicos e equilibrados não são bons apenas para fornecedores e consumidores, mas para todo o conjunto da sociedade.

É correto afirmar que o juiz não pode mais ser considerado um escravo da lei e a ela inexoravelmente submetido. Porém, não é menos correto afirmar que ele não pode se esquecer de que continua sendo um servidor da lei e que existe em função do Direito. Cumpre o magistrado, pois, um função das mais relevantes: a jurisdicional.

Eventualmente, entrarão em rota de colisão direitos fundamentais (direitos fundamentais individuais x direitos fundamentais individuais; direitos fundamentais individuais x direitos fundamentais coletivos; direitos fundamentais coletivos x direitos fundamentais coletivos). Como resolver demanda que envolve direitos fundamentais em colisão?

José Renato Nalini⁵⁸, com pertinência e precisão, observa que a Constituição é um quadro axiológico de inafastável consistência filosófico-jurídica e crítica: *Não são poucos os juízes que se consideram D. Quixote a restaurar, com sua decisão, a harmonia no mundo ferido pelas iniquidades.*

Nada obstante isso, muitos somos os que nos ressentimos dessa postura, que faz a justiça equivaler à política.

Não deve o Poder Judiciário se transformar em um legislador de segunda instância. Isso rompe com o equilíbrio, a harmonia e a separação dos Poderes da República. José Renato Nalini demonstra clareza, amplitude de conhecimento e visão de futuro ao reconhecer a “externalidade negativa da insegurança”, com repercussão, inclusive, no custo Brasil⁵⁹.

A conduta jurisprudencial de conferir proteção a certa pessoa por ocasião do julgamento da demanda, com base na convicção pessoal do magistrado, põe por terra a lógica do sistema privado, qual seja, a de conferir liberdade à pessoa para agir de acordo com a sua vontade, mas, concomitantemente, exigir que ela responda por seus atos, em conformidade com o binômio liberdade – responsabilidade. Não exigir qualquer responsabilidade de um indivíduo (pouco importa a rotulação

58 NALINI, José Renato. O futuro da segurança jurídica. In: Paulo André Jorge Germanos. (Org.). Segurança jurídica. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 105-121.

59 NALINI, José Renato. O futuro da segurança jurídica. In: Paulo André Jorge Germanos. (Org.). Segurança jurídica, cit., p. 108-109.

que a ele se dê) resulta em que fique livre para agir irrefletidamente, não ponderando as consequências dessa conduta perante a coletividade.

Willis Santiago Guerra Filho afirma que *a essência e a destinação do princípio da proporcionalidade é a preservação dos direitos fundamentais*⁶⁰.

George Marmelstein⁶¹, a seu turno, acrescenta que:

O princípio da proporcionalidade não é útil apenas para verificar a validade material de atos do Poder Legislativo ou do Poder Executivo que limitem direitos fundamentais, mas também para, reflexivamente, verificar a própria legitimidade da decisão judicial, servindo, nesse ponto, como verdadeiro limite da atividade jurisdicional. O juiz, ao concretizar um direito fundamental, também deve estar ciente de que sua ordem deve ser adequada, necessária (não excessiva e suficiente) e proporcional em sentido estrito.

Ainda que seja possível tecermos críticas aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e à técnica da ponderação dos princípios, fato é que são instrumentos que contribuem, de alguma forma, para a contenção do subjetivismo do julgador. Voltemos aos exemplos que acima mencionei. Quantos indivíduos não tiveram os seus direitos *igualmente* fundamentais prejudicados por uma decisão judicial, no mínimo, despreocupada com terceiros não figurantes da relação processual?

10. À Guisa de Conclusão

A segurança jurídica depende da aplicação, ou melhor, da obrigatoriedade do Direito. O protagonismo judicial que transcende os limites impostos pela própria Constituição, sem dúvida alguma, está trazendo muito maior insegurança do que certeza ao Direito. As consequências negativas disso são compartilhadas entre todos nós, comprometendo a concretude de nossos direitos igualmente fundamentais. Não é essa a função do Direito. Não é assim que se faz Justiça.

Michael Sandel⁶² observa que atualmente as discussões políticas versam sobre bem-estar e liberdade – desenvolvimento econômico e respeito aos direitos do indivíduo. Propõe o que chama de política do bem comum, vale dizer, **se uma sociedade justa demanda sentimento de comunidade, necessita, antes, descobrir uma forma de cativar nos cidadãos uma preocupação e dedicação ao todo, ao bem comum.** Não pode haver indiferença aos *hábitos do coração que os cidadãos levam para a vida pública, mas precisa encontrar meios de se afastar das noções da boa vida puramente egoístas e cultivar a virtude cívica*⁶³.

Mercados são instrumentos úteis para a organização da atividade produtiva. Fornecedores e consumidores dependem e necessitam uns dos outros.

60 GUERRA FILHO, Willis Santiago. A doutrina dos princípios jurídicos e a teoria dos direitos fundamentais como partes de uma teoria fundamental do direito. In: Revista de Direito do Estado. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 103.

61 MARMELESTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008, p. 385.

62 SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa [trad. 4. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo]. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

63 SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa [trad. 4. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo], cit., p. 323-325.

É imperativo, novamente com Sandel, *o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade, dos quais depende a cidadania democrática*⁶⁴. A escolha pelo coletivo, não raro, importará em perdas individuais, sendo a recíproca igualmente verdadeira. Daí a exigência da certeza dos objetivos colimados. Penso que a proteção e a defesa dos consumidores deve se dar de forma impessoal e abstrata, na forma da lei – como determina a Constituição –, visando ao bem-estar do universo de consumidores. Há que se ter uma visão global, do todo. Há que se diferenciar direito de privilégio. Dar a alguém o que **não for seu por direito** é benesse, privilégio. Isso tem um custo, alto custo, que será suportado por todo o conjunto da sociedade. É preciso acabar com privilégios.

Um mercado equilibrado e harmônico é o que desejam a Constituição e o sistema de proteção e defesa do consumidor. Tal equilíbrio e harmonia jamais serão alcançados se os conflitos entre consumidores e fornecedores forem decididos de modo maniqueísta, reduzidos ao binômio bom/mau, com base em concepções ideológicas (quer em benefício do agente econômico vulnerável, quer em benefício do agente econômico em posição de vantagem).

A preocupação do julgador deve ser com o Direito. Dar razão a quem a tenha; dizer o direito de quem o possui. Sem rotulações, sem juízos de valor preconcebidos, ideológicos, voluntaristas.

O papel do Poder Judiciário, insisto, é dizer o direito de quem o possui, conforme criado por aqueles que detêm atribuição constitucional para tanto. Não é dado aos magistrados a função criadora de direitos, menos ainda de distribuição de benesses. Sua função é zelar pelo respeito às normas e por sua correta aplicação. O Poder Judiciário deve se autoconter. Caso contrário, não estará sendo deferente com os demais Poderes, violando o princípio constitucional da separação dos poderes, insculpido no art. 2º da Carta da República.

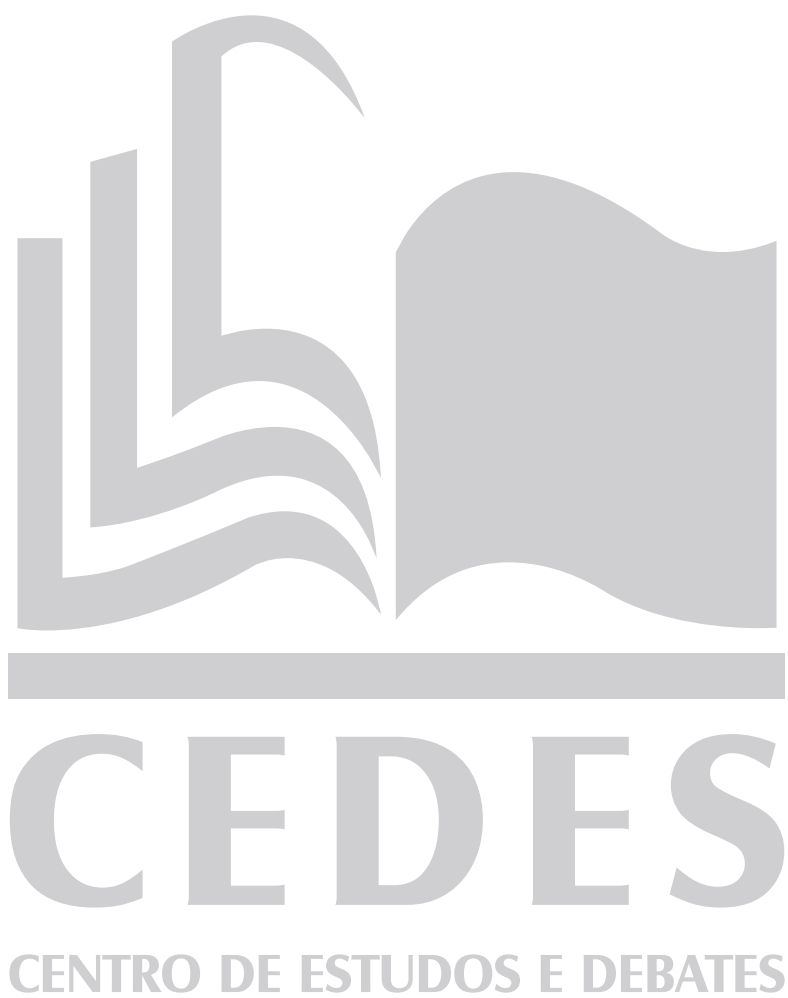
É preciso, ademais, elevar o nível das discussões, visando ao amadurecimento das relações de consumo, para o que muito contribuirá a efetiva educação de consumidores e de fornecedores. Quanto mais críticos e responsáveis forem os primeiros, mais eficientes terão que ser os últimos. Educar, orientar, apontar o caminho para as melhores escolhas – em relação aos consumidores; educar, orientar, apontar o caminho para as melhores práticas, coibindo abusos – em relação aos fornecedores. Eis o objetivo.

A evolução na interação consumidor-fornecedor carece de maior integração com o sistema de justiça. É preciso reforçar os laços de confiança mútua, baseada no respeito e na boa-fé. Tais construções são possíveis, com conscientização e diálogo. O respeito às regras, porém, é essencial. Devemos buscar novas narrativas, novas agendas políticas, econômicas, sociais e jurídicas, visando à evolução e ao aperfeiçoamento da qualidade de nossa democracia. A chave para o sucesso, inequivocamente, é a segurança jurídica. Regras claras e equilibradas são boas para todos. Previsibilidade e certeza das consequências.

Temos que acreditar e trabalhar, sendo oportuna a citação de Nietzsche:

E aqueles que foram vistos dançando foram julgados insanos por aqueles que não podiam escutar a música.

64 SANDEL, Michael. Justiça – O que é fazer a coisa certa [trad. 4. ed. de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo], cit., p. 328.



RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE PESQUISA E DAS REDES SOCIAIS, O DIREITO AO ESQUECIMENTO À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Sérgio Seabra Varella*

1. INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade, dos meios de comunicação e da tecnologia, levou ao surgimento de novos instrumentos que, a despeito de proporcionarem maior agilidade e facilitarem a vida cotidiana das pessoas, também têm gerado problemas, como a constante publicação de conteúdos ilícitos e difamatórios em *sites* de notícias e redes sociais.

Os provedores de aplicações e a internet eternizam notícias e informações, que muitas vezes não são verídicas, e este fato está causando um aumento no número de demanda judiciais, em que pessoas prejudicadas pela disponibilização de matérias de conteúdo desabonador, pretendem a sua exclusão do ambiente virtual.

Assim, este trabalho tem por objetivo discorrer sobre a responsabilidade dos provedores de serviços de pesquisa e das redes sociais, com relação à retirada de conteúdo ilícito ou ofensivo neles publicados por terceiros.

Ademais, será abordado o direito ao esquecimento, tema que vem ganhando muita importância não só nos Tribunais pátrios, como também na jurisprudência estrangeira.

As questões serão apresentadas sob a ótica legal, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

2. CONCEITO DE PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE INTERNET

Antes de se passar ao estudo da responsabilidade civil dos provedores de busca e das redes sociais, em virtude da publicação ou disponibilização de notícias, imagens e comentários produzidos por terceiros, impõe-se analisar, primeiramente, o seu conceito e natureza jurídica.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Em seu artigo intitulado “Os conceitos de provedores no Marco Civil da Internet”¹, o jurista Frederico Meinberg Ceroy, Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Digital, leciona que “Provedor de Aplicação de Internet (PAI) é um termo que descreve qualquer empresa, organização ou pessoa natural que, de forma profissional ou amadora, forneça um conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet, não importando se os objetivos são econômicos”.

Com efeito, o art. 5º, VII, da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), apesar de não ter conceituado nenhum tipo de provedor, trouxe um conceito de aplicações de internet, *in verbis*:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet;

Logo, as redes sociais, que atualmente têm como representantes mais populares o *facebook*, *instagram*, e *snapchat*, assim como os provedores de pesquisa, são classificados como provedores de aplicação de internet.

3. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR ÀS DEMANDAS ENVOLVENDO PROVEDORES DE BUSCA E REDES SOCIAIS

Conforme lição extraída do voto da Ministra Nancy Andrighi, no julgamento do Recurso Especial nº 1.308.830 – RS, posição esta que vem sendo adotada pelos demais Ministros do Superior Tribunal de Justiça, os provedores de busca e as redes sociais se sujeitam às disposições do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), uma vez que, apesar de prestarem serviços de forma gratuita aos consumidores, auferem lucros indiretamente, com a prestação de outros serviços, como os de publicidade.

Confira-se o entendimento esposado pela eminente Ministra, no acórdão paradigma acima referido (REsp nº 1.308.830 – RS):

Com efeito, as peculiaridades inerentes a essa relação virtual não afastam as bases caracterizadoras de um negócio jurídico clássico: (i) legítima manifestação de vontade das partes; (ii) objeto lícito, possível e determinado ou determinável; (iii) e forma prescrita ou não defesa em lei.

(...)

Vale notar, por oportuno, que o fato de o serviço prestado pelo provedor ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.

Na lição de Cláudia Lima Marques, “a expressão ‘remuneração’ permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar, no sinalagma escondido (contraprestação escondida), uma remuneração indireta do serviço”

¹ <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI211753,51045-Os+conceitos+de+provedores+no+Marco+Civil+da+Internet>

(Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º ao 74. São Paulo: RT, 2003, p. 94).

(...)

Retomando os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, a autora anota que “estas atividades dos fornecedores visam lucro, são parte de seu marketing e de seu preço total, pois são remunerados na manutenção do negócio principal”, concluindo que “no mercado de consumo, em quase todos os casos, há remuneração do fornecedor, direta ou indireta, como um exemplo do ‘enriquecimento’ dos fornecedores pelos serviços ditos ‘gratuitos’ pode comprovar” (op. cit., p. 95).

Há, portanto, inegável relação de consumo nos serviços de internet, ainda que prestados gratuitamente. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.830 – RS - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – Data de Julgamento: 08/05/2012)

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sintonia com a posição adotada em precedentes do STJ, vem seguindo o entendimento no sentido de que a relação jurídica entre os consumidores e os provedores de redes sociais e de busca é de natureza consumerista e, portanto, deve ser resolvida à luz do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA - CÂMARA CÍVEL E CÂMARA ESPECIALIZADA DO CONSUMIDOR - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA - DIVULGAÇÃO INDEVIDA DE IMAGENS ÍNTIMAS - PROVEDORA DE CONTEÚDO - RELAÇÃO DE CONSUMO - APLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIALIZADA - ENTENDIMENTO SEDIMENTADO NO ENUNCIADO Nº 48 DESTA E. TRIBUNAL - EFICÁCIA VINCULANTE - COMPETÊNCIA DA CÂMARA ESPECIALIZADA DO CONSUMIDOR. - Conflito Negativo de Competência suscitado pela Egrégia 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que afirma ser competente a Egrégia 27ª Câmara Cível para processar e julgar o Agravo de Instrumento nº 0030576-83.2014.8.19.0000, em Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória proposta por usuária em face de provedor de conteúdo, fundada na alegada veiculação indevida de imagens íntimas na rede social. - Relação de consumo. **Partes que se enquadram nos conceitos de consumidor e prestador de serviço previstos no artigo 2º e 3º da Lei nº 8.078/90. - Questão que já foi dirimida pela jurisprudência do C. Superior Tribunal de Justiça, que firmou entendimento no sentido da aplicação do Código de Defesa do Consumidor em demandas envolvendo serviços prestados em sítios eletrônicos. - Entendimento consagrado no Enunciado nº 48 aprovado por este E. Tribunal, conforme Aviso TJ/RJ nº 103/14. Observância da eficácia vinculante, nos termos do art. 6º-A, §3º, do Regimento Interno desta Corte. - Incompetência absoluta das Câmaras Cíveis não especializadas. - Competência da Câmara Cível Suscitada. - Procedência do Conflito para declarar a competência da Egrégia 27ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro para julgar o Agravo de Instrumento. (0046288-**

16.2014.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - CAETANO ERNESTO DA FONSECA COSTA - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL - Data de julgamento: 19/12/2014) – Grifou-se.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO POR CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA. **PROVEDOR DE CONTEÚDO. FACEBOOK. MENSAGENS OFENSIVAS. RELAÇÃO CONSUMERISTA. O Facebook é um site que presta o serviço de rede social, permitindo que os usuários conversem entre si e compartilhem mensagens, links, vídeos e fotografias. Neste sentido, como bem observado pelo Ministério Público, a relação jurídica firmada entre o prestador do serviço e o usuário pode ser qualificada como de consumo, já que preenchidos os requisitos previstos nos artigos 2º e 3º, do Código de Defesa do Consumidor.** Frisa-se que há claro posicionamento do Superior Tribunal de Justiça de que a legislação consumerista é aplicável aos serviços prestados em sítio eletrônico. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que, após notificado sobre os acontecimentos, não mais ocorram lesões aos usuários ou a terceiros, que poderão ser equiparados aos consumidores que se utilizam diretamente do serviço. Resolve-se o conflito para declarar a competência da Câmara Suscitante, 25ª Câmara Cível, para julgar o referido agravo de instrumento. (0043027-43.2014.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL - Data de julgamento: 27/10/2014) – Grifou-se.

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CÂMARA CÍVEL E CÂMARA ESPECIALIZADA EM DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA C/C INDENIZATÓRIA. AUTOR QUE PLEITEIA A RETIRADA DE LINKS DO SISTEMA DE BUSCA DE PROVEDOR DE PESQUISA NA INTERNET (GOOGLE), EM RAZÃO DE SUPOSTOS DANOS A SUA IMAGEM. **APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. EMPRESA QUE SE ENQUADRA NO CONCEITO DE FORNECEDOR DE SERVIÇOS DO CDC. SERVIÇO GRATUITO QUE NÃO DESCARACTERIZA A RELAÇÃO DE CONSUMO, EIS QUE REMUNERADO INDIRETAMENTE. VULNERABILIDADE DO USUÁRIO DO SERVIÇO.** PRECEDENTES DO STJ E TJ/RJ. COMPETÊNCIA DA CÂMARA CÍVEL ESPECIALIZADA EM MATÉRIA DE CONSUMO (SUSCITADA) PARA JULGAR O RECURSO. (0016626-70.2015.8.19.0000 - CONFLITO DE COMPETÊNCIA - ODETE KNAACK DE SOUZA - OE - SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO E ORGAO ESPECIAL - Data de julgamento: 23/07/2015) – Grifou-se.

A Corte de Justiça do Rio de Janeiro confirmou este entendimento, com a edição dos enunciados nº 48 e 79, do Aviso TJ nº 15/2015, os quais são de observância obrigatória por todos os Órgãos do Tribunal, e determinam que é de competência das Câmaras Cíveis Especializadas em matéria de consumo, o julgamento de demandas envolvendo publicações indevidas ou de conteúdo difamatório em redes sociais. Vejamos:

48. Compete às Câmaras Cíveis Especializadas o julgamento de demanda indenizatória decorrente de publicação indevida de conteúdo difamatório em rede social.

79. Compete às Câmaras Cíveis especializadas o julgamento de demandas ajuizadas em face de provedor de rede social, fundadas em publicação indevida de conteúdo difamatório.

Feitas estas considerações preliminares, passa-se à análise da responsabilidade dos provedores de busca e das redes sociais, nos casos envolvendo pedido de retirada de conteúdo difamatório ou indevidamente publicado por terceiros, de acordo com a jurisprudência pátria.

4. RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE PESQUISA E DAS REDES SOCIAIS, PELA RETIRADA DE NOTÍCIAS, IMAGENS E COMENTÁRIOS DIFAMATÓRIOS OU INDEVIDAMENTE PUBLICADOS

Inicialmente, ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça vem adotando o entendimento no sentido de que: (i) a fiscalização prévia dos conteúdos postados em provedores de busca e redes sociais não é uma atividade intrínseca aos serviços por eles prestados, e (ii) a publicação de conteúdo indevido ou difamatório não é um risco inerente à sua atividade, conforme precedentes que ora se colacionam:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO-CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor. 3. O provedor de pesquisa é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois não inclui, hospeda, organiza ou de qualquer outra forma gerencia as páginas virtuais indicadas nos resultados disponibilizados, se limitando a indicar links onde podem ser encontrados os termos ou expressões de busca fornecidos pelo próprio usuário. 4. **A filtragem do conteúdo das pesquisas feitas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de pesquisa, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não exerce esse controle sobre os resultados das buscas.** 5. Os provedores de pesquisa realizam suas buscas dentro de um universo virtual, cujo acesso é público e irrestrito, ou seja, seu papel se restringe à identificação de páginas na web onde determinado dado ou informação, ainda que ilícito, estão sendo livremente veiculados. Dessa forma, ainda que seus mecanismos de busca facilitem o acesso e a consequente divulgação de páginas cujo conteúdo seja potencialmente ilegal, fato é que essas páginas são públicas e compõem a rede mundial de computadores e, por isso,

aparecem no resultado dos sites de pesquisa. 6. Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página onde este estiver inserido. 7. Não se pode, sob o pretexto de dificultar a propagação de conteúdo ilícito ou ofensivo na web, reprimir o direito da coletividade à informação. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa. 8. Preenchidos os requisitos indispensáveis à exclusão, da web, de uma determinada página virtual, sob a alegação de veicular conteúdo ilícito ou ofensivo – notadamente a identificação do URL dessa página – a vítima carecerá de interesse de agir contra o provedor de pesquisa, por absoluta falta de utilidade da jurisdição. Se a vítima identificou, via URL, o autor do ato ilícito, não tem motivo para demandar contra aquele que apenas facilita o acesso a esse ato que, até então, se encontra publicamente disponível na rede para divulgação. 9. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.921 – RJ - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – Data de Julgamento: 26/06/2012)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCES- SUAL CIVIL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO ELE- TRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. NO- TIFICAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CARACTERIZADA. DE- VER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. É vedado à parte inovar nas razões do agravo regimental, tendo em vista a ocorrência da preclusão como consequência de a questão não ter sido tratada oportunamente em sede de recurso especial. 2. **Este Tribunal Superior já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas em site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor de busca na internet, que não realiza controle prévio de conteúdo inserido e disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor de mera busca, cabendo ao ofendido individualizar o que lhe interessa e fornecer o URL.** 3. Haverá responsabilidade sub- jetiva do provedor de busca, quando: I) ao ser adequadamente comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar, passando a responder so- lidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que in- cide; II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, após receber o URL, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato. 4. Na hipótese, o eg. Tribunal local dispõe expres- samente que o provedor de busca foi notificado extrajudicialmente quanto ao conteúdo ilícito contido no blog, não tendo tomado as providências cabí-

veis, optando por manter-se inerte, inclusive descumprindo tutela antecipada concedida, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu. Esclareça-se, ainda, que a questão referente ao fornecimento do URL não foi discutida nos autos. 5. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no caso em tela. 6. No caso, o valor da indenização por danos morais, arbitrado em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada, decorrentes do perfil falso criado em seu nome. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 681.413 – PR - RELATOR: MINISTRO RAUL ARAÚJO – Data de Julgamento: 08/03/2016) – Grifou-se.

Ademais, cumpre assinalar que, antes do advento do Marco Civil da Internet (lei 12.695/2014), a jurisprudência não era uniforme com relação ao momento em que se iniciava a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações de internet.

Com efeito, alguns precedentes adotavam o posicionamento de que a responsabilidade se iniciava a partir do recebimento da notificação extrajudicial do consumidor, pedindo a exclusão do conteúdo ilícito ou ofensivo publicado por terceiros, ao passo que outros entendiam que a notificação judicial era condição para que ficasse configurada a responsabilidade subjetiva dos provedores.

Entretanto, a lei 12.695/2014 afastou definitivamente a controvérsia, ao adotar o entendimento de que os provedores de aplicações de internet respondem subjetivamente por danos decorrentes de conteúdos gerados por terceiros se, após receberem a ordem judicial determinando a indisponibilidade do conteúdo, não tomarem as providências cabíveis para a sua retirada.

É o que se depreende da leitura do art. 19, do Marco Civil da Internet, *in verbis*:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, **o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente**, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

Dito isto, passa-se à análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a respeito do tema.

4.1 Jurisprudência do STJ e do TJRJ acerca da responsabilidade dos provedores de busca e das redes sociais

Tanto o STJ quanto o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro adotam a orientação de que as disposições do Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) não se aplicam aos fatos ocorridos antes do início de sua vigência, que se deu em 23/06/2014, sob pena de violação ao princípio do *tempus regit actum*.

Dessa forma, a jurisprudência acerca do termo inicial da responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações de internet não é uniforme, uma vez que, nos precedentes relativos aos fatos ocorridos antes da Lei 12.965/2014, adota-se a data de recebimento da notificação extrajudicial, emitida pelo consumidor, como seu marco inicial.

Outrossim, com relação aos acontecimentos posteriores à entrada em vigor do Marco Civil da Internet, a responsabilização dos provedores só ocorre se, após estes serem notificados por meio de ordem judicial, não tomarem as providências cabíveis para a retirada do conteúdo ilícito ou ofensivo, na forma do art. 19, do referido diploma legal.

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. OBRIGAÇÃO DE FAZER E REPARAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. **PROVEDOR DE SERVIÇOS DE INTERNET. REDE SOCIAL “ORKUT”. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. CONTROLE EDITORIAL. INEXISTÊNCIA. APRECIÇÃO E NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI Nº 12.965/2014 (MARCO CIVIL DA INTERNET). INDICAÇÃO DA URL. MONITORAMENTO DA REDE. CENSURA PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE.** RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS CONTRATUAIS. NÃO CABIMENTO. 1. Cuida-se de ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos morais e materiais, decorrentes de disponibilização, em rede social, de material considerado ofensivo à honra do autor. 2. A responsabilidade dos provedores de conteúdo de internet em geral depende da existência ou não do controle editorial do material disponibilizado na rede. **Não havendo esse controle, a responsabilização somente é devida se, após notificação judicial para a retirada do material, mantiver-se inerte.** Se houver o controle, o provedor de conteúdo torna-se responsável pelo material publicado independentemente de notificação. Precedentes do STJ. 3. Cabe ao Poder Judiciário ponderar os elementos da responsabilidade civil dos indivíduos, nos casos de manifestações de pensamento na internet, em conjunto com o princípio constitucional de liberdade de expressão (art. 220, § 2º, da Constituição Federal). 4. **A jurisprudência do STJ, em harmonia com o art. 19, § 1º, da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), entende necessária a notificação judicial ao provedor de conteúdo ou de hospedagem para retirada de material apontado como infringente, com a indicação clara e específica da URL - Universal Resource Locator.** 5. Não se pode impor ao provedor de internet que monitore o conteúdo produzido pelos usuários da

rede, de modo a impedir, ou censurar previamente, a divulgação de futuras manifestações ofensivas contra determinado indivíduo.

6. A Segunda Seção do STJ já se pronunciou no sentido de ser incabível a condenação da parte sucumbente aos honorários contratuais despendidos pela vencedora. 7. Recurso especial provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.568.935 – RJ - RELATOR: MINISTRO RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA – Data do Julgamento: 05/04/2016) – Grifou-se.

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CRIAÇÃO DE PERFIL FALSO EM REDE SOCIAL. **RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR DE ACESSO. NOTIFICAÇÃO DO CONTEÚDO OFENSIVO. INÉRCIA. VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL. RAZOABILIDADE.** 1. **A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o provedor deve remover conteúdo ofensivo quando denunciado o fato, sob pena de ser responsabilizado civilmente.** 2. Admite-se excepcionalmente em recurso especial o reexame do valor fixado a título de danos morais, quando ínfimo ou exagerado, o que não ocorre no presente caso. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 642.400 – PR - RELATORA: MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI – Data de Julgamento: 12/05/2015) – Grifou-se.

“AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **DANO MORAL. INTERNET. SITE DE RELACIONAMENTOS. NÃO EXCLUSÃO REPRESSIVAMENTE DE PERFIL COM CONTEÚDO OFENSIVO.** 1.- Tendo o Acórdão recorrido afirmado que o provedor não retirou o perfil de conteúdo ofensivo em tempo hábil, depreende-se que o recurso especial assentado em premissa fática contrária esbarra na Súmula 07/STJ; 2.- **A inércia do provedor que, após notificado pelo usuário, não promove a remoção da sua página de rede social com conteúdo ofensivo, enseja responsabilização civil. Precedentes.** 3.- Em casos como o dos autos, o valor fixado a título indenização por danos morais (R\$ 12.000,00) não denota excesso capaz de justificar a intervenção retificadora desta Corte Superior. 4.- Agravo Regimental a que se nega provimento.” (AgRg no AREsp 479.351/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/4/2014, DJe 16/5/2014) – Grifou-se.

Ainda sobre o tema, têm-se a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Apelação Cível. Ação de obrigação de fazer c/c. Indenização com pedido de antecipação de tutela. GOOGLE. Site de pesquisa. Veiculação de informações desabonadoras. Sentença de parcial procedência, julgando improcedente o pedido de dano moral. Recurso autoral requerendo a condenação da ré a título de danos morais, argumentando que: “A Constituição Federal em seu artigo 1º, III, assegura a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental. A ré, ao disponibilizar material que insulta a honra, imagem e nome do autor, feriu a dignidade deste, haja vista que muitas pessoas leram a temática pejorativa a seu respeito no site de busca.” **Inicialmente, deve ser**

esclarecido que o Google é um site de busca/pesquisa que agrega informações disponibilizadas em sites divulgados na internet. Tais informações são solicitadas pelo usuário, o qual propõe o critério que deseja utilizar. A informação que o recorrente alega ser desabonadora à sua imagem foi produzida por terceiro, que não é de responsabilidade do apelado. Não há comprovação da prática de ato ilícito. Conforme observado pelo juízo a quo: “não se sabe com exatidão quando isso ocorreu, mas resta claro que a parte ré promoveu a retiradas dos sites, sem que tenha havido, inclusive, decisão de tutela antecipada”, desta forma não ficou configurado a existência de dano moral. RECURSO QUE SE CONHECE E AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (0417431-57.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO - NATACHA NASCIMENTO GOMES TOSTES GONÇALVES DE OLIVEIRA - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR - Data de julgamento: 12/11/2015) – Grifou-se.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por dano moral. Sentença de procedência condenando o réu a excluir conteúdo ofensivo ao autor em website hospedado pelo Google e ao pagamento de indenização por dano moral. **Inobstante a impossibilidade de controle prévio do conteúdo disponibilizado pelos usuários, compete aos provedores de hospedagem removerem material ofensivo após notificação prévia. Responsabilidade civil caracterizada.** Verba fixada à título de dano moral « r\$ 15.000,00 que atende aos critérios da razoabilidade. Manutenção da sentença que se impõe. Recurso conhecido, ao qual se nega seguimento, nos termos do art. 557, caput, do cpc. (0425157-48.2013.8.19.0001 – apelação - Jaime Dias Pinheiro Filho - Décima Segunda Câmara Cível - data de julgamento: 12/02/2015) – grifou-se.

APELAÇÃO. INTERNET. “SITES” DE BUSCA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. RETIRADA DE CONTEÚDO. 1-Prevavência do direito à imagem e a honra considerando que a liberdade de comunicação foi exercida de forma atentatória a esses direitos fundamentais. 2-**Recorrentes que oferecem, através dos seus respectivos “sites” de busca, um serviço de pesquisa na internet.** 3-**Embora o conteúdo esteja disponibilizado em sites de terceiros, é prestado serviço de redirecionamento dos “links” relacionados às palavras chaves apresentadas.** 4-**Dados carregados que possibilitam a identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, permitindo sua adequada localização, nos termos do o art. 19, §1º, da Lei nº 12.965/2014.** 5-**Não foi demonstrada a impossibilidade fática da utilização de filtros de modo a obstar a indexação de conteúdo que contivessem determinadas expressões, a fim de que ocultar os “links”.** 6-A fixação da multa deve observar que seu valor deve ser suficiente para compelir o devedor da obrigação de fazer a cumprir a determinação, com observância dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como seu caráter pedagógico e coercitivo. (0023027-16.2010.8.19.0209 – APELAÇÃO - MILTON FERNANDES DE SOUZA - QUINTA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 14/06/2016) – Grifou-se.

DIREITO CIVIL. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Divulgação de ofensas e ameaças diversas contra jornalista em sítio eletrônico armazenado na rede mundial de computadores. **Empresa ré que se coloca na posição de provedor de hospedagem, que, nos termos da Lei nº 12.965/2014, é o provedor de aplicações. Com efeito, não caberia, em tese, a responsabilização da demandada por conteúdos inseridos por terceiro, sob pena de incorrer em reprovável ato de censura. No entanto, não se pode exonerá-la de responder por eventuais danos se, tomando conhecimento das ofensas e das comunidades cujos endereços eletrônicos foram devidamente identificados, recusa-se ou se omite a interrompê-los, permitindo que o abuso perpetrado, e identificado pelo respectivo ofendido, permaneça ativo. Evidente responsabilidade subjetiva por omissão.** O Egrégio Superior Tribunal de Justiça tem pacífico entendimento de que não incide, em tal matéria, a responsabilidade objetiva de que cuida o artigo 927 do Código Civil, visto que a comunicação através da internet não constitui atividade de risco inerente. Precedentes jurisprudenciais do STJ e TJERJ. **Importa observar que ao provedor de hospedagem não recai a responsabilidade civil por atos de terceiro até a sua regular notificação, momento em que se torna solidário pela omissão em excluir da rede o conteúdo ofensivo à pessoa. Muito embora não se deva exigir controle prévio do conteúdo publicado pelos usuários, o provedor, após ser notificado, tem a obrigação de retirar do ar o conteúdo ofensivo veiculado. E a empresa ré, mesmo após instada extrajudicialmente, acerca do conteúdo ofensivo e com presença de ameaças graves à integridade da autora, pessoa pública, jornalista de emissora de grande repercussão nacional, nada fez para remover os atos hostis, mesmo após formalizada a sua ciência, inclusive por ordem judicial, atuando, como se entrevê, com singular negligência. Havendo nexos causal entre o dano sofrido pela autora e a conduta omissiva da ré, fica demonstrada a responsabilidade civil e o conseqüente dever de reparar a ofensa.** E se o dano moral a ser compensado é perceptível, que decorre in re ipsa, pela mera ocorrência do fato danoso, acarretando transtornos, chateações e perda de tempo útil da vítima, deve receber, por tal fim, a merecida quantificação. O valor estabelecido em primeiro grau de jurisdição a título de compensação por danos morais deve ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação revelar-se irrisória ou exorbitante, afastando-se, assim, dos padrões de razoabilidade e proporcionalidade. Inteligência da Súmula nº 343 do TJERJ. Em assim sendo, deve ser mantida a compensação moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por se adequar aos limites da causa posta. Recurso desprovido. (0496294-27.2012.8.19.0001 – APELAÇÃO - ADOLPHO CORREA DE ANDRADE MELLO JUNIOR - NONA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 28/06/2016) – Grifou-se.

Apelação cível. Ação de obrigação de fazer c/c indenizatória. Autores que foram vítimas de ofensas proferidas por meio de rede social. Alegação de repercussão do fato na atividade profissional. Sentença de procedência. Comentário ofensivo perpetrado pelo 1º réu que restou comprovado. **Responsabilidade da empresa ré que se consubstancia no fato de que, mesmo após**

notificação, não excluiu o conteúdo ofensivo de seu sítio. Provedor da rede social que invoca o “marco civil da internet” como óbice ao cumprimento da obrigação de fazer imposta. Descabimento. Legislação que entrou em vigor muito após a citação/intimação da ré. Demais disso, a jurisprudência entende ser desnecessária a indicação da “url” onde foi divulgado o conteúdo que se entende lesivo. Precedentes do STJ e desta Corte. Redução do valor da indenização para ajustá-la aos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade. Valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) para cada autor que melhor se adequa às peculiaridades do caso. Precedentes jurisprudenciais. Parcial provimento dos recursos. (0325777-52.2013.8.19.0001 – APELAÇÃO - MÔNICA FELDMAN DE MATTOS - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR - Data de julgamento: 19/10/2016) – Grifou-se.

APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. Criação de perfil anônimo no site de relacionamento Facebook, o qual desferiu críticas à parte autora e satiriza seu slogan, de conhecimento público. Ponderação de interesses. Liberdade de expressão versus vedação ao anonimato. Art. 5º, IV, da CRFB/88. Direito de resposta da parte autora, o qual somente poderá ser exercido plenamente com a identificação do usuário criador do perfil. Considerando que o perfil foi criado de forma ilegítima, sob o manto do anonimato, correta a sentença ao determinar sua retirada do site. **Dano moral configurado, eis que, devidamente notificado, o réu não procedeu à exclusão do perfil, terminando por causar à parte autora danos que atingiram sua honra objetiva, na medida em que negou o seu direito de resposta ao usuário anônimo, que ameaçava sua reputação perante outros usuários.** Verba indenizatória de R\$ 15.000,00 que atende às peculiaridades do caso concreto e aos parâmetros desta corte. Primeiro apelo ao qual se dá provimento, na forma do art. 557, § 1º-a, do CPC, restando prejudicado o recurso do réu. (0034929-92.2012.8.19.0209 – APELAÇÃO - SANDRA SANTAREM CARDINALI - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR - Data de julgamento: 14/04/2015) – Grifou-se.

Finalmente, cabe mencionar que, em julgado publicado recentemente (REsp 1.582.981), de relatoria do Ministro Marco Aurélio Belizze, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade de votos, reconheceu a falha na prestação dos serviços de um provedor de pesquisas (Google Brasil Internet Ltda.), em virtude deste não ter corrigido e atualizado a sua base de dados, com o objetivo de desvincular o nome de um consumidor de um resultado indevido, mesmo após a exclusão da página difamatória do ambiente virtual.

Para melhores esclarecimentos acerca do tema, transcreve-se uma parte do voto do eminente Relator, Ministro Marco Aurélio Belizze, publicado no informativo nº 583 do STJ:

DIREITO DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE O ARGUMENTO E O RESULTADO DE PESQUISA EM PROVEDOR DE BUSCA.

O provedor de busca cientificado pelo consumidor sobre vínculo virtual equivocadamente entre o argumento de pesquisa (nome de consumidor) e o resultado de busca (sítio eletrônico) é obrigado a

desfazer a referida indexação, ainda que esta não tenha nenhum potencial ofensivo. Para além do afastamento da responsabilidade civil pelos danos eventualmente sofridos, o STJ reconheceu a impossibilidade de se obrigar provedor de busca a excluir dos resultados de pesquisa determinados termos os quais conduziriam à exibição do conteúdo danoso. Essa conclusão foi extraída a partir da premissa de que, retirado o conteúdo nocivo da rede, automaticamente estaria excluído o resultado da busca (REsp 1.316.921-RJ, Terceira Turma, DJe 29/6/2012). Na prática, contudo, essa premissa tem se mostrado irreal. **Note-se que, constitui novo contexto fático (até o momento não enfrentado pelo STJ) a hipótese em que o conteúdo nocivo é prontamente corrigido - independentemente de ação judicial e ordem judicial - na página em que divulgado originariamente, mas o índice de provedor de busca permanece exibindo o link como se na página indicada ainda houvesse o conteúdo retirado. Diante desse novo contexto fático, convém revisitar a essência do serviço prestado, a fim de aferir a existência de eventual falha, bem como sua correspondente aptidão para configurar, ou não, um acidente de consumo, a impor a responsabilização direta do fornecedor.** Como assentado em julgados anteriores do STJ, os sítios de busca consistem na disponibilização de ferramenta para que “o usuário realize pesquisas acerca de qualquer assunto ou conteúdo existente na web, mediante fornecimento de critérios ligados ao resultado desejado, obtendo os respectivos links das páginas onde a informação pode ser localizada” (REsp 1.316.921-RJ, Terceira Turma, DJe 29/6/2012). Para tanto, forma-se uma espécie de índice do conteúdo disponível na internet, qualquer que seja esse conteúdo, facilitando o acesso às informações disponíveis, livre de qualquer filtragem ou censura prévia. No intuito de agregar velocidade ao sistema de pesquisas e reduzir o tempo de resposta, alcançando resultados mais relevantes e úteis aos usuários, a base de dados trabalha em uma crescente, sempre adicionando novos resultados e novos conteúdos. Desse modo, não se pode afirmar peremptoriamente que os resultados um dia existentes serão necessariamente excluídos. Isso porque, de fato, algumas páginas serão varridas novamente - segundo uma periodicidade que variará de acordo com um sistema exclusivo de ranking das páginas, que toma em consideração a quantidade de vezes que ela é mencionada na rede por outros usuários e o volume de consultas e acessos -, porém, outras páginas, por sua ínfima relevância no meio virtual, serão ignoradas em novas varreduras, mantendo-se íntegro o resultado atrelado na base de dados do provedor de pesquisa aos argumentos de pesquisa inseridos pelos internautas. **Por essa linha de raciocínio, impõe-se concluir que, ao espelhar um resultado, que um dia esteve disponível mas não se encontra publicado na rede mundial na data da busca, a ferramenta de pesquisa apresenta-se falha em seu funcionamento, não correspondendo adequadamente ao fim a que se destina. Frisa-se que a falha não está relacionada estritamente à esfera individual do consumidor cujo nome estava vinculado indevidamente ao sítio eletrônico, mas, de forma objetiva, à exibição de resultado que já não corresponde, não guarda nenhuma pertinência, ao argumento objeto de busca. Nesse diapasão, não se pode olvidar a cediça incidência do CDC aos serviços prestados por meio da internet. Desse modo, ainda que se trate de fornecimento de serviços sem contraprestação financeira direta do consumidor, o fornecedor do serviço**

virtual não se exime da entrega da prestação em conformidade com a legítima expectativa consumerista, atraindo por analogia a incidência do art. 20 do CDC. Nos termos do referido art. 20 e seu § 2º, estabelece o CDC o dever de os fornecedores em mercado de consumo entregarem serviços que se mostrem adequados aos fins que razoavelmente deles se esperam, cominando, no caso de descumprimento, a obrigação de: i) reexecutar o serviço; ii) restituir a quantia paga; ou iii) abater proporcionalmente o preço, conforme opção a ser exercida pelo consumidor. Não se ignora que as regras do CDC, pensadas no início dos anos 1990, têm redação por vezes imperfeitas para a compreensão imediata de questões da dinâmica era digital, no entanto, sua interpretação teleológica fornece instrumentos suficientes para sua adequada aplicação. Desse modo, tratando-se de serviço gratuito não cabe mesmo as opções previstas nos incisos II e III do caput do art. 20 do CDC, mas se mantêm hígidos tanto a obrigação de entregar serviço adequado à sua finalidade como o dever de reexecução para correção das falhas existentes. Nessa trilha, **a compreensão de que um provedor de pesquisa deve corrigir sua base de dados e adequá-la aos resultados de busca atuais, fazendo cessar a vinculação do nome do consumidor à página por ele indicada, é medida que concretiza diretamente aquele seu dever, enquanto fornecedora do serviço de busca, de entregar respostas adequadas ao critério pesquisado. Claro que no ambiente intensamente dinâmico, falhas e incorreções podem porventura ser identificadas, entretanto, não há espaço para a inércia do empresário em corrigir uma clara falha de seu serviço, quando cientificada pelo consumidor, em especial, diante da fácil constatação de que o vínculo original não mais se sustenta e a mera reindexação é manifestamente suficiente para essa correção.** No cenário global, também é esse o entendimento que vem despontando como solução razoável em torno dos mecanismos de busca disponíveis na internet: os resultados de busca devem ser passíveis de correções e adequações, de forma a se preservar o direito individual daqueles atingidos pela disponibilização da informação. Nesse sentido, houve decisão do Tribunal de Justiça europeu, em maio de 2014, reconhecendo a obrigação de um provedor de busca de apagar dos resultados de pesquisa - enquanto materialização do direito ao esquecimento - os dados de um cidadão espanhol que, embora verdadeiros, foram considerados irrelevantes para o livre acesso público à informação (C-131/12), bem como a consequente responsabilização civil em caso de descumprimento da decisão judicial. Com efeito, desde o referido precedente da Corte europeia, tem-se admitido em solo europeu a obrigação de pronta correção ou exclusão de dados pessoais, sempre que, sob o crivo da Justiça, se verificar a incorreção, irrelevância, desnecessidade ou excesso na informação existente em meio virtual, inclusive quanto aos dados mantidos no banco de provedor de pesquisa. **Ressalte-se, ademais, que esse entendimento também não conflita com o atual Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/2014) que, em seu art. 19, igualmente, admite a responsabilização do provedor de aplicações na hipótese de descumprimento de decisão judicial. Diante dessas considerações, a inércia quanto à correção da falha do serviço entregue à comunidade consumidora da internet não tem respaldo legal e merece repúdio e correção pelo Poder Judiciário.** (REsp 1.582.981-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 10/5/2016, DJe 19/5/2016) – Grifou-se.

5. DIREITO AO ESQUECIMENTO

5.1 Conceito e Direito Comparado

O direito ao esquecimento, que também pode ser chamado de “direito de ser deixado em paz”, ou “direito de estar só”, tem como fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição Federal), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada e da honra, garantias previstas no art. 5º, X da Lei Maior, e consiste no direito que uma pessoa tem de não ser mais lembrado por situações constrangedoras, ou por atos praticados e fatos ocorridos no passado, que lhe causem sofrimento e transtornos.

Pode-se afirmar que, *“Em linhas gerais, o direito ao esquecimento não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a história. Em verdade, trata-se da possibilidade reconhecida a todas as pessoas de restringir o uso de fatos pretéritos ligados a si, mais especificamente no que tange ao modo e à finalidade com que são lembrados esses fatos passados”*².

A evolução da internet, com a popularização dos provedores de busca e das redes sociais, tem feito com que notícias e informações sobre determinadas pessoas ou acontecimentos se eternizem, o que pode causar severos transtornos psicológicos não só nos indivíduos diretamente relacionados aos fatos, mas também às suas famílias.

Assim, o tema relativo ao direito ao esquecimento vem ganhando relevância não só em âmbito nacional, como também nas Cortes de Justiça de outros países.

Um dos mais importantes e antigos julgados relacionados ao instituto do direito ao esquecimento é o denominado “Caso Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão na década de 1970, e no qual se decidiu que a proteção constitucional da personalidade não admite que a imprensa explore, por tempo ilimitado, a pessoa do criminoso e sua vida privada.

Atualmente, o caso de maior impacto referente ao assunto, e relacionado especificamente aos provedores de aplicações de internet, cuida-se do processo Google VS Agencia Espanhola de Proteção de Dados e Mario Costeja González, julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), em maio de 2014.

Nele, o cidadão espanhol Mario Costeja González pretendia que algumas notícias relacionadas ao seu passado, como o leilão de um imóvel de sua propriedade, fossem retiradas do arquivo online de um jornal, assim como dos mecanismos de busca do Google.

Após uma extensa discussão do tema, o TJUE decidiu o seguinte³:

2 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil, Volume 1. 12ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2014. p. 184.

3 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc3od6c67ffb9a601f4bbbbc284ea14c71c3.e34KaxiLc3qMb4ORchoSaxuOahzo?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=668445>

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Grande Secção) declara:

1) O artigo 2.º, alíneas b) e d), da Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, deve ser interpretado no sentido de que, por um lado, a atividade de um motor de busca que consiste em encontrar informações publicadas ou inseridas na Internet por terceiros, indexá-las automaticamente, armazená-las temporariamente e, por último, pô-las à disposição dos internautas por determinada ordem de preferência deve ser qualificada de «tratamento de dados pessoais», na aceção do artigo 2.º, alínea b), quando essas informações contenham dados pessoais, e de que, por outro, o operador desse motor de busca deve ser considerado «responsável» pelo dito tratamento, na aceção do referido artigo 2.º, alínea d).

2) O artigo 4.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 95/46 deve ser interpretado no sentido de que é efetuado um tratamento de dados pessoais no contexto das atividades de um estabelecimento do responsável por esse tratamento no território de um Estado-Membro, na aceção desta disposição, quando o operador de um motor de busca cria num Estado-Membro uma sucursal ou uma filial destinada a assegurar a promoção e a venda dos espaços publicitários propostos por esse motor de busca, cuja atividade é dirigida aos habitantes desse Estado-Membro.

3) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, **para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web, isto, se for caso disso, mesmo quando a sua publicação nas referidas páginas seja, em si mesma, lícita.**

4) Os artigos 12.º, alínea b), e 14.º, primeiro parágrafo, alínea a), da Diretiva 95/46 devem ser interpretados no sentido de que, **no âmbito da apreciação das condições de aplicação destas disposições, importa designadamente examinar se a pessoa em causa tem o direito de que a informação em questão sobre a sua pessoa deixe de ser associada ao seu nome através de uma lista de resultados exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do seu nome, sem que, todavia, a constatação desse direito pressuponha que a inclusão dessa informação nessa lista causa prejuízo a essa pessoa. Na medida em que esta pode, tendo em conta os seus direitos fundamentais nos termos dos artigos 7.º e 8.º da Carta, requerer que a informação em questão deixe de estar à disposição do grande público devido à sua inclusão nessa lista de resultados, esses direitos prevalecem,**

em princípio, não só sobre o interesse económico do operador do motor de busca mas também sobre o interesse desse público em aceder à informação numa pesquisa sobre o nome dessa pessoa. No entanto, não será esse o caso se se afigurar que, por razões especiais como, por exemplo, o papel desempenhado por essa pessoa na vida pública, a ingerência nos seus direitos fundamentais é justificada pelo interesse preponderante do referido público em ter acesso à informação em questão, em virtude dessa inclusão.

Em síntese, o Tribunal de Justiça da União Europeia, em precedente inédito e polémico, reconhecendo o direito ao esquecimento aos cidadãos europeus, decidiu que os provedores de pesquisa são obrigados a filtrar resultados de buscas, para excluir informações sobre determinada pessoa que não queira ter seus dados ou informações disponibilizadas na internet, independentemente de seu conteúdo ser lícito ou ilícito.

No Direito Brasileiro, apesar de o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014) não ter nenhuma norma a esse respeito, os enunciados nº 531 e 576, aprovados na VI e VII Jornadas de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, respectivamente, representam um avanço na aplicação do instituto do direito ao esquecimento em âmbito nacional. Vejamos:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

ENUNCIADO 576 – O direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

O Superior Tribunal de Justiça possui dois acórdãos paradigmas a respeito do tema em debate, nos quais a tese do direito ao esquecimento foi apreciada para a solução de conflitos relativos à veiculação de notícias e informações no meio televisivo.

No primeiro, REsp 1.335.153-RJ, de relatoria do Ministro Luís Felipe Salomão, e denominado “Caso Aida Curi”, foi afastada a aplicação do direito ao esquecimento, em virtude do lapso temporal transcorrido desde os acontecimentos, e da comoção nacional que o crime causou, com grande repercussão social e importância histórica, conforme ementa que ora se transcreve:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. HOMICÍDIO DE REPERCUSSÃO NACIONAL OCORRIDO NO ANO DE 1958. CASO “AIDA CURÍ”. VEICULAÇÃO, MEIO SÉCULO DEPOIS DO FATO, DO NOME E IMAGEM DA VÍTIMA. NÃO CONSENTIMENTO DOS FAMILIARES. DIREITO AO ESQUECIMENTO. ACOLHIMENTO. NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. RECONHECIMENTO DA HISTORICIDADE DO FATO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESVINCULAÇÃO DO NOME DA VÍTIMA. ADEMAIS, INEXISTÊNCIA, NO CASO

CONCRETO, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. SÚMULA N. 403/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional, questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, a qual, segundo o entendimento dos autores, reabriu antigas feridas já superadas quanto à morte de sua irmã, Aida Curi, no distante ano de 1958. Buscam a proclamação do seu direito ao esquecimento, de não ter revivida, contra a vontade deles, a dor antes experimentada por ocasião da morte de Aida Curi, assim também pela publicidade conferida ao caso décadas passadas. 3. Assim como os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime (REsp. n. 1.334/097/RJ), as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, direito esse consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirá-lo dos ofendidos, permitindo que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. 4. **Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro. Em um crime de repercussão nacional, a vítima – por torpeza do destino – frequentemente se torna elemento indissociável do delito, circunstância que, na generalidade das vezes, inviabiliza a narrativa do crime caso se pretenda omitir a figura do ofendido.** 5. **Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi.** 6. **É evidente ser possível, caso a caso, a ponderação acerca de como o crime tornou-se histórico, podendo o julgador reconhecer que, desde sempre, o que houve foi uma exacerbada exploração midiática, e permitir novamente essa exploração significaria conformar-se com um segundo abuso só porque o primeiro já ocorrera. Porém, no caso em exame, não ficou reconhecida essa artificiosidade ou o abuso antecedente na cobertura do crime, inserindo-se, portanto, nas exceções decorrentes da ampla publicidade a que podem se sujeitar alguns delitos.** 7. Não fosse por isso, o reconhecimento, em tese, de um direito de esquecimento não conduz necessariamente ao dever de indenizar. Em matéria de responsabilidade civil, a violação de direitos encontra-se na seara da ilicitude, cuja existência não dispensa também a ocorrência de dano, com nexos causal, para chegar-se, finalmente, ao dever de indenizar. **No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem**

esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, lembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes. 8. A reportagem contra a qual se insurgiram os autores foi ao ar 50 (cinquenta) anos depois da morte de Aida Curi, circunstância da qual se conclui não ter havido abalo moral apto a gerar responsabilidade civil. Nesse particular, fazendo-se a indispensável ponderação de valores, o acolhimento do direito ao esquecimento, no caso, com a consequente indenização, consubstancia desproporcional corte à liberdade de imprensa, se comparado ao desconforto gerado pela lembrança.

9. Por outro lado, mostra-se inaplicável, no caso concreto, a Súmula n. 403/STJ. As instâncias ordinárias reconheceram que a imagem da falecida não foi utilizada de forma degradante ou desrespeitosa. Ademais, segundo a moldura fática traçada nas instâncias ordinárias – assim também ao que alegam os próprios recorrentes –, não se vislumbra o uso comercial indevido da imagem da falecida, com os contornos que tem dado a jurisprudência para franquear a via da indenização. 10. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.335.153 – RJ - RELATOR: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Data de Julgamento: 28/05/2013) – Grifou-se.

Em outro recurso especial julgado pelo STJ, que recebeu o nome de “Caso Chacina da Candelária” (REsp nº 1.334.097), e também teve como Relator o Ministro Luís Felipe Salomão, foi reconhecido o direito ao esquecimento, bem como a configuração de dano moral, em virtude da produção e veiculação de programa televisivo, expondo o nome de pessoa que foi absolvida do processo criminal envolvendo a chacina da Candelária. Confira-se:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. LIBERDADE DE IMPRENSA VS. DIREITOS DA PERSONALIDADE. LITÍGIO DE SOLUÇÃO TRANSVERSAL. COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOCUMENTÁRIO EXIBIDO EM REDE NACIONAL. LINHA DIRETA-JUSTIÇA. SEQUÊNCIA DE HOMICÍDIOS CONHECIDA COMO CHACINA DA CANDELÁRIA. **REPORTAGEM QUE REACENDE O TEMA TREZE ANOS DEPOIS DO FATO. VEICULAÇÃO INCONSENTIDA DE NOME E IMAGEM DE INDICIADO NOS CRIMES. ABSOLVIÇÃO POSTERIOR POR NEGATIVA DE AUTORIA. DIREITO AO ESQUECIMENTO DOS CONDENADOS QUE CUMPRIRAM PENA E DOS ABSOLVIDOS. ACOLHIMENTO. DECORRÊNCIA DA PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DAS LIMITAÇÕES POSITIVADAS À ATIVIDADE INFORMATIVA. PRESUNÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DE RESSOCIALIZAÇÃO DA PESSOA. PONDERAÇÃO DE VALORES. PRECEDENTES DE DIREITO COMPARADO.** 1. Avulta a responsabilidade do Superior Tribunal de Justiça em demandas cuja solução é transversal, interdisciplinar, e que abrange, necessariamente, uma controvérsia constitucional oblíqua, antecedente, ou inerente apenas à fundamentação do acolhimento ou rejeição de ponto situado no âmbito do contencioso infraconstitucional,

questões essas que, em princípio, não são apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal. 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado. 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações. 4. Um dos danos colaterais da “modernidade líquida” tem sido a progressiva eliminação da “divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do ‘privado’ e do ‘público’ no que se refere à vida humana”, de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os “riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira” (BAUMAN, Zygmunt. Danos colaterais: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, pp. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados. 5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática. 6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa, embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa despreendida de regras e princípios a todos impostos. 7. **Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.** 8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa

e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das “coisas humanas”. 9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do “bandido” vs. “cidadão de bem”. 10. **É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo – a pretexto da historicidade do fato – pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do “direito ao esquecimento” pode significar um corretivo – tardio, mas possível – das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.** 11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público – além de ser conceito de significação fluida – não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praxeamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada. 12. **Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significa-**

ção conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado. 13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes. 14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos. 15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas. 16. **Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança – que é o vínculo do futuro com o presente –, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.** 17. Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável. 18. No caso concreto, a despeito de a Chacina da Candelária ter se tornado – com muita razão – um fato histórico, que expôs as chagas do País ao mundo, tornando-se símbolo da precária proteção estatal conferida aos direitos humanos da criança e do adolescente em situação de risco, o certo é que a fatídica história seria bem contada e de forma fidedigna sem que para isso a imagem e o nome do autor precisassem ser expostos em rede nacional. Nem a liberdade de imprensa seria

tolhida, nem a honra do autor seria maculada, caso se ocultassem o nome e a fisionomia do recorrido, ponderação de valores que, no caso, seria a melhor solução ao conflito. 19. Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem se mostrou fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, o qual, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado. **No caso, permitir nova veiculação do fato, com a indicação precisa do nome e imagem do autor, significaria a permissão de uma segunda ofensa à sua dignidade, só porque a primeira já ocorrera no passado, uma vez que, como bem reconheceu o acórdão recorrido, além do crime em si, o inquérito policial consubstanciou uma reconhecida “vergonha” nacional à parte.** 20. Condenação mantida em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por não se mostrar exorbitante. 21. Recurso especial não provido. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.334.097 – RJ - RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO – Data de julgamento: 28/05/2013) – Grifou-se.

Cabe destacar que os recorrentes do REsp 1.335.153-RJ (Caso Ainda Curi), inconformados com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, interpuseram recurso extraordinário perante o STF (RE 1010606), o qual foi distribuído para o Ministro Dias Toffoli, que reconheceu a repercussão do tema, não havendo, ainda, decisão definitiva acerca do tema, conforme ementa que segue:

DIREITO CONSTITUCIONAL. VEICULAÇÃO DE PROGRAMA TELEVISIVO QUE ABORDA CRIME OCORRIDO HÁ VÁRIAS DÉCADAS. AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA POR FAMILIARES DA VÍTIMA. ALEGADOS DANOS MORAIS. **DIREITO AO ESQUECIMENTO. DEBATE ACERCA DA HARMONIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DIREITO À INFORMAÇÃO COM AQUELES QUE PROTEGEM A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INVIOABILIDADE DA HONRA E DA INTIMIDADE. PRESENÇA DE REPERCUSSÃO GERAL.**

Ultrapassadas estas considerações preliminares, passemos à análise da jurisprudência a respeito do assunto, especificamente com relação aos provedores de aplicação de internet.

5.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sobre a aplicação do Direito ao Esquecimento, nos processos envolvendo provedores de busca e redes sociais

No que diz respeito às demandas envolvendo especificamente os provedores de aplicações de internet, na sua modalidade de provedores de pesquisa e redes sociais, tem-se o recente julgado do STJ, no qual não foi reconhecido ao autor o direito ao esquecimento:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. PROVEDOR DE PESQUISA. DIREITO AO ESQUECIMENTO. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. BLOQUEIO DE**

PALAVRAS-CHAVES. IMPOSSIBILIDADE. - Direito ao esquecimento como “o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado”. Precedentes. - **Os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação da página onde este estiver inserido.** - **Ausência de fundamento normativo para imputar aos provedores de aplicação de buscas na internet a obrigação de implementar o direito ao esquecimento e, assim, exercer função de censor digital.** - Recurso especial provido. (AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.593.873 – SP - RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI – Data do Julgamento: 10/11/2016) – Grifou-se.

Nesse mesmo sentido, oportuno mencionar o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

Ação de Obrigação de Fazer. Alegação que os resultados de busca do Google vinculam o nome da parte autora em uma operação da Polícia Federal que a impedem de dar normal continuidade à sua vida, face aos preconceitos sofridos, visando assim ao interesse particular da autora que pretende extirpar a informação da internet. Sentença de Improcedência. Manutenção. Não demonstrado qualquer questionamento quanto à veracidade dos fatos e a necessidade de que estes se tornassem públicos à época em que aconteceram. **A verdade é que, com o passar do tempo, fatos antigos vão perdendo o interesse da sociedade.** Divulgação fere mais a privacidade do indivíduo do que serve ao interesse público e acredito que foi para corrigir tal desproporção que surgiu o direito ao esquecimento, que não pode ser confundido com o direito de apagar e reescrever a própria história, devendo haver ponderação entre os interesses público e privado. **Ademais, os provedores de pesquisa não estão obrigados a eliminar resultados de busca que relacionem o nome da autora à determinada foto ou informação, sob pena de exercerem censura prévia sobre conteúdo criado por terceiros que eventualmente não sejam ilícitos, sedo temerário e ineficaz, já que a cada momento novos conteúdos são inseridos na rede mundial de computadores e a eliminação do resultado de busca não significa exclusão da página-fonte. Sopesados os direitos envolvidos e o risco potencial de violação de cada um deles, o fiel da balança deve pender para a garantia da liberdade de informação assegurada pelo art. 220, § 1º, da CF/88, sobretudo considerando que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.** Conhecimento e desprovimento do Recurso. (0027288-58.2009.8.19.0209 – APELAÇÃO - RICARDO ALBERTO PEREIRA - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR - Data de julgamento: 25/06/2015) – Grifou-se.

Não obstante, têm-se os seguintes julgados da Corte de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos quais foi acolhida a tese autoral de direito ao esquecimento, para que fossem retirados de pro-

vedores de buscas, *sites* ou redes sociais, conteúdos relacionados a fatos pretéritos ocorridos com os demandantes:

Agravo inominado em agravo de instrumento. Antecipação de tutela. **Retirada de matéria jornalística de sítio eletrônico.** Conflito aparente entre os direitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento, comunicação e informação e da inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, previstos nos arts. 5º, IV, IX, X E XIV E 220, da Constituição Federal. Presentes os requisitos do art. 273, do C.P.C. **harmônio dos princípios. Matéria publicada há mais de dois anos. Direito de imprensa exercido e exaurido em parte. Prevalência, hoje, da dignidade da pessoa que teve contra si atribuída qualificação depreciativa.** Periculum in mora configurado pela violação do direito de personalidade. Desprovemento do recurso. (0032941-76.2015.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NORMA SUELY FONSECA QUINTES - OITAVA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 15/12/2015) – Grifou-se.

Apelação cível. Direito civil. Lesão a direito da personalidade. Ação indenizatória c/c obrigação de fazer. **Veiculação de notícia desabonadora atrelada à imagem dos autores.** Pretensão que, além da compensação por danos morais, tem por escopo de evitar a associação do nome dos demandantes às notícias que envolvam supostas fraudes na emissão de carteiras falsas de juiz por tribunal arbitral e, ainda, em relação ao denominado “golpe do emprego na petrobras”, de acordo com o qual o primeiro autor prometia salário de R\$ 1,5 mil, cobrava R\$ 30,00 para dar uma palestra e mandava os candidatos esperarem em casa até convocação da empresa, a qual jamais ocorreria. Sentença de improcedência do pedido que merece reforma, sob **ênfase do direito ao esquecimento.** 1- Hipótese que possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pelo art. 5º, v e x da CF e pelo art. 21 do CC, sendo inclusive prevista no marco civil da internet (ART. 7º, I DA LEI Nº 12.965/2014), COM REFLEXOS NO TOCANTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, DA CF; EN. DOUTRINÁRIO 531 DA IV JORNADA DE DIREITO CIVIL DO C.J.F.). 2- **Matérias jornalísticas, ainda divulgadas nos sites vinculados ao sistema globo de comunicações, que possuem estrito cunho informativo, sem qualquer intenção de difamar os envolvidos, retratando investigação deflagrada pela polícia federal, que redundou em denúncia em razão dos ilícitos penais, em tese, praticados, dos quais, posteriormente, foram absolvidos (art. 386, III DO CPP).** 3- Logo, embora não se cogite de abuso do direito de informar (art. 220 CF C/C 187 do CC) E, COM ISSO, AFASTE-SE A PRETENSÃO LESÃO POR DANOS MORAIS (ART. 5º, X da CF C/C 17 DO CC), sob a perspectiva do direito ao esquecimento, prospera o inconformismo dos recorrentes, haja vista a inexistência de interesse pela historicidade do fato. 4- autores absolvidos da prática dos ilícitos penais que lhes foram imputados. Daí ser legítimo o direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveram, mas que, posteriormente, foram inocentados. 5- **assim, embora não seja possível desvincular o nome do primeiro autor**

daqueles fatos, pois pulverizados em sites não vinculados ao sistema globo de comunicação (art. 472 do CPC), é, ao menos viável, tal exclusão dos sítios mantidos ou divulgados pela apelada de qualquer notícia ou relato que os vincule aos episódios referidos na inicial, de cujos crimes foram absolvidos, fixando-se, para tanto, o prazo de cinco dias, após o trânsito em julgado, sob pena de multa diária de r\$ 10 mil (ART. 461, §4º DO CPC C/C SÚMULA Nº 410 DO STJ). RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (0043625-70.2011.8.19.0042 – APELAÇÃO - MYRIAM MEDEIROS DA FONSECA COSTA - QUARTA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 07/10/2015) – Grifou-se.

Apelação cível. Indenização. Notícia sobre exoneração da autora como assessora da corregedoria do tribunal regional eleitoral diante da ausência de qualificação jurídica necessária ao exercício daquele cargo público. Estagiária do ciece “ centro de integração empresa escola “ que à época de sua nomeação estava matriculada no 2º semestre do curso de direito de universidade privada. Fato que passou despercebido no momento de sua indicação para o cargo, mas que foi detectado imediatamente após a indevida nomeação. Atos administrativos publicados no diário oficial e confirmados pela assessoria de imprensa do tribunal regional eleitoral. Ausência de cunho discriminatório na exoneração e na matéria publicada a este respeito. Veracidade e o interesse público da notícia que foi ilustrada com imagem disponibilizada pela própria autora para exibição e livre utilização no sítio eletrônico do réu, não havendo comprovação a de que a autora, antes da propositura de presente, tivesse requerido ao réu o bloqueio ou a retirada desta imagem de seu sítio eletrônico. Imagem cuja exibição não dependia de autorização prévia já que utilizada para ilustrar fato da vida da própria autora, sem fins comerciais diversos. Prevalência do direito social à informação sobre o direito subjetivo da autora à sua vida e imagem. Não configurado dano moral indenizável. Acolhimento parcial do recurso para afastar a condenação do réu a este título. **Diante da manifestação da autora de que as imagens do sítio eletrônico da ré não condizem com a atividade profissional que pretende exercer cabível a condenação da ré a excluí-las, diante do direito da autora ao esquecimento.** (0203080-58.2015.8.19.0001 – APELAÇÃO - MARGARET DE OLIVAES VALLE DOS SANTOS - DÉCIMA OITAVA CÂMARA CÍVEL - Data de julgamento: 17/02/2016) – Grifou-se.

Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência brasileira a respeito da utilização da tese do direito ao esquecimento, aos processos envolvendo provedores de aplicação de internet, encontra-se em estágio inicial, não havendo consenso a seu respeito.

6. CONCLUSÃO

Pelo exposto no presente estudo, observa-se que a questão relativa à retirada de conteúdo ilícito e ofensivo de provedores de busca e de redes sociais, assim como a sua responsabilização pela inércia em excluir as referidas matérias, tem relação estreita com princípios, garantias e direitos constitucionais, como a liberdade de expressão, o direito à intimidade, à vida privada, honra e imagem.

Assim, não obstante o fato de que a retirada de comentários, imagens e notícias de provedores de pesquisa e redes sociais, muitas vezes possa representar uma ameaça à liberdade de expressão e ao direito de informação, deve-se ter em conta que estas garantias constitucionais encontram limites previstos pelo próprio legislador constituinte.

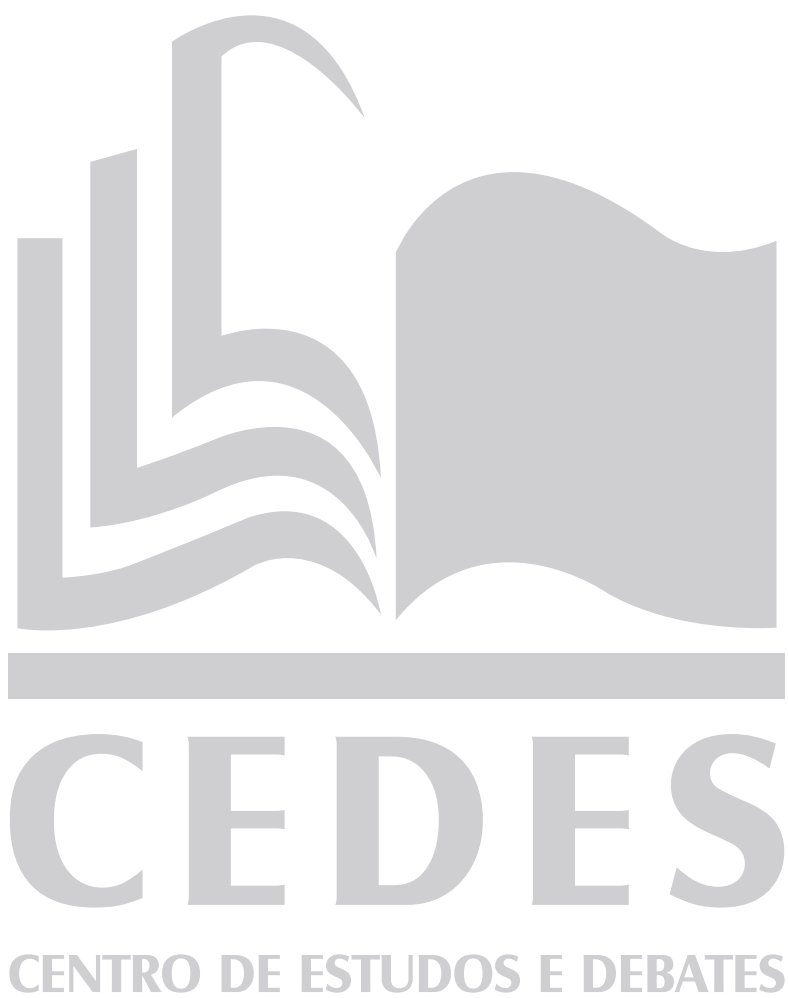
Acerca do tema, transcreve-se a lição do jurista Paulo Gustavo Gonet Branco:

O constituinte brasileiro, no art. 220 da Lei Maior, ao tempo em que proclama que não haverá restrição ao direito de manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, dizendo, também, no §1º, que “nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social”, ressalva que assim o será, “observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. Dessa forma, admite a interferência legislativa para proibir o anonimato, para impor o direito de resposta e a indenização por danos morais e patrimoniais e à imagem, para preservar a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, e para que se assegure a todos o direito de acesso à informação. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11ª edição. Ed. Saraiva: São Paulo, 2016, p. 270)

Com efeito, a análise de qual direito ou garantia constitucional deve prevalecer, precisa ser feita mediante o exame das circunstâncias do caso concreto, sob pena de se levar a uma censura prévia de publicações, o que não é permitido no Estado Democrático de Direito.

Portanto, cabe ao legislador e ao Poder Judiciário, frente aos novos conflitos de interesses gerados pela evolução da sociedade e da tecnologia, buscar normas jurídicas, formas de interpretação e ferramentas que levem à pacificação social.

Desse modo, espera-se que o presente artigo tenha contribuído para o esclarecimento do tema aqui abordado, bem como para que se possa amadurecer as questões relativas a um assunto que vem ganhando cada mais destaque no âmbito jurídico.



AS CONTRADIÇÕES DO CAPITALISMO: $r > g$

Antonio Carlos Esteves Torres*

De acordo com as conclusões de Thomas Piketty, no se u já muito citado e pouco lido (a maioria que vai citada abaixo tem o mesmo destino) “O Capital no Século XXI”¹, entre as forças convergentes e divergentes, na dinâmica da evolução de uma economia de mercado e da propriedade privada, a circunstância mais desestabilizadora está ligada ao fato de que as taxas de rendimento privado do capital (r) podem ser forte e duravelmente mais elevadas que as taxas de crescimento do salário e da produção (g). É a lógica da desigualdade imutável.

Para chegar a este ponto do fecho de seu trabalho, Piketty, professor da Escola de Economia de Paris, percorreu, com a ajuda de pesquisadores de diversas partes do mundo, durante quinze anos, os caminhos dos estudos sociais e históricos da dinâmica da distribuição das rendas e patrimônios, a partir do século XVIII. Malthus, Young, Marx, Adam Smith, Ricardo, a Revolução Francesa tiveram seus destinos cruzados, para dar resposta a uma indagação perturbadora, no tocante às vias doutrinárias da matéria, em direção esclarecedora do significado de distribuição de renda: “o quê, verdadeiramente, se sabe sobre a evolução do fenômeno, a longo prazo?”.

Em primeiro lugar, uma observação sobre a metodologia deste trabalho. Com a avassaladora dominação dos meios tecnológicos de informação, a exemplo do que se faz configurado em obras do intelecto, especialmente, as cênicas, à semelhança com o que já foi dito ou pensado, anteriormente (os puristas das colunas dos periódicos, entendem o uso desse advérbio, nesta circunstância, um erro), o que se verificar de igualdade entre o escrito e o exposto preteritamente será mera coincidência. Nem tanto. Tudo, ou quase tudo, já foi escrito antes acerca de tudo. É só consultar os programas “internéticos”. O grande problema, agora, é a real visibilidade dos fatos. Há erros ocultos na certeza do Google. Uns consentidos e até objeto de advertência, outros, desgraçadamente, sob a capa da verdade invencível. Este senso crítico tornou-se passo obrigatório em qualquer realização literária.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro; Presidente do Fórum Permanente de Direito Empresarial da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ; Ex-chefe da Divisão Jurídica do Banco Central do Brasil, no Estado do Rio de Janeiro; Advogado na CVM; ILI – Pós-graduação Georgetown University Washington DC; Mestre em Direito na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais e Novos Direitos pela Universidade Estácio de Sá (2006); CAE-PE-ESG (2010); Ex-diretor executivo do CEDES (2015-2016).

1 PIKETTY, Thomas. Le capital au XXIe siècle. Paris: Editions du Seuil, 2013, p. 942.

Logo, cabe a indagação: Então, para que escrever? Para rebater, contestar, concordar, enfim, para a utilização das obras, no que têm de mais nobre: suscitar o debate dialético? Adequar à verdade do momento o conceito real de verdade? Ajustar a realidade dos fatos? Estes conceitos ainda gozariam de prestígio?

Durante o transcorrer das últimas semanas, o mundo literário foi informado de que o terceiro Volume da obra “Diários da Presidência”, de autoria do ex-presidente Fernando Henrique Cardoso, já estaria nas livrarias. Entre outras declarações dignas de nota, está: “O Brasil não gosta do sistema capitalista. Os congressistas, os jornalistas, os universitários não gostam do capitalismo. E no capitalismo, têm horror aos bancos, ao sistema financeiro e aos especuladores. Eles gostam do Estado, eles gostam de intervenção, de controle de câmbio, enfim, ser conservador é melhor do que liberal”². O pensamento ganha nível de credibilidade ao estilo do “Pobre gosta de luxo, quem gosta de lixo é intelectual...”, como sentenciou o filósofo do samba – do povo, portanto, - Joãozinho Trinta.

De nossa parte, a reedição da pesquisa desses dizeres confirmadores da verdade axiomática tem sua utilidade específica: O municiamento dos que se dedicam a materializar o direito, com dados capazes de garantir a correta interpretação dos fatos econômicos no caminho do fazimento de justiça. Ou alguém acha que a onerosidade excessiva, capaz de resolver contratos³ dispensaria inteiramente o emprego das noções da ciência econômica? Ou dos pilares filosóficos que garantem o raciocínio?

O Direito Empresarial reúne entre seus componentes longa e complexa série de ramos científicos ligados basicamente aos fatores econômicos. Desta forma, uma vez mais, percorrem-se os caminhos desta repartição do conhecimento, através do qual e de seus tentáculos, procura-se oferecer subsídio capaz de auxiliar o profissional que se ocupa da dinâmica da composição dos litígios, estaca do equilíbrio social.

Assim como a Bíblia, talvez a obra mais conhecida de todas, tem interpretações divergentes e inúmeras, o direito e seus escritos não são objeto de unanimidade intelectual confortável. Carnelutti, em “A Morte do Direito”, destila respeitável pessimismo, acusando o fato de o direito servir cada vez menos, “...à medida que, realizando sua história, os homens marcham em sentido contrário: uns para a maldade, outros para a bondade, uns para a escravidão, outros para a liberdade... “Nossas considerações não vão a tanto, até porque, o próprio autor afirma : “Certamente, o direito ainda não morreu...”, ainda mais com a criação de tantas leis, o que “...poderá parecer que nunca esteve tão vivo como agora. Mas essa vitalidade ilusória é, antes de tudo, a febre que o consome”⁴.

Enquanto não experimentamos a sensação de viver sem direito, temos insistido, com alguma frequência, na reiteração de facetas de economia política, no caminho do papel do magistrado, a começar pelo reconhecimento de algum hesitar com respeito à integral adoção do sistema capitalista

2 CARDOSO, Fernando Cardoso. Diários da Presidência. Volume III. São Paulo: Cia. das Letras, 2017. O trecho é parte do conselho do ex-presidente a Armínio Fraga, antes da sabatina no Senado, em 1999, que aprovou sua indicação para a Presidência do Banco Central.

3 Código Civil Brasileiro, 2002, art. 478.

4 CARNELUTTI, Francesco. A morte do Direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003, p. 22 e 23.

como filosofia principiológica no Brasil. Ao garantir a livre iniciativa e o direito à propriedade, como se extrai do art. 170, da CRFB, fica ratificada a opção, apesar do compromisso com o fim social da propriedade, não completamente identificado com objetivos capitalistas; a defesa do consumidor, e o inarredável dever do Estado de assegurar a saúde a todos, mediante o financiamento de toda a sociedade (artigos 194, 195 e 196 da Lei Fundamental).

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade... O texto do art. 5º da CRFB, alicerce inaugural dos Direitos e Garantias Fundamentais, arregimenta os direitos e deveres individuais e coletivos. Em linhas gerais, ainda configura cenário de utopismo o exercício dos valores e princípios teoricamente inseridos no cânone. A igualdade num país de desiguais se apresenta sob diversas facetas. Dentre elas a que materializa o estudo de Piketty, consolidador das investigações que revelam o 1% das gentes deter 90% de tudo que se produz no mundo.

A criminoso ordem natural das coisas, estrela principal desta peça, com que a indiferença ornamenta o comportamento de quase toda a gente, entre outros episódios do mesmo estilo, reduz à categoria de sarcasmo o entendimento do que a Lei Maior descreve como salário mínimo, "... capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde ..." (esses dois, expressamente, deveres do Estado) "... lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social..." Tirem as próprias conclusões.

Em situação mais grave, a despeito de, aqui e ali, alguma reação irromper, ao menos aparentemente, sob forma pouco organizada e dispersa, como a **occupy wall street; je suis Charlie; women against Trump, Black lives matter**, com resultados diluídos, diante da força que produzem os rendimentos capitalistas, em confronto com o subemprego, compensatoriamente, almejado e disputado, nas circunstâncias, ao estilo da ansiedade consolativa, da busca do prato de comida e do lugar de dormida, através de que se admitia ao escravo forro a semivida, e cuja pseudoliberalidade nunca terá sido plenamente alcançada. A resiliência e complacência com que estes fatores são praticados, por todos, são estandartes da supremacia desta ordem natural das coisas, covarde e desumana. Ao vencedor as batatas. (Uma releitura em Quincas Borba vai ajudar a revisão dos conceitos da seleção natural, mãe da lei do mais forte, e a sua invencibilidade).

Estranhamente, livros que ameaçam demonstrar que "o rei está nu", como o de Piketty, já encontrado em bancas de usados, ou o de Galbraith, a economia das fraudes inocentes, não visto sequer em sebos, vão desaparecendo com nevoeiros leves, dissipados em espaço diminuto de tempo. Já há quem pense, decididamente, na invencibilidade da fantasmagórica ordem natural das coisas, embora, séria e cientificamente, haja também quem se detenha na definição do que seja ordem natural e coisas. Negro é burro, mulher é prostituta. E, a despeito de diferenças inevitáveis, além da escabrosa injustiça, a raça e o gênero são irremediavelmente considerados inferiores.

Se você, raro leitor, não pensa assim, conhece alguém que pensa assim. A hipocrisia, corajoso analista, vai disfarçando a incerteza da tese com a finura de educação e o ajuste de comportamento, pelos caminhos do linguajar eufêmico do politicamente correto e da forçada aceitação coercitiva

das ações afirmativas. Tudo sem revogar o pensamento incrustado na realidade de seu interior imperscrutável. Colega magistrado, ilustre causídico, nobre defensor público, honrados membros do Ministério Público. O capitalismo e o socialismo têm a mesma trajetória de conceitos organizacionais, enquanto sistemas de gestão filosófico-político. Mas, dependendo da forma, ostentam suas diferenças ditadas pelas características próprias. O poder do Estado socialista se encarrega mais evidentemente de atuar com a violência que elimina (Vide Trotskie, recentemente, Boris Nemtsov, e, um pouco antes, Alexander Litvinenko). O sistema capitalista usa outros métodos, não raro também violentos, seja a falta de oportunidade, até a morte por fome, seja o uso das mais cruéis organizações privadas sob liderança do cidadão, como a Ku Klux Klan.

Essas divergências não agradam a ninguém que tenha um mínimo de consciência. E tanto isso é verdade que, como assevera Galbraith⁵: As firmas passaram a ser conduzidas por administradores, não apenas os “donos” do capital. Como o termo capitalismo evoca, às vezes uma história amarga, o nome está em declínio. Na respeitável expressão de economistas, porta-vozes do mundo dos negócios, cuidadosos oradores políticos e alguns jornalistas, capitalismo, agora, chama-se Sistema de Mercado, comum aos dois sistemas, guardadas as devidas proporções.

O próprio autor desvenda grande parte do mistério, ao descrever o mito dos dois setores, público (imagem socialista) e privado (característica capitalista): “... a interferência do por assim dizer no setor público, ostensivamente, do setor privado converteu-se em lugar comum... os dirigentes das corporações estão em aliança fechada com o Presidente, o Vice-Presidente e o Ministro da Defesa. As maiores figuras da administração das corporações também têm destacadas posições em qualquer lugar do governo federal. Um saiu da falência e do roubo da Enron, para chefiar o Exército.”⁶

Dispensamos exemplos contundentes de nosso mais efetivo presente. É só ler os jornais. São fatos atuais de evidência notória.

Já houve quem, com toda a franqueza, me tivesse indagado, como está lá no quarto parágrafo, a razão expositiva dessas diferenças sistemáticas. Aí vão algumas considerações capazes de estimular o eventual leitor a duras reflexões: Em primeiro lugar, o mundo está conectado, como se observa do trabalho do Mestre em Artes de Estudos sobre a Guerra, Marcelo Malagutti, publicado pelo King’s College London, em que o autor adverte: “as cyber armas também estão integradas no espaço global. Os efeitos de ataques em qualquer ponto podem se espalhar de forma inconcebível muito além do alvo e até voltar ao ponto de partida atacante”⁷. É o mundo dos computadores e das armas. Todos somos parte dele.

Se assim é, mesmo com grandes prejuízos políticos, o lobby das grandes potências industriais, especialmente ao se tratar da atividade farmacêutica, atinge grau patológico e, no combate aos “inimigos”, acaba por sustentar a guerra entre elas.

5 GALBRAITH, John Kenneth. *The economics of innocent fraud – truth for our time*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2004, p. 3.

6 GALBRAITH. *Op. Cit.* p. 35 e 36.

7 MALAGUTTI, Marcelo. *State-Sponsored Cyber-Offences*. In: *Revista da Escola de Guerra Naval*. Volume 22, nº 2 (p.261-290), mai./ago. 2016, p 279.

Recentemente, a insuspeitável Volkswagen teve de pagar uma multa gigantesca por ter usado de meios escusos no licenciamento de veículos movidos a diesel, nos Estados Unidos da América do Norte. É fato notório e cercado de consequências danosas para a organização alemã, obrigada a pagar bilhões de dólares norte-americanos e a recomprar todos os carros afetados⁸.

Nesta altura, é hora de indagar se a cibernética ainda é desconhecida de nossos operadores do direito, em qualquer nível, a despeito de o povo brasileiro analfabeto nem supor de que se trata, salvo se alguém tiver ingerido Talidomida entre o final dos anos 1950 e 1960, e hoje ainda sofra a tragédia dos efeitos em seus filhos. Não havia *internet* e a *informação quase nem sequer existia*.

Maldonado de Carvalho, desembargador, professor, especialista em direito do consumo, na Revista Luso-Brasileira nº 24⁹ levanta a cobertura misteriosa do sistema de recall, que, na realidade, está em estudo para que se possa saber se se trata do acaso do defeito oculto, ou de controle de qualidade a posteriori. Ou alguém não sabe o que é o recall?

Enquanto os ingênuos continuam de costas para os fatos, duas circunstâncias forçam a entrada nos presentes comentários, para a resposta da inevitabilidade de estudos como este. Em primeiro lugar, a mutabilidade dos fatos e a necessidade de adaptação teórica e doutrinária, como se colhe do livro de J. J. Gomes Canotilho¹⁰, no qual o constitucionalista lusitano, após longos anos de reorganização de pensamento sobre o dirigismo constitucional, passou a entendê-lo equivocadamente, porque o texto fundamental assumira papel de dirigismo programático, transformando-o em bíblia de promessas não concretizadas.

Em segundo lugar, o apego ferrenho de quem ainda usa as dicotomias maquiavélicas direita/esquerda; socialismo/capitalismo, e outras duplas conceituais e históricas empedernidas, esbarra em socialistas que compram equipes de futebol em plagas indisfarçavelmente mercadológicas, ou em comunistas a administrar empresas, como é o caso do temível Sr. Igor Sechin, instrumento do poder putiniano, a conduzir a empresa petrolífera Rosnefts, que, além de ajustar a estrutura americana do Sr. Trump¹¹, ainda traz de volta o sonho do petróleo de volta a Carauari, na Amazônia.

Toda gente sabe que os mais velhos estão mais sujeitos a desentendimentos com bancos e mais vulneráveis a fraudes e exploração financeira, às vezes por parte de familiares. Abusos financeiros são os mais difíceis de monitorar, o que acaba por envolver, ao menos na América do Norte, bilhões de dólares, em operações desta natureza. Pois muito bem. Uma das razões mais eficientes da continuação da prática está no que os órgãos de proteção ao consumidor reconhecem: “Está valendo a pena desrespeitar o consumidor”.

8 O Globo. Edição: 22/04/2017, p. 18.

9 CARVALHO, José Carlos Maldonado de. Garantia legal e garantia contratual. In: Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Volume VI, nº 24, 2016.

10 CANOTILHO, Gomes J. J. “Brançosos” e Interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 1999, pp. 31 e 32.

11 The Economist. 28/01/2017, p. 58.

A estes exemplos funestos somam-se situações misteriosas de imensos prejuízos, incluídas todas nos resquícios das contradições capitalistas, cuja maior fraude está na luta inglória contra a desigualdade, fraude maior do engodo socialista. Estão no livro recém-lançado, “A era do imprevisto”, do sociólogo Sérgio Abranches¹², as explicações desta desgraça, e do qual se retiram lições preciosas para todos, especialmente para a magistratura, obrigada a lidar com a indiferença com respeito aos menos afortunados e resistir ao poder dos invencíveis, no caminho utópico da busca de igualações improváveis e resultados diminutos na materialização dos direitos fundamentais da Constituição.

Este lembrete não tem por escopo optar entre capitalismo ou socialismo, dicotomia antiquada e inútil, como há pouco se demonstrou. Seja um sistema ou outro, a covardia, o descaso o frontal desrespeito dirigido ao mais fraco se une a outros tantos objetos de trabalhos produzidos para o CEDES, cuja finalidade é convidar os magistrados a rever seus conceitos e angariar meios para a reflexão da vida, quando estiverem no sagrado dever de fazer justiça.

BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Sérgio. **A era do imprevisto**. São Paulo: Cia. das Letras, 2017.

CANOTILHO, Gomes J. J. **“Brançosos” e Interconstitucionalidade - Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDOSO, Fernando Cardoso. **Diários da Presidência. Volume III**. São Paulo: Cia. das Letras, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **A morte do Direito**. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

CARVALHO, José Carlos Maldonado de. **Garantia legal e garantia contratual**. In: Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, Volume VI, nº 24, 2016.

Código Civil Brasileiro, 2002.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

GALBRAITH, John Kenneth. **The economics of innocent fraud – truth for our time**. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 2004.

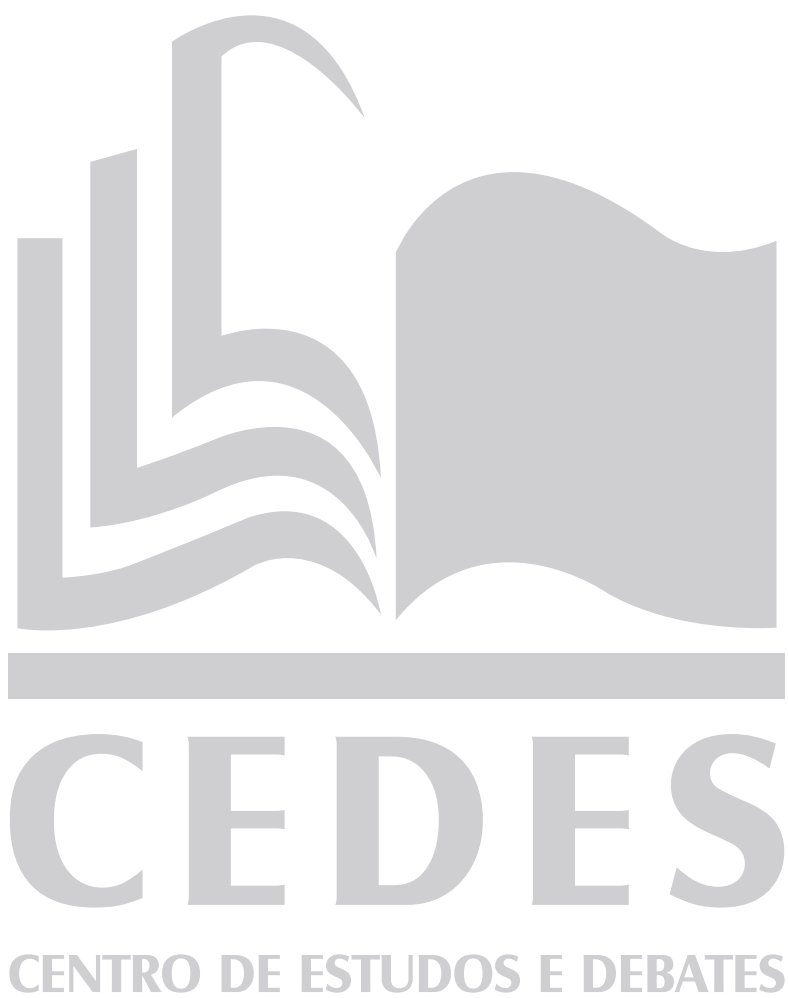
O Globo. Edição: 22/04/2017.

MALAGUTTI, Marcelo. **State-Sponsored Cyber-Offences**. In: Revista da Escola de Guerra Naval. Volume 22, nº 2 (p.261-290), mai./ago. 2016.

The Economist. 28/01/2017.

PIKETTY, Thomas. **Le capital au XXIe siècle**. Paris: Editions du Seuil, 2013.

12 ABRANCHES, Sérgio. A era do imprevisto. São Paulo: Cia. das Letras, 2017.



AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O IMPACTO NAS VARAS CRIMINAIS

Daniela Brandão Assumpção de Souza*

Prevê o artigo 7.5, do Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos):

“Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

Tal norma internacional fora incorporada ao nosso ordenamento jurídico desde o ano de 1992¹.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJERJ) decidiu implementar a realização das denominadas Audiências de Custódia, através da RESOLUÇÃO TJ/OE/RJ 29/2015, de 26/08/2015, que prevê em seu artigo primeiro:

“Fica criado, no âmbito da Justiça comum de primeira instância do Estado do Rio de Janeiro, o sistema de Audiências de Custódia”.

Recentemente, o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução 213, de 15 de Dezembro de 2015, determinou em seu artigo 1º a realização das “Audiências de Custódia” no prazo de 24 horas. Atente-se que a mesma Resolução prevê em seu artigo 14 que:

“Os tribunais expedirão os atos necessários e auxiliarão os juízes no cumprimento desta resolução, em consideração à realidade local, podendo realizar os convênios e gestões necessárias ao seu pleno cumprimento” (destaques não constantes do original).

Como é cediço, as audiências de custódia estão sendo implementadas gradativamente pelo TJERJ, de forma que, inicialmente, foram implantadas somente na Comarca da Capital, mas em médio prazo serão instaladas em todo o Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento às normas supracitadas.

* Juíza de Direito Titular da 1ª Vara Criminal de Niterói/RJ.

¹ Decreto Nº 678 de 6 de Novembro de 1992, norma supralegal que internalizou a CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Recentemente, matéria jornalística publicada no G1,² demonstrou que a cada ano cresce o número de réus presos em flagrante que são soltos nas audiências de custódia, sendo que, no primeiro trimestre de 2017, as estatísticas apontam que mais de 60% dos presos apresentados em audiências de custódias, foram colocados em liberdade no ato.

Não pretendemos aqui, até porque isso não nos compete, a discutir o cabimento ou não desta ou daquela decisão; ao contrário, apenas entendemos de relevo expor algumas das consequências que poderão advir desta nova realidade – audiências de custódia – a fim de que possa a Administração, dentro do seu interesse e possibilidade, pensar em soluções para dirimir os problemas que aqui serão expostos.

Também não desejamos discutir aqui a realização destas audiências, vez que a sua necessidade já foi bem definida pelas instâncias superiores, mas apenas pensar em como podemos nos adaptar a esta nova realidade, de forma a impedir efeito indesejado e contrário aos ditames da Justiça.

No sistema vigente, o Auto de Prisão em Flagrante (APF) é encaminhado ao juiz competente para a causa, que poderá ou não converter a prisão em flagrante em preventiva. Nos casos em que não venha a ser decretada a prisão cautelar, com o APF já distribuído para a Vara Criminal, o Ministério Público oferece denúncia e, normalmente, quando cumprido o Alvará de Soltura, o acusado é concomitantemente citado da ação penal.

Com a nova realidade das audiências de custódia e mantendo os números hoje existentes, as Varas Criminais receberão no mínimo 50% dos Autos de Prisão em Flagrantes com o indiciado já liberado na aludida audiência. Assim, quando o Órgão Ministério Público junto ao juízo oferecer a denúncia, o acusado deve ser citado no seu endereço residencial fornecido.

Aí é que terá início a via-crúcis do juiz criminal.

Normalmente o endereço fornecido pelo então indiciado quando de sua autuação em flagrante é incompleto, mesmo quando informado corretamente, podendo ser afirmado que mais de 90% pertencem a locais considerados de risco, regiões conflagradas em razão do domínio destes territórios por Organizações Criminosas (ORCRIMs), consideradas áreas de alto risco ou zonas vermelhas.

Assim, os mandados de citação expedidos sequer serão cumpridos, e devolvidos com a invocação do Provimento CGJ 22/2009, que autoriza aos Oficiais de Justiça (OJAs) a suspenderem o cumprimento da diligência, seja de citação, notificação, intimação, na forma dos seus artigos 5º e 6º, quando verificarem que se trata de *local perigoso*.

E mesmo que o juiz determine o cumprimento da diligência com o auxílio da força policial, esta não será cumprida, como vem ocorrendo nos dias atuais, haja vista que os OJAs certificam que contataram o Batalhão de Polícia Militar da área o qual, por sua vez, informou não ser possível o cumprimento da diligência sem risco para a integridade física tanto do Meirinho quanto da população local.

2 <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/audiencias-de-custodia-soltaram-61-dos-presos-em-flagrante-no-rio-no-primeiro-trimestre-de-2017.ghtml> (Acessado em maio/2017)

Sendo assim, estes feitos, que atualmente ultrapassam a 50% dos processos de réus presos, irão produzir uma situação *sui generis*, em que o réu possui endereço certo e determinado, mas o Poder Judiciário não consegue citá-lo, pois o Estado não é capaz de ingressar em seu próprio território.

Diante desse quadro, não poderá ser aplicada a norma do artigo 366 do CPP, pois o acusado *não está em local incerto e não sabido*; ao contrário, pode até ser diligenciado, para a localização de novo endereço, mas quando este pertence a alguma comunidade, a situação retorna ao ponto inicial.

Idêntica situação ocorre em inúmeros feitos que aguardam a realização de Audiências de Instrução e Julgamento, nos quais as testemunhas e vítimas não são ouvidas, em razão do não cumprimento do mandado de intimação, por residirem em “local perigoso”, invocando-se o mesmo procedimento para o não cumprimento de diversos atos judiciais.

Em condições normais, quando o réu não é localizado para a citação no processo penal e, após certificado pelo Oficial de Justiça, que se encontra em *local incerto e não sabido*, são ordenadas as diligências visando a sua localização, após o que, autorizada a citação por edital, podendo sua prisão ser decretada, na forma do artigo 366 do CPP, com a suspensão do feito e do prazo prescricional.

Ocorre que, na situação colocada, o réu *está em local certo e conhecido*, mas o Estado não realizou a citação por entender que seus agentes correm risco se comparecerem a sua residência. Desta forma, o endereço do réu é *certo e sabido*, não permitindo a citação por edital, nem a decretação da sua prisão por não haver mudança de endereço. Por corolário, o curso do processo não pode ser suspenso, conforme prevê o artigo 366 do CPP, assim como não pode prosseguir, pois o réu não foi citado e nem constituiu advogado nos autos.

Tais feitos paralisados irão fazer aumentar o acervo das serventias judiciais, sem que se possa aplicar a suspensão do processo, do fluxo do prazo prescricional e nem lhes dar andamento.

Pode-se afirmar que os autos ficarão no limbo. As vítimas sem uma resposta satisfatória, gerando uma sensação de impunidade. Os Oficiais de Justiça se limitam a certificar tratar-se de área de risco. Os Batalhões afirmam que é arriscado o ingresso no local, desprezando o fato de que integram as forças de segurança pública do Estado. A Sociedade, novamente, permanece sem resposta.

Note-se que não resta dúvida quanto à gravidade da questão e à real situação de perigo existente nos dias atuais, nas denominadas “comunidades”, dominadas por ORCRIMs, de forte e notório poderio bélico, nas quais criminosos transitam com liberdade, fortemente armados e onde é constante a troca de tiros com as forças de segurança pública.

No entanto, o Poder Judiciário deve ser pensado em sintonia com as autoridades competentes, em vista de uma solução para a questão, de forma que não coloque os Oficiais de Justiça em risco, mas que também não implique na paralisação indefinida dos processos judiciais, sem uma justificativa e sem que, ao final, inviabilize a prestação da Jurisdição.

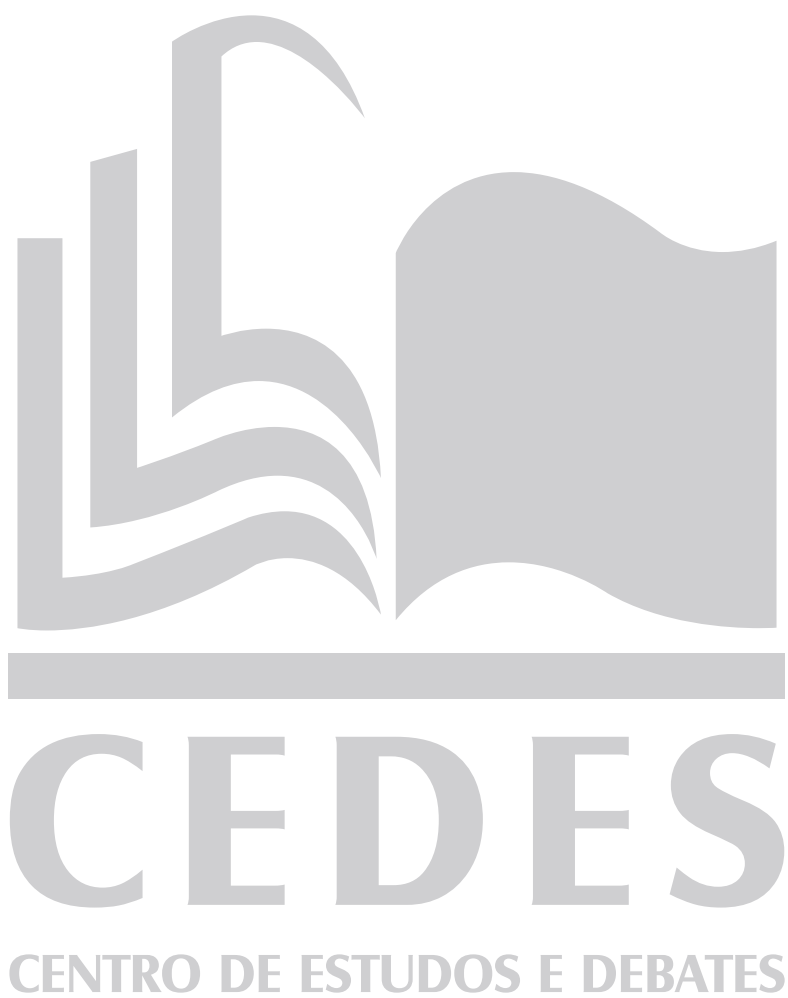
Da mesma forma, o sistema informatizado do Poder Judiciário, um dos melhores do País, poderia adotar um diálogo integrado, propiciando que a prisão de determinado indivíduo seja imediatamente comunicada aos Juízos nos quais responde a processos, inclusive, à Vara de Execuções Penais (VEP), haja vista que inúmeros feitos ficam paralisados por longos períodos de tempo, aguardando a localização do apenado, sem que aquele Juízo tenha conhecimento de sua prisão em outro processo ou que venha ter ciência somente após sua soltura.

Nesse contexto, os aludidos Juízos, quando cientes da prisão do indiciado/acusado/apenado em ação penal em curso perante outra vara, poderão dar o devido andamento aos seus processos, para a efetividade da jurisdição, garantindo a celeridade na prática dos atos do procedimento, fazendo cumprir o mandamento da duração razoável do processo.

Essas são as ponderações consideradas oportunas, no afã de contribuir de alguma forma e para a melhor da solução dos conflitos, de modo que possa prestar célere e eficazmente a Jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22/11/1969; Provimento CGJ nº 22, de 13/03/2009;
- MOREIRA**, Rômulo de Andrade. *O art. 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal*. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 107, dez 2012;
- MOSSIN**, Heráclito Antonio. *Prescrição em matéria criminal* / Heráclito Antonio Mossin; Júlio César Mossin. Leme: J. H. Mizuno, 2015;
- JESUS**, Damásio de. *Prescrição Penal*. 20ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011;
- JESUS**, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 26ª Ed. de acordo com as Leis 12.830/2013 e 12.850/2013. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- Decreto Nº 678 de 6 de Novembro de 1992, norma supralegal que internalizou a CADH (Convenção Americana sobre Direitos Humanos);
- <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/audiencias-de-custodia-soltaram-61-dos-presos-em-flagrante-no-rio-no-primeiro-trimestre-de-2017.ghtml> (Acessado em maio/2017);



DEVIDO PROCESSO LEGAL X DUE PROCESS OF LAW (TRANSAÇÃO PENAL X PLEA BARGAINING)

Marco Couto*

RESUMO

O presente trabalho analisa o instituto da transação penal enquanto exemplo de influência norte-americana no sistema jurídico brasileiro. Disserta sobre as causas da demora na solução de conflitos pelo Poder Judiciário no Brasil e sobre o exagerado número de processos pendentes de julgamento. Aborda a devida cautela na importação de institutos estrangeiros, haja vista as diferenças culturais existentes, e conclui pelo necessário exame crítico da aplicação do instituto sob análise diante da magnitude do princípio constitucional da presunção de inocência.

Palavras-chave: Devido processo legal. Sistema Judiciário. Importação de institutos jurídicos. Transação penal. Plea bargaining

Abstract

This paper analyzes Brazilian criminal transaction as an example of North American influence in the Brazilian judicial system. The causes of the delay in resolving disputes by the Judiciary in Brazil and the exaggerated number of pending cases are addressed. This study also discusses due caution in importing foreign legal mechanisms, given the existing cultural differences, and concludes that critical examination is necessary for the application of the mechanism under analysis considering the magnitude of the constitutional principle of presumption of innocence.

Keywords: Due process of law. Judicial System. Legal mechanism importation. Criminal transaction. Plea bargaining.

* Mestrando em Direito pela UNESA. Juiz Titular da 1ª Vara Criminal de Jacarepaguá. jmcouto@tjrj.jus.br

Certa vez, em Barcelona, o Ministério Público denunciou o réu pela prática do crime de homicídio, pedindo, ao início do processo, a imposição da pena de 30 anos de prisão. Na sessão de julgamento, o Promotor de Justiça se retratou e passou a pedir a imposição de uma pena de apenas 6 anos de prisão, com o que, naturalmente, concordou o acusado. É certo que o Tribunal se negou a homologar tal acordo extravagante. Mas o que marcou o episódio foi a reação dos parentes da vítima, que, inconformados, partiram do local em que estavam na direção do acusador com o propósito de agredi-lo, vendo-se este obrigado a fugir pela porta dos fundos do Tribunal para evitar a agressão.¹

A história acima é verdadeira. Com ela, objetiva-se ressaltar a necessidade de a importação de institutos estrangeiros ser feita da maneira mais cuidadosa possível, não se podendo ter a ilusão de que todos os institutos possam ser aplicados com êxito em todos os países. Se tal facilidade existisse, a Justiça funcionaria de forma muito melhor em todo o mundo. Em verdade, não se pode deixar de considerar as semelhanças – e, principalmente, as dessemelhanças – existentes entre os países para que, então, se verifique a viabilidade da aplicação de institutos estrangeiros.

No caso do Brasil, o número cada vez maior de processos em curso tem provocado grande preocupação em todos aqueles que pretendem ver o Poder Judiciário cumprindo a função constitucional de resolver os conflitos de interesses que sejam levados a sua apreciação. Tal missão tem sido, como é de conhecimento geral, prestada de forma muito precária em função de diversos fatores, dentre os quais o enorme número de processos.

É certo que ao acervo processual exagerado se somam outros motivos igualmente importantes na análise do nosso sistema judiciário. A má remuneração dos serventuários da Justiça, a baixa qualidade dos cursos jurídicos, a corrupção endêmica e a falta de responsabilidade social de muitos Magistrados também contribuem para o estado atual das coisas.²

Mas, neste artigo, o que se pretende é enfatizar os seguintes pontos: (i) o exagerado número de processos pendentes de julgamento; (ii) a demora na sua solução; (iii) a necessidade de aplicação de institutos capazes de resolver a crise judiciária atual; (iv) o cuidado que se deve ter na importação de institutos, atentando-se para as diferenças culturais existentes entre os países envolvidos.

Nesse panorama, por força da pequena extensão destas linhas, será feita a análise mais específica do instituto da transação penal, que, para muitos, encontra a sua inspiração no chamado *plea bargaining* norte-americano.³

Veja-se que a importação do *plea bargaining* será utilizada nesta análise apenas com o propósito de exemplificar a influência norte-americana no sistema brasileiro. Não é novidade ressaltar o encurtamento cada vez maior da distância entre os países da *civil law* e os países da *common law*.

1 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 233-234.

2 ARAÚJO, José Aurélio; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana. In: FUX, Ministro Luiz. (Org.). O novo processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69.

3 PRADO, Geraldo. Transação penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 44.

Todavia, tal aproximação, embora salutar, há de ser feita paulatinamente, sem a esperança no sentido de que, de uma hora para outra, os graves problemas que atingem a grande maioria dos países sejam solucionados.

Embora o Brasil tenha herdado a legislação portuguesa a partir das Ordenações Filipinas, sendo inserido, desde o início, no chamado *civil law*, há algumas décadas a influência norte-americana em nosso sistema processual tem se mostrado presente, o que, aliás, é importante para o seu desenvolvimento. Assim como não se podem importar os institutos norte-americanos com os olhos fechados, também não é correto criar um bloqueio no sentido de não os admitir de forma pouco reflexiva.

Nesse sentido, apenas para contextualizar o *plea bargaining* como uma das várias influências norte-americanas, é conveniente ressaltar também outras, como a inserção no texto constitucional do princípio do devido processo legal, a adoção das técnicas de proteção coletiva dos direitos e interesses supraindividuais, a criação dos Juizados de Pequenas Causas (hoje denominados Juizados Especiais) e, ainda, o prestígio cada vez maior a ser dado à jurisprudência.

Feita essa pequena introdução, com o propósito de fundamentar a preocupação já externada quanto à importação dos institutos estrangeiros, é importante enfatizar a ideia de que o Direito é mesmo um saber local, conforme há muito sustentado por Clifford Geertz. É que o Direito, como conjunto de regras regedoras de uma sociedade em busca do bem comum, depende do tempo e do local onde ele é observado.

Clifford Geertz – um dos maiores antropólogos de todos os tempos –, em sua obra *Local knowledge: further essays in interpretative anthropology*, traduzida para a língua portuguesa, trata das diferentes culturas, tendo como base as civilizações de Java, Bali e Marrocos, ressaltando, de forma muito inteligente, que a compreensão de nós mesmos e a compreensão dos outros são influenciadas pelo intercâmbio entre as formas culturais.⁴

Nesse sentido, Bianca Garcia Neri ensina que:

o comparatista não deve se ater apenas ao estudo doutrinário, mas sim estabelecer uma análise comparativa de todo o contexto e características locais, a fim de perceber como se manifestam os institutos dentro de um determinado sistema.⁵

Portanto, a transação penal prevista no nosso ordenamento jurídico, embora possa ter sido inspirada no *plea bargaining*, não pode ser pensada como se estivéssemos em solo norte-americano e, muito menos, aplicada como se os seus destinatários fossem norte-americanos que vivenciassem a realidade norte-americana, cuja diferença com a nossa realidade brasileira é inquestionável e percebida até pelos mais distraídos.

4 GEERTZ, Clifford. O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa. Petrópolis: Vozes, 2012.

5 NERI, Bianca Garcia. Federalismo brasileiro e norte-americano: uma perspectiva comparada. In: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário; LIMA, Roberto Kant (org.). O judiciário dos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas. Curitiba: CRV, 2015, p. 253.

Veja-se, para enfatizar em nível constitucional as nossas diferenças gritantes, que a Constituição norte-americana é de 1787, possui 7 artigos e sofreu 27 emendas. A atual Constituição brasileira é de 1988, possui 250 artigos e, até julho de 2016, sofreu 92 emendas, não sendo pessimismo infundado supor que muitas outras emendas serão feitas, ainda mais neste período de mudança política decorrente do *impeachment* presidencial ocorrido há pouco.

O *plea bargaining* norte-americano e a transação penal partem da premissa segundo a qual é salutar a solução do processo sem o enfrentamento do mérito do conflito de interesses propriamente dito. São muitos os fatores que sugerem tal medida, destacando-se, dentre eles, a celeridade e a não interposição de recurso, já que, ao menos no campo das ideias, há um acordo justo decorrente da livre manifestação dos envolvidos.

Segundo José Carlos Barbosa Moreira, “há quem pense que, se todos os processos penais tivessem de chegar até o *trial*, a máquina judiciária norte-americana sofreria verdadeiro colapso,” o que torna, em alguma medida, compreensível a afirmação já feita pela Suprema Corte daquele país no sentido de que o instituto do *plea bargaining* é essencial ao funcionamento da Justiça penal dos Estados Unidos.⁶

Sob o ponto de vista matemático, é totalmente aceitável a afirmação de que o sistema norte-americano entraria em colapso sem o *plea bargaining*. A conta é muito simples. As pesquisas informam que nada menos do que 96% dos processos norte-americanos são encerrados sem atos cognitivos do Juiz. Por isso, se o sistema norte-americano atual funciona com um pequeno número de julgamentos (cerca de apenas 4%), é evidente que não teria condições de absorver um número tão expressivo de processos a serem julgados.⁷

Mas por que são distintos a transação penal e o *plea bargaining*?

Um esclarecedor caminho para traçar as diferenças entre os citados institutos é observar os seus personagens. Em outras palavras, é importante realçar os papéis do Juiz, do acusador, do defensor e do réu em ambos os sistemas, sendo certo que será possível perceber as gritantes diferenças entre os sistemas em destaque.

Não é novidade lembrar que a atuação do Juiz na condução do processo, sobretudo no que tange à produção probatória, muito bem revela o sistema em que ele está inserido. No sistema norte-americano, tem-se um Juiz inerte, quase desinteressado no processo, cuja papel praticamente se reduz a fiscalizar o desenvolvimento dos trabalhos. No sistema brasileiro, é possível que o Juiz tenha atuação determinante na produção das provas.

É certo que o Juiz norte-americano se coloca diante de uma situação social bem distinta daquela que é apresentada ao Juiz brasileiro, o que explica a razão de o número de processos atingidos pelo *plea bargaining* ser muito expressivo, conforme os dados acima já aludidos.

6 MOREIRA, op. cit., p. 227.

7 BISHARAT, George. Palestra parte 3. III seminário internacional do InEAC. Rio de Janeiro: UFF, fev. 2013.

No Brasil, a situação é outra. Não se desconhece o fato de muitos operadores do Direito aderirem ao chamado *garantismo penal*, inspirados em um dos aspectos da obra de Luigi Ferrajoli. Segundo tal ótica, caberia ao Juiz deixar que as partes produzissem as provas que pudessem, sem haver intromissão do Magistrado nesse aspecto. Assim, não haveria nada de estranho em transformar o processo em verdadeiro *vale-tudo*, deixando as partes livres para buscar o reconhecimento de seus direitos.

Nesse aspecto, Afrânio Silva Jardim tem demonstrado preocupação afirmando que “no processo penal pátrio, já se encontra alguma influência do sistema processual penal dos Estados Unidos, falando-se de um processo adversarial, o que leva ao que chamamos de fundamentalismo do sistema acusatório”.⁸

No que tange ao acusador, as diferenças existentes entre os Estados Unidos e o Brasil são ainda mais perceptíveis. Na maioria esmagadora dos estados norte-americanos, o *prosecutor* é eleito para mandato de 4 anos, o que apenas não ocorre em New Jersey, Connecticut, Rhode Island e Delaware, locais em que o provimento ocorre por nomeação. No Brasil, como é de conhecimento geral, os integrantes do Ministério Público, por força de norma constitucional, são submetidos a rigoroso concurso de provas e títulos e, uma vez nomeados, gozam de garantias, dentre as quais a vitaliciedade (art. 128, § 5º, I, *a*, e art. 129, § 3º, ambos da CF).

Não é preciso muito esforço para concluir que são bem distintas as perspectivas dos acusadores norte-americanos e brasileiros. O elemento político inserido no contexto norte-americano impõe um esforço ao *prosecutor* que não existe no Brasil. O acusador eleito presta contas à sociedade e, em muitos casos, utiliza a sua atuação como trampolim para atingir outros cargos eletivos. O número de vezes em que obtém o *plea bargaining* é importante porque passa a impressão de que o *prosecutor* teve atuação efetiva. De seu lado, no Brasil, o acusador não tem a mesma preocupação, o que em muito distingue a sua atuação.

Quanto à atuação do defensor norte-americano, também é possível perceber a sua predisposição para aceitar o *plea bargaining* e para incentivar o seu cliente a aceitá-lo. Alguns fatores contribuem neste sentido. É que, em regra, os honorários são cobrados ao início do processo. Logo, interessa ao defensor resolver o processo o quanto antes, sem maiores delongas. Além disso, o acordo evita o risco do julgamento propriamente dito, o qual, por sua própria natureza, pode ensejar ao réu a aplicação de sanção muito gravosa, o que pode ser evitado com o *plea bargaining*.

Convém salientar que, nos Estados Unidos, é conhecida a figura dos *cop-out lawyers*, que são advogados especializados na realização de acordo com a acusação. Muito deles sequer já participaram de algum júri, o que lhes torna cômodo orientar seu cliente para aceitar a proposta acusatória, já que não se sentem suficientemente seguros para enfrentar o julgamento.

No Brasil, a grande massa de pessoas que são levadas a juízo para responder pela prática de

8 JARDIM, Afrânio Silva. Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>>. Acesso em: 15 jul. 2016

alguma infração que admita a transação penal é composta de miseráveis. A pobreza da população é demonstrada claramente em juízo. Tal aspecto revela a máxima importância da nossa Defensoria Pública, sem a qual, nos dias de hoje, ficariam inviáveis os trabalhos nos juízos criminais.

Muito ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano, os nossos Defensores Públicos, por força de norma constitucional, são selecionados em rigoroso concurso público de provas e títulos, o que, por si só, lhes confere autoridade intelectual compatível com o órgão acusador. Além disso, o valor que recebem mensalmente por sua atuação não guarda qualquer relação com o número de processos em que atuem. Os seus assistidos não lhes pagam honorários e os Defensores Públicos brasileiros não têm, ao contrário de seus colegas norte-americanos, qualquer interesse pessoal em tornar o mais curto possível o trâmite processual (art. 134, § 1º, CF).

A situação do réu norte-americano é muito diferente da situação do acusado brasileiro. A amplitude do *plea bargaining* confere a percepção no sentido de que, uma vez ocorrendo o julgamento, o acusado fica em situação verdadeiramente vulnerável. Veja-se que o acusador, dependendo do caso, sequer fica limitado aos limites impostos pela moldura penal alusiva ao delito, em tese, praticado. Isso ocorre no chamado *charge bargaining*, no qual as possibilidades de alteração da imputação são praticamente ilimitadas.

Vale recordar o caso *Bordernkirsher vs. Hayes*. Neste episódio, o Ministério Público ofereceu ao réu uma pena de 5 anos de prisão pelo fato de ele ter falsificado um cheque no valor de oitenta e oito dólares e trinta centavos. Para convencê-lo a aceitar a sua proposta, o acusador ressaltou que, caso não concordasse com o *plea bargaining*, em razão da sua reincidência, proporia a aplicação de uma pena de prisão perpétua. A Suprema Corte norte-americana, de maneira excepcional, declarou inválido o *plea bargaining*, por considerar que, nesse caso específico, a adesão do réu ao acordo não foi voluntária, tendo ocorrido verdadeira ameaça acusatória.⁹

No Brasil, a situação é outra. A transação penal não tem a mesma extensão do *plea bargaining*, seja no que atine aos delitos que a admitem, seja no que se refere à atuação do Ministério Público. O legislador constitucional limitou a aplicação da transação penal àquelas infrações de menor potencial ofensivo, as quais foram definidas pelo legislador ordinário como sendo as contravenções penais e os crimes com pena até dois anos de prisão (art. 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9099/95).

O acusado brasileiro fica muito mais à vontade para se manifestar quanto à transação penal quando percebe que o *Parquet* não pode extrapolar a moldura legal da imputação, quando informado de que se trata de um benefício cuja aceitação não significa o reconhecimento de sua culpa e, por fim, quando sabe que a proposta, por força de lei, apenas pode se referir à aplicação de uma pena restritiva de direito ou de multa (art. 76 da Lei 9099/95).

Diante dos aspectos expostos até este momento, a conclusão à qual se chega é no sentido de que a comparação entre a transação penal e o *plea bargaining* apenas serve para realçar profundas

9 COUTO, Ana Paula Branco Machado. A transação penal nos juizados especiais criminais e a *plea bargaining* nas small claim courts - uma análise comparada. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro, UNESA, 2013, p. 49.

diferenças. Cabe registrar que os personagens envolvidos – Juiz, acusador, defensor e acusado – atuam em circunstâncias completamente díspares.

Em linhas gerais, pode-se afirmar o seguinte: o Juiz norte-americano tem atuação discreta, enquanto o brasileiro pode (em verdade, deve) ter atuação efetiva na produção das provas; o acusador norte-americano, sem qualquer dúvida, tem preocupações políticas que caracterizam a sua atuação, ao contrário do brasileiro; o defensor norte-americano não tem interesse no julgamento, seja por questão de celeridade, seja pelo seu despreparo, o que não ocorre com o brasileiro; o réu norte-americano tem medo das (quase ilimitadas) possibilidades acusatórias, enquanto o brasileiro sabe os limites da resposta penal que lhe pode ser imposta, caso não haja acordo.

Feitos tais registros, convém verificar a compatibilidade do *plea bargaining* e da transação penal, respectivamente, com as constituições norte-americana e brasileira, sem que se pretenda, evidentemente, esgotar o tema por força da limitada abrangência deste artigo.

Quanto ao sistema norte-americano, é preciso ressaltar que o *plea bargaining* teve a sua constitucionalidade questionada em diversas ocasiões, sendo certo que a Suprema Corte dos Estados Unidos sempre reconheceu a compatibilidade do aludido instituto com a sua constituição.

Cabe registrar a afirmação feita pela Suprema Corte estadunidense no caso *Santobello vs. New York*:

Se todas as acusações criminais fossem submetidas a um julgamento completo, os Estados e o Governo Federal precisariam multiplicar por muitas vezes o número de juízes e de fóruns, e o *plea bargaining* protege a sociedade dos acusados que tendem a continuar a conduta criminal mesmo quando em liberdade provisória anterior ao julgamento. (tradução nossa)¹⁰

Como é sabido, a constituição norte-americana possui apenas 7 artigos e 27 emendas, justificando-se a existência de pouco dispositivos com a sistemática própria do *common law*, de acordo com a qual têm destaque os precedentes jurisprudenciais.

Mas, ainda assim, a constitucionalidade do *plea bargaining* já foi questionada à luz das emendas IV, V, VI e XIV, o que demonstra que se trata de instituto verdadeiramente prestigiado pela Suprema Corte norte-americana. Apenas para exemplificar, cabe destacar o teor da emenda VI.

A aludida emenda assim dispõe:

Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público por um júri imparcial do estado e distrito onde o crime tiver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei; de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer, por meios legais, testemunhas de defesa e de ser defendido por um advogado.

10 If every criminal charge were subject to a full-scale trial, the States and the Federal Government would need to multiply by many times the number of judges and court facilities and that plea bargaining protects public from accused persons who are prone to continue criminal conduct even while on pretrial release.

Portanto, o teor da emenda VI, em uma primeira leitura, revela que o *plea bargaining* seria incompatível com a constituição norte-americana, já que, através de tal instituto, o acusado não é julgado por um júri imparcial e não tem a possibilidade de produzir provas através das quais pretenda ver reconhecida a sua inocência.

Contudo, não se pode negar que a Suprema Corte norte-americana também levou em consideração, para declarar a constitucionalidade do *plea bargaining*, aspectos de ordem prática. Veja-se que, nos anos 60 do século passado, ocorreu a chamada *crime wave*, o que causou a multiplicação por oito do número de crimes, acabando por protagonizar a possibilidade de acordo entre a acusação e o réu, já que inegável o dispêndio de tempo e de dinheiro provocado pela situação.

O reconhecimento da constitucionalidade do *plea bargaining* pela Suprema Corte estadunidense não livrou tal instituto das mais graves críticas por parte da doutrina. José Carlos Barbosa Moreira, em conferência na qual tratou da influência do processo penal norte-americano no sistema brasileiro, abordou as críticas existentes, revelando que há quem trate o *plea bargaining* como *um sórdido processo*. O autor, ao abordar o instituto em destaque, afirma o seguinte:

Contra ele se argumenta, além do mais, que sacrifica o direito do réu de ser julgado por um júri e de não ser condenado senão quando se prove sua culpa, na expressão consagrada, *beyond reasonable doubt*.¹¹

De fato, existem casos norte-americanos em que é flagrante a situação desarrazoada imposta pelo *plea bargaining*. O caso North Carolina vs. Alford é um bom exemplo. Henri Alford foi acusado pela prática de um homicídio de primeiro grau, cuja reprimenda máxima era a pena de morte. Mas, de acordo com a legislação da Carolina do Norte, se o réu se declarasse culpado, a pena seria de prisão perpétua, no caso de homicídio de primeiro grau, e de 2 a 30 anos de prisão, no caso de homicídio de segundo grau. Foi realizado *plea bargaining*, declarando-se o réu culpado e tendo o *prosecutor* feito a acusação pela prática do homicídio de segundo grau. O próprio réu afirmou que apenas concordava com a proposta acusatória porque não desejava ser condenado à prisão perpétua. Todavia, foi imposta a pena máxima pela prática do homicídio de segundo grau, ou seja, 30 anos de prisão.

Naquele caso, o acusado recorreu alegando que a aceitação da culpa ocorreu em decorrência de medo e de coerção, razão pela qual pediu a anulação da aceitação de culpa. O caso chegou à Suprema Corte, a qual manteve o *plea bargaining*, sob o argumento de que havia prova suficiente do crime cuja prática o acusado admitiu. Foi também afirmado que a constituição norte-americana não proíbe a imposição de uma pena de prisão ao réu que não pretende admitir expressamente a sua culpa, mas que, perante difíceis alternativas, está disposto a renunciar ao seu julgamento e a aceitar a pena.

Para finalizar essa abordagem crítica feita pela doutrina ao instituto do *plea bargaining*, por força do seu radicalismo, é importante consignar a afirmação de Roscoe Pound, segundo a qual o

11 MOREIRA, op. cit., p. 233-234.

instituto norte-americano na forma como é aplicado constitui verdadeira *license to violate the law*.¹²

De outro lado, cabe examinar a nossa transação penal, destacando algumas de suas principais características e examinando-a à luz de alguns dos mais significativos princípios consagrados na constituição brasileira, sem que se tenha, por óbvio, a pretensão de esgotar o tema.

Ao contrário do que ocorre no sistema norte-americano no qual o *plea bargaining* é aplicado, inclusive, em crimes graves, a transação penal tem aplicação restrita, basicamente incidindo nas infrações de menor potencial ofensivo, as quais, conforme acima explicitado, abrangem as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima não extrapole o patamar de 2 anos (art. 98, I, da CF, e art. 61 da Lei 9099/95).

Tal peculiaridade – a aplicação restrita do instituto sob análise – parece demonstrar certa preocupação do legislador brasileiro quanto ao acerto da importação do instituto norte-americano ou, em uma perspectiva mais otimista, a sua prudente cautela no sentido de inseri-lo apenas aos poucos no sistema processual brasileiro.

Veja-se que o art. 76 da Lei 9099/95 salienta que, *não sendo caso de arquivamento*, deverá o Ministério Público propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa. Em verdade, o legislador utiliza o verbo *poderá*, e não o verbo *deverá*. Mas sedimentou-se o entendimento segundo o qual o autor do fato tem direito subjetivo à aplicação de tal benefício, caso observados os requisitos legais. Nesse sentido, Geraldo Prado afirma que “a formulação da proposta de transação penal, pelo Ministério Público, quando presentes os requisitos legais, é obrigatória”.¹³

Assim, o acusador deve fazer uma dupla análise: em um primeiro momento, deve investigar a presença da justa causa, ou seja, do mínimo suporte probatório sem o qual ninguém deve ser processado criminalmente; em um segundo momento, havendo justa causa, o acusador deve examinar se estão preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei 9099/95. Em outras palavras, havendo justa causa e estando presentes os requisitos, o Ministério Público está obrigado a propor a transação penal. Lembre-se que, muito ao contrário, no sistema norte-americano, o *prosecutor* tem completa liberdade, podendo, até mesmo, abandonar a moldura penal, em tese, aplicável à conduta praticada pelo acusado.

Além disso – não bastassem a abrangência mais restrita do nosso instituto, a necessária análise da presença da justa causa e o direito subjetivo do autor do fato que cumpre os requisitos legais –, não pode o acusador propor qualquer tipo de acordo, ficando limitado à aplicação de pena restritiva de direito ou de pena de multa. Em contrapartida, conforme exemplos acima citados, o *prosecutor* pode propor, a título de acordo, a aplicação de penas privativas de liberdade gravíssimas.

Curiosa distinção entre os sistemas norte-americano e brasileiro decorre da assunção de culpa

12 BODENHAMER, David J. Fair trial: rights of the accused in american history. Nova Iorque: Oxford, 1992, p. 87.

13 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 77.

por parte do acusado. No sistema norte-americano, o réu tem algumas possibilidades: ele pode declarar-se inocente (*not guilty plea*); ele pode afirmar-se culpado (*guilty plea*); ele pode manifestar desinteresse em impugnar a acusação, embora sem se reconhecer culpado (*nolo contendere plea*). Nas duas últimas hipóteses – que para tal fim se equiparam –, o processo extingue-se de imediato, com a imposição da pena. No Brasil, a situação é bem distinta. O legislador, de forma expressa, dispõe que, aceita a proposta, o Juiz aplicará a pena, que não importará em reincidência. Além disso, a lei prevê que a sanção não constará da certidão de antecedentes do autor do fato e não terá efeitos civis. Em síntese, o autor do fato não confessa a prática do crime (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei 9099/95).

É bem verdade que a prática forense demonstra que a situação não é tão simples na realidade brasileira. Em muitos casos, diante do número sempre enorme de processos, as audiências preliminares são realizadas sob a presidência do conciliador, e não pelo Juiz, o que é expressamente autorizado pelo art. 73 da Lei 9099/95. Ademais, na grande maioria dos casos, o *Parquet* limita-se a formular, apenas por escrito, a proposta de transação penal. Tal conduta é compreensível porque, na maioria dos Juizados Especiais Criminais, é matematicamente impossível contar com a presença do acusador em todas as audiências preliminares. O problema é que, às vezes, não é feito um exame profundo quanto à presença da justa causa, o qual apenas é realizado quando a transação penal é recusada pelo autor do fato e, por isso, o Ministério Público se vê obrigado a oferecer a denúncia. Por vezes, ocorre de o acusador propor, por escrito, a transação penal e, diante da sua recusa, no momento em que os autos lhe são enviados para a elaboração da denúncia, o Ministério Público requer seu arquivamento, reconhecendo a ausência da justa causa.

De outro lado, embora a transação penal não deva produzir qualquer efeito em desfavor do acusado, não é bem isso o que ocorre. Geraldo Prado, em sua obra que trata do tema, faz pertinente comentário no seguinte sentido:

Quem já observou o processo de motoristas de ônibus em Juizados Especiais Criminais sabe que eles não conseguem emprego depois de aceitarem a transação penal. Na perspectiva do trato social e do ponto de vista meramente individual não é válida a assertiva jurídica de que o suspeito não será reconhecido culpado pela infração penal.¹⁴

Feitos os registros acima destacados, a exemplo do que foi feito com o *plea bargaining* à luz da constituição norte-americana, cabe examinar, de forma crítica, a transação penal diante da constituição brasileira, mormente no que diz respeito a alguns de seus princípios. Para tanto, serão examinados, com a extensão que permite este artigo, porque relacionados diretamente com o tema sob análise, os princípios da ampla defesa, do contraditório e da inocência.

A Corte Constitucional alemã, ao abordar a ampla defesa, já teve oportunidade de afirmar que a pretensão não envolve apenas os direitos de informação e de manifestação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver todos os seus argumentos apreciados pelo órgão competente para o julgamento.¹⁵

14 PRADO. Transação penal, 2003, p. 118.

15 FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 524.

A constituição brasileira, aderindo à extensão aludida pelo tribunal alemão acima referido, garante a ampla defesa *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral*, inclusive fazendo menção aos meios e recursos a ela inerentes. Portanto, quando o autor do fato concorda com a imposição de uma verdadeira pena – o art. 76 da Lei 9099/95 utiliza o termo *pena* –, ele abre mão do seu direito de ver ouvidos todos os seus argumentos pelo Juiz. É certo que se pode alegar que a nossa própria constituição prevê a transação penal, mas o dispositivo que a prevê não regulamenta tal instituto. Portanto, é possível questionar a constitucionalidade da transação penal, já que o constituinte previu a ampla defesa e não declinou os casos em que se pode excepcioná-la (art. 5º, LV, e art. 98, I, ambos da CF).

Uma coisa é reconhecer a utilidade prática da transação penal. Seria inviável no Brasil, a exemplo do que ocorre nos Estados Unidos, deixar de aplicar a transação penal nas centenas de Juizados Especiais Criminais espalhados pelo nosso país. Se o acervo processual já é absurdo, a situação pioraria muito com o julgamento de todos os processos que tratam das infrações de menor potencial ofensivo. Mas outra coisa – muito diferente – é aplicar tal instituto de forma acrítica.

O princípio do contraditório, como é de conhecimento geral, também tem sede constitucional. Eugênio Pacelli de Oliveira faz precisa análise.

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.¹⁶

Logo, se a observância do contraditório é exigência constitucional e se ele constitui pressuposto necessário para a realização de um processo justo e equitativo, fica difícil explicar a constitucionalidade de um instituto que, sem observar a aplicação de tal princípio, impõe um pena, ainda que se trate de pena restritiva de direitos ou de pena de multa. Aliás, em verdade, a natureza da pena é indiferente para a revelação de tal inconstitucionalidade. É certo que, sob o aspecto prático, a situação fica bem mais dramática quando se pensa no encarceramento daquele que aceitou o acordo. Mas o fato é que, também à luz do contraditório, a transação penal é de duvidosa constitucionalidade.

Por derradeiro, o princípio da inocência impõe grave reflexão. Há mais de duzentos anos, o art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 dispõe que

todo homem é considerado inocente, até o momento em que reconhecido como culpado e, se for indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário, empregado para efetuarla, deve ser severamente reprimido pela lei. (tradução nossa)¹⁷

16 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 43.

17 Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.

Também de seu lado, o art. 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem, da ONU, de 1948, dispõe que

qualquer pessoa acusada de uma ofensa penal tem o direito de ser considerada presumidamente inocente até que se prove culpada, de acordo com a lei e com um processo público com todas as garantias necessárias para a sua defesa.(tradução nossa)¹⁸

No Brasil, como é de conhecimento de todos, a nossa constituição, de forma taxativa, afirma que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*. Portanto, a transação penal, ao impor ao autor do fato uma pena (repita-se: o art. 76, da Lei 9099/95, utiliza a palavra *pena*), sem que haja a natural produção probatória, com o escopo de abreviar o processo e diminuir o acervo brasileiro, é, no mínimo, de duvidosa constitucionalidade (art. 5º, LVII, da CF).

Para consignar a sua importância, é oportuno lembrar que Tourinho Filho destaca, com todas as letras, que o princípio da inocência *nada mais representa que o coroamento do due process of law*, representando um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre. Portanto, diante de tal magnitude do princípio da inocência, deve-se questionar a possibilidade de o legislador ordinário, para obedecer o comando constitucional que prevê a transação penal, estabelecer um procedimento em que, à luz da presença de mera justa causa, se abandona a presunção de inocência.¹⁹

A propósito, Geraldo Prado menciona curiosa situação que merece lembrança.

Os que estiverem em sala de audiência de um Juizado Especial Criminal podem indagar aos estagiários que estão assistindo à audiência: o que você acha daquele sujeito que acabou de aceitar uma proposta de pena formulada pelo Ministério Público? Que acabou de aceitar uma pena de prestação de serviços à comunidade, durante seis meses, por conta do arquivamento dessa acusação? O estagiário irá responder que ele provavelmente é culpado, porque, se não fosse, não aceitaria a pena. Interrogue-se o suspeito e ele, sinceramente, afirmará a mesma coisa.²⁰

Diante de tudo o que foi exposto neste artigo, a título de conclusão, é importante elencar os pontos mais significativos, nos seguintes termos:

(i) no Brasil, existe um enorme número de processos que devem ser levados a julgamento, o que impõe a adoção de medidas buscando acelerar seu trâmite.

(ii) uma das alternativas é a importação de institutos estrangeiros, cuja aplicação no Brasil deve ser feita de maneira cuidadosa, respeitando-se as diferenças entre os países envolvidos.

18 Everyone charged with a penal offense has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has all the guarantees necessary for his defense.

19 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 61-62.

20 PRADO, Geraldo. Processo penal: leituras constitucionais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 118.

(iii) a transação penal tem inspiração no instituto do *plea bargaining* norte-americano, mas as realidades existentes nos dois países são diversas em pontos fundamentais.

(iv) a atuação dos operadores do Direito - Juiz, acusador, defensor e réu - são muito diferentes nos Estados Unidos e no Brasil, o que não pode ser desconsiderado para a aplicação dos institutos em estudo.

(v) a Suprema Corte dos Estados Unidos já examinou, à luz de alguns dispositivos, a constitucionalidade do *plea bargaining*, deixando clara a sua preocupação no sentido de a abolição de tal instituto gerar verdadeiro colapso no sistema judiciário estadunidense.

(vi) no Brasil, embora não se tenha notícia de o Supremo Tribunal Federal ter declarado a inconstitucionalidade da transação penal, é possível questioná-la à luz de diversos princípios, dentre os quais se destacam ampla defesa, o contraditório e a presunção de inocência.

setembro/16

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, José Aurélio; BODART, Bruno Vinícius da Rós. Alguns apontamentos sobre a reforma processual civil italiana. In: FUX, Ministro Luiz. (Org.). *O novo processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BISHARAT, George. Palestra parte 3. *III seminário internacional do InEAC*. Rio de Janeiro: UFF, fev. 2013.

BODENHAMER, David J. *Fair trial: rights of the accused in american history*. Nova Iorque: Oxford, 1992.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 set. 1995.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. *Lei dos juizados especiais criminais comentada e anotada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COUTO, Ana Paula Branco Machado. *A transação penal nos juizados especiais criminais e a plea bargaining nas small claim courts - uma análise comparada*. Dissertação (Mestrado em Direito). Rio de Janeiro, UNESA, 2013.

FERREIRA, Gilmar Mendes; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Petrópolis: Vozes, 2012.

JARDIM, Afrânio Silva. *Garantismo no processo penal: breve e parcial reflexão*. Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. 14, 2014. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14523>>. Acesso em: 15 jul. 2016

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NERI, Bianca Garcia. Federalismo brasileiro e norte-americano: uma perspectiva comparada. In: DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mário; LIMA, Roberto Kant (org.). *O judiciário dos Estados Unidos e no Brasil: análises críticas e pesquisas comparadas*. Curitiba: CRV, 2015.

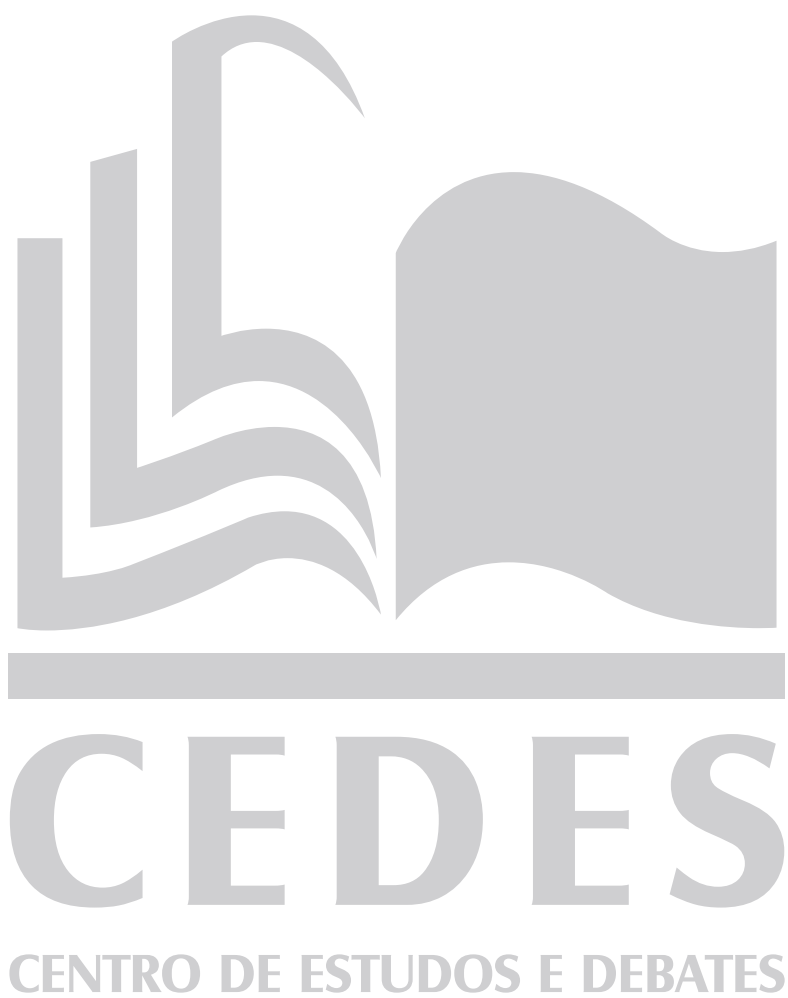
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, Geraldo. *Processo penal: leituras constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. *Transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. _____. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.



OS CÓDIGOS DE PROCESSO PENAL/41 E PROCESSO CIVIL/2015: UMA QUIMERA À LUZ DE UM MANIFESTO ANTROPOFÁGICO

Anderson de Paiva Gabriel¹

RESUMO: O Código de Processo Penal, promulgado em 1940, atravessou várias gerações, estando mutilado pelas sucessivas reformas e destituído de espírito único. O CPC/2015, incorporando a devida constitucionalização do processo em seu bojo, bem como ao estabelecer as normas fundamentais do processo, faz renascer o processo civil, mas também lança luz sobre o processo penal, conferindo-lhe uma sobrevida democrática até que seja editado um novo código. Assim, através da teoria do diálogo das fontes, será inegável a influência principiológica do CPC/15 ao CPP/41, ressaltando-se que já era pleno o reconhecimento da aplicação subsidiária do CPC ao processo penal na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização do processo. Processo penal. Código de Processo Civil.

ABSTRACT: The Code of Criminal Procedure, promulgated in 1940, passed through several generations, being mutilated by successive reforms and devoid of single spirit. The CPC/2015, incorporating the due constitutionalization of process as well as establishing the fundamental norms of the process, revives the civil process, but also sheds light on the criminal process, granting it a democratic survival until it is edited a new code. Thus, through the theory of source dialogue, the CPC/15's main influence on the CPP / 41 will be undeniable, emphasizing that the recognition of the CPC's subsidiary application to criminal procedure in the jurisprudence of the High Courts was already fully recognized.

KEYWORDS: Due constitutionalization of process. Criminal Procedure. New Code of Civil Procedures.

SUMÁRIO: 1. A constitucionalização do processo. 2. O código de processo penal de 1940 como uma quimera. 3. O código de processo civil de 2015: um diploma processual antropófago 4. A aplicabilidade do código de processo civil de 2015 ao processo penal: a árvore processual e o diálogo das fontes. 5. Referências bibliográficas.

¹ Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011).

1. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

A constitucionalização do ordenamento jurídico se expandiu pelo mundo com o fim da Segunda Guerra Mundial, alcançando, como visto, o Brasil em 1988, ano de promulgação da chamada Constituição Cidadã. Foi através desta que o Estado Democrático Brasileiro restou devidamente alicerçado em nossa pátria.

A Constituição Federal, mais do que qualquer outra, além de regular os temas materialmente constitucionais, como a organização do Estado e dos poderes, a forma e regime de governo, assegurou um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, trazendo ainda normas atinentes aos Direitos Civil, Penal, Tributário e Processual.

No tocante ao Direito Processual, torna-se imperioso reconhecer que diante da consagração de inúmeros direitos e garantias tipicamente processuais, revelou-se uma nova conformação ao processo, seja em relação ao processo civil ou penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), adequada ao Estado Democrático de Direito. Os juristas, atentos aos efeitos expansivos dos enunciados constitucionais, passaram a reconhecer-lhes uma supremacia material e axiológica.

No ponto, não podemos deixar de elencar alguns: inafastabilidade do controle jurisdicional (5º, XXXV); Juízo natural (5º, XXXVII); princípio da legalidade e anterioridade da norma penal (5º, XXXIX); devido processo legal (5º, LIV); direito ao contraditório e à ampla defesa (5º, LV); fundamentação racional das decisões e publicidade (art. 93, IX); duração razoável do processo (5º, LXXVIII), princípio da presunção de inocência (5º, LVII); além das garantias do *habeas corpus* (5º, LXVIII), mandado de segurança (5º, LXIX), mandado de injunção (5º, LXXI), *habeas data* (5º, LXXII) e ação popular (5º, LXXIII).

O fenômeno da constitucionalização do processo tornou imperiosa a releitura de diversos institutos, tanto de direito material quanto processuais, reconhecendo-se que vários dispositivos dos Códigos de Processo Civil e Penal simplesmente não foram recepcionados. Há que se repensar, portanto, as normas processuais à luz de uma perspectiva Constitucional, impondo o redescobrimiento da trilogia clássica: Jurisdição, Ação e Processo. Importante destacar que, segundo Rosemiro Pereira Leal:

Conceber jurisdição sem processo é retornar às superstições, às ordálias, ao totalitarismo sacerdotal e dos pretores, porque jurisdição, sem o controle e a disciplinação das garantias históricas e fundamentais do processo moderno, já universalmente normatizadas pelas Constituições de povos relativamente civilizados, é meio retórico de salvação da imagem do judiciário pelo aceno fantasmagórico de justiça rápida e popular.²

Como arremate, invocamos a perspicaz conclusão de Kildare Gonçalves Carvalho:

A constitucionalização do processo impedirá, dessa maneira, que ele seja en-

² LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria geral do processo: primeiros estudos. 7. ed. Porto Alegre: Síntese, 2008, p.43.

tendido tão somente como uma sequência de atos coordenados, passando a se destacar como um sistema de garantia dos direitos fundamentais. Nessa linha de pensamento, há o reconhecimento da supremacia da Constituição sobre as normas processuais, e se concebe a Constituição não apenas como um estatuto jurídico do político ou das atividades estatais, mas como um texto articulador e legitimante de direitos de instituições jurídicas, entre elas o processo e seus princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia, reunidos pelos institutos do devido processo legal.³

No renomado ensaio de Fix-Zamudio, este faz referência a obra de Couture, noticiando a ascensão do – *derecho constitucional procesal*, surgido como – *resultado de la confluencia de otras dos ramas de la ciencia jurídica: el derecho constitucional y el derecho procesal*.⁴ Haveria, na verdade, o surgimento de duas disciplinas: o direito constitucional processual, relativo aos remédios constitucionais (mandado de segurança, mandado de injunção, habeas corpus e habeas data), e o direito processual constitucional, responsável pela análise das normas e princípios processuais sob o prisma constitucional, ante a pena de inconstitucionalidade ou mesmo não-recepção.

Assim, o processo no Estado Democrático de Direito não se satisfaz com o regular e formal acesso à Justiça, demandando que se proporcione uma tutela procedimental e substancialmente justa a quem quer que necessite, levando a uma nova dimensão do devido processo legal, hoje encarado como “processo justo”⁵. Há que se buscar, portanto, o modelo constitucional do processo, isto é, “o conjunto de princípios e regras constitucionais que garantem a legitimidade e a eficiência da aplicação da tutela”.⁶

A constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais se solidificaram na jurisprudência dos tribunais constitucionais e nas cortes internacionais de direitos humanos, cabendo ressaltar a importância da Corte Europeia e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, as quais consagraram a efetividade da tutela jurisdicional como direito fundamental, elencando garantias fundamentais para o processo, que se espraiaram pelo ordenamento de todos os países que primam pelos direitos humanos, considerando-os como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito⁷.

3 CARVALHO, Kildare Gonçalves. Processo Constitucional. In: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, v. 11. Belo Horizonte, 2005, p.15 et seq.

4 FIX-ZAMUDIO, Héctor. El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, a. X, vol. 30, Ciudad Del México, 1977, 315.

5 GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. Revista Jurídica, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003, p.61; O princípio do contraditório. In: Estudos de direito processual. GRECO, Leonardo (Coord). Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005; A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ, n° 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília, pp.20-27.

6 THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. Revista de Processo, v. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.108.

7 CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil. Milano: Giuffrè, 1973, p.661 et seq.; COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionali e ‘giusto processo’ (modelli a confronto). In: Revista de Processo, v.90. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp.95-150; COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. Lezioni sul Processo Civile, 5. ed., Bologna: Mulino, 2011, cap.3;

Baracho aduz que: “o processo constitucional é a metodologia de garantia dos direitos fundamentais”⁸, qualificando o disposto no art. 24.2⁹ da Constituição Espanhola de 1978 como “síntese de pressupostos e cláusulas constitucionais de defesa da cidadania considerada processualmente”. Saliante-se que o citado dispositivo é apontado como uma das prováveis fontes de inspiração da nossa Constituição Federal¹⁰. Essas garantias consubstanciam o devido processo legal, instituído também pelas Emendas 5^a e 14^a da Constituição americana, ou o denominado processo justo, na concepção da Convenção Europeia de Direitos Humanos e do artigo 111 da Constituição italiana.

Esse arcabouço garantístico foi acolhido pelo ordenamento brasileiro, e nele se destaca o princípio do contraditório. Corroborando esse entendimento, imperioso trazer à baila insuperáveis lições de Leonardo Greco:

Talvez a mais importante dessas garantias, porque ela própria engloba diversas outras, é a garantia do contraditório, consagrada no inciso LV do artigo 5^o da Constituição Federal. Contraditório como implementação no processo judicial do princípio político da participação democrática ou da chamada democracia participativa. Contraditório como a garantia que assegura aos sujeitos parciais do processo a mais ampla possibilidade de influir eficazmente em qualquer provimento jurisdicional, especialmente o provimento jurisdicional final, submetendo à cognição do juiz todas as alegações e provas que possam contribuir para essa influência. Contraditório como influência com paridade de armas.¹¹

A renovação da ordem jurídica tornou-se indispensável, evidenciando a necessidade de se “reinterpretar o Direito pátrio como um todo, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, o que pressupõe uma atividade interpretativa da própria Lei Fundamental”¹².

Visualiza-se, assim, uma dupla atuação da Constituição sobre o processo¹³, garantindo, de um

Serge Guinchard et alii, *Droit processuel – droits fondamentaux du procès*, 6. ed., Dalloz, Paris, 2011; M. MORELLO, Augusto. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*, La Plata-Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

8 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p.40.

9 “Asi mismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos. a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.” Disponível em <http://www.boe.es/boe/dias/1978/12/29/pdfs/A29313-29424.pdf>, acesso em 22 jan. 2017.

10 BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

11 GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 3-4.

12 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005, p.29.

13 MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.991.

lado, a concretização de seus valores no exercício da atividade jurisdicional por meio de remédios processuais idôneos; e, de outro, legitimando a própria ordem constitucional, em razão da existência de um processo justo e adequado.

Neste cenário, expandiu-se e consolidou-se uma nova consciência jurisdicional, calcada primordialmente na efetividade dos direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados,¹⁴ que, no entanto, parece alcançar nova dimensão com a promulgação do novo Código de Processo Civil.

Surge, assim, a necessidade de um reexame do processo penal à luz das normas fundamentais do CPC/2015, englobando a conduta das partes e a própria figura do juiz, a fim de redimensioná-lo, adequando-o ao dinamismo vivenciado pelo Brasil globalizado.

Emerge dessa visão contextualizada a jurisdição contemporânea, prestada através do processo justo, tendo por traço distintivo o contraditório participativo, através do qual os personagens do processo interagem, cooperam e dialogam, influenciando na convicção do julgador e permitindo a formação dialética da melhor decisão, ao mesmo tempo em que a legitimam, tornando-a digna à luz do Estado Democrático de Direito.

2. O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1940 COMO UMA QUIMERA

Se o nosso Código de Processo Civil (Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973) havia se tornado um *Frankenstein*¹⁵, violado em sua essência e desprovido de um espírito, em razão da CRFB/88 e de diversas reformas, o CPP (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941) é uma verdadeira *Quimera*¹⁶ (criatura mitológica com cabeça e corpo de leão, com duas cabeças anexas, uma de cabra e outra

14 GRECO, Leonardo. Novas Perspectivas Da Efetividade e do Garantismo Processual. In: Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.) FEIJÓ; Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.

15 Trata-se de figura literária consagrada na cultura mundial, alicerçando-se na obra de Mary Wollstonecraft Shelley (1797-1851), mais conhecida por Mary Shelley, escritora britânica. No Brasil, pode ser encontrada a tradução na seguinte obra: SHELLEY, Mary. GOETTEMS, Doris (tradutor). Frankenstein. Ed. Landmark, 2016.

16 BULFINCH, Thomas. O Livro de Ouro da Mitologia – Histórias de Deuses e Heróis. 12ª edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000, pp.152-155. A figura mítica faz parte da mitologia greco-romana, integrando a história do herói Belerofonte, que junto com o cavalo alado denominado Pégaso, conseguiu derrotá-la. Segue trecho da obra citada, narrando de forma sucinta o mito: “A quimera era um monstro horripilante, que expelia fogo pela boca e pelas narinas. A parte anterior de seu corpo era uma combinação de leão e cabra e a parte posterior, a de um dragão. Causava grandes estragos na Lícia, de sorte que o rei do país, Iobates, procurava um herói para destruí-la. Naquela ocasião, chegou à sua corte um jovem e bravo guerreiro, chamado Belerofonte, que trazia carta de Proteu, genro de Iobates, recomendando-o em termos calorosos como um herói invencível, mas acrescentando, no fim, um pedido ao sogro para matá-lo. O motivo disso é que Proteu tinha ciúme de Belerofonte, por desconfiar de que sua esposa, Antéia, nutria demasiada admiração pelo jovem guerreiro. Ao ler as cartas, Iobates ficou hesitante, não querendo violar as regras de hospitalidade, mas desejoso de satisfazer a vontade do genro. Teve, então, a idéia de mandar Belerofonte lutar contra a Quimera. Belerofonte aceitou a proposta, mas antes de entrar em combate, consultou o vidente Pólido, que o aconselhou a recorrer, se possível, para a luta, ao cavalo Pégaso. Para esse fim, jovem deveria passar a noite no templo de Minerva.

de dragão, cauda de serpente e asas).

A analogia se faz necessária, pois ainda havia alguma harmonia no CPC/1973, enquanto o Código de Processo Penal afronta a razoabilidade, consistindo num diploma oriundo da década de 40, em que vigorava a “Polaca”, e que ainda atravessou uma ditadura militar e a redemocratização.

Assim, prosseguindo na metáfora, enquanto o CPC/1973 era um *Frankenstein*, deformado por ser constituído de partes de diferentes cadáveres humanos (gize-se a natureza humana de todos os membros) o CPP/41 pode ser considerado uma *Quimera*, cujo corpo engloba membros de vários animais, completamente distintos entre si.

Evidente, portanto, que no âmbito do processo penal a situação é ainda mais dramática. A tentativa de adaptá-lo às diferentes realidades que o diploma atravessou, levou a promulgação de um sem-número de leis com o fim de efetivar reformas pontuais, acarretando o desvirtuamento do diploma legal e um infindável número de contradições e antinomias.

Aliás, há que se reiterar que o CPP possui em seu seio, inclusive, conflito de ideologias. Há que se registrar que o Código nasceu durante a Era Vargas, atravessou o populismo de João Goulart, a ditadura militar e a redemocratização, permanecendo vigente até os dias de hoje.

Lamenta-se que, no âmbito do processo penal, ainda façamos uso de um código nascido em 1941, o que num paralelo científico se equipararia ao código de processo civil de 1939, sendo que este que já havia sido suplantado em 1973.

Agora somos brindados com mais um Código de Processo Civil, através da Lei 13.105/2015. Enquanto isso, inúmeras tentativas de reformulação do processo penal fracassaram, tais como as que foram capitaneadas por Hélio Tornagui e Frederico Marques, ressaltando-se que o projeto de CPP encaminhado em 2009 (PL 56/2009¹⁷) continua parado.

Nesse sentido, o reexame do vetusto código à luz da Constituição Cidadã se faz ainda mais imperiosa, demandando não só a realização de verdadeira filtragem constitucional, mas também a readequação dos artigos recepcionados e harmonização com os dispositivos inseridos por leis extravagantes.

Assim fez Belerofonte e, enquanto dormia, Minerva procurou-o e entregou-lhe uma rédea de ouro, que se encontrava na mão do jovem quando ele despertou. Minerva mostrou-lhe, também, Pégaso bebendo água no poço de Pirene, e, mal avistou a rédea dourada, o cavalo aproximou-se docemente e se deixou cavalgar. Nele montado, Belerofonte elevou-se nos ares, não tardou a encontrar a Quimera e obteve uma fácil vitória sobre o monstro. Depois de vencer a Quimera, Belerofonte foi exposto a novos perigos e trabalhos por seu pouco amável hospedeiro, mas, com a ajuda de Pégaso, triunfou em todas as provas, até que Iobates, vendo que o herói era particularmente favorecido pelos deuses, deu-lhe sua filha em casamento e tornou-o seu sucessor no trono. Afinal Belerofonte, por seu orgulho e presunção, incorreu na ira dos deuses; chegou, segundo se conta, a tentar voar até o céu em seu corcéu alado, mas Júpiter mandou um moscardo atormentar Pégaso. O cavalo atirou no chão o cavaleiro, que, em consequência, se tornou coxo e cego. Depois disso, Belerofonte vagou pelos campos aleanos, evitando o contato dos homens, e morreu miseravelmente.”

17 Andamento disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/89655> acesso em 20 dez.16.

Com tal desiderato, ganha relevo a atuação do juiz, já que o poder judiciário é o principal pilar do Estado Democrático de Direito, devendo garantir os direitos fundamentais insculpidos na nossa Carta Magna.

O jurista belga François Ost¹⁸ afirma que o magistrado democrático deve, no seu atuar, inspirar-se também no Deus Grego Hermes, patrono das comunicações, zelando por um contraditório verdadeiramente participativo¹⁹. Tanto a concepção napoleônica de julgador, caracterizada pela postura passiva e na qual este é tido como simples “boca da lei”, quanto a figura desarrazoadamente ativista, típica do Estado Social, restam superadas.

Virtus in medium est! A virtude está no meio-termo, no equilíbrio garantista que permite a legitimação democrática das decisões judiciais, ainda que contramajoritárias.

Assim, conscientes de sua missão ética, e gerindo processos efetivamente justos, os magistrados podem se transformar em instrumento de uma justiça socialmente equilibrada e equitativa, hábil a ampliar os espaços de democracia real.

18 OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez. In: DOXA, n^o 14, 1993. pp. 169-194. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>, acesso em 20 ago. 2015.

19 Sobre o assunto, Lenio Luiz Streck: “[...] Uma discussão que atravessa os anos institucionalizou os modelos de juiz, como sendo Júpiter, Hércules, Hermes, a partir de um conhecido texto de François Ost (1993, p.170-194), em que o professor belga propõe uma espécie de juiz pós-moderno-sistêmico (Hermes) que atuaria em rede e superaria, com grande vantagem, os “modelos anteriores”. Com efeito, para Ost, basicamente a teoria do do direito trabalha com dois modelos de juiz, que também simboliza (ria)m “modelos de direito” (Júpiter e Hércules). Consequentemente, simbolizaram também os modelos de jurisdição. O primeiro representaria o modelo liberal-legal, de feição piramidal-dedutivo, isto é, sempre dito a partir do alto, de algum “Monte Sinai”; esse direito adota a forma de lei e se expressa em forma de imperativo, vindo a ser representado pelas tábuas da lei ou códigos e as Constituições modernas, sendo que dessa parametricidade é que são deduzidas as decisões particulares. Já o modelo herculeano está sustentado na figura do juiz, que seria a única fonte do direito válido. Trata-se de uma pirâmide invertida, no dizer de Ost. É Dworkin quem, no dizer do autor, ao revalorizar até o extremo a figura do juiz moderno, atribui-lhe as características de Hércules. Embora diga que não pretende “equiparar” a tese de Dworkin aos realistas ou pragmatistas, Ost termina por colocar no Hércules dworkiano os “defeitos” que caracterizariam o juiz “monopolizador da jurisdição” no modelo de direito do Estado Social, em que o direito “se reduz ao fato”, enfim, à indiscutível materialidade da decisão. Esse juiz propiciaria um decisionismo, a partir da proliferação de decisões particulares. Como contraponto, Ost apresenta um tertium genus, o juiz Hermes, que adota a forma de rede; nem um polo, nem dois, isto é, nem a pirâmide e nem um funil, e tampouco a superposição dos dois, senão uma multiplicidade de pontos de inter-relação; um campo jurídico que analisa como uma combinação infinita de poderes, tanto separados como confundidos, amiúde intercambiados; uma multiplicação dos atores, uma diversificação de regras, uma inversão de réplicas; tal circulação de significados e informações não se deixa aprisionar em um código ou em uma decisão: expressa-se sob a forma de um banco de dados. Assim, segundo Ost, o Direito pós-moderno, o direito de Hermes, é uma estrutura em rede que traduz em infinitas informações disponíveis instantaneamente e, ao mesmo tempo, dificilmente matizáveis. Trata-se, em síntese, de uma teoria lúdica do Direito. O juiz Hermes não é nem transcendência nem imanência; encontra-se em uma e outra dialética ou paradoxalmente (uma e outra)”. In: STRECK, Lenio Luiz. O (pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais. Vitória: n. 7, pp.15-45, jan.-jun. 2010.

Nesse diapasão, há que se destacar as ponderações sobre a atividade criativa do aplicador da lei realizadas por Jane Reis Gonçalves Pereira²⁰, ao analisar a natural expansão da atuação do Poder Judiciário na produção jurídica:

A teoria da interpretação constitucional passou por intensa evolução a partir da segunda metade do século XX. Diversos fatores históricos impulsionaram uma participação mais ativa do Poder Judiciário no processo de produção jurídica, tornando anacrônica a hermenêutica jurídica tradicional, a qual concebia a interpretação das leis como mera revelação da vontade legislativa.

Na atualidade, o Direito tem sido entendido como uma obra coletiva, iniciada pelo constituinte, mediada pelo legislador e concluída pelo juiz, que, conciliando as normas jurídicas com a realidade, confere soluções aos problemas concretos[...] A interpretação constitucional compreende um processo de construção. Porém, adotar essa tese não implica afirmar que a atividade criativa do intérprete seja ilimitada ou desprovida de parâmetros. Esta permanece vinculada à Constituição, à experiência jurídica e às regras de linguagem. É também imprescindível que a interpretação seja dotada de coerência, objetividade e capacidade de persuasão...

O reconhecimento de que a interpretação constitucional tem uma irrefragável dimensão criativa e que as insuficiências do sistema normativo autorizam o juiz a, por vezes, buscar a solução além do texto não importa em legitimar o arbítrio ou subjetivismo.²¹

O modelo constitucional de processo tem como escopo fazer com que todas as leis processuais sejam lidas à luz dos valores propalados pela Constituição, conferindo-lhe um espírito único.

O CPC/2015, incorporando a devida constitucionalização do processo em seu bojo, bem como ao estabelecer as normas fundamentais do processo, faz renascer o processo civil, mas também lança luz sobre o processo penal, conferindo-lhe uma sobrevida democrática até que seja editado um novo código.

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015: UM DIPLOMA PROCESSUAL ANTROPÓFAGO

Em março de 2015 foi promulgado o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15). O ministro Luiz Fux, que presidiu a Comissão responsável por sua elaboração, ao proferir palestra aos magistrados do Estado do Rio de Janeiro²², salientou que o grupo, atento à garantia constitucio-

20 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp.499-500.

21 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: *Revista Forense*, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, pp.123-130.

22 A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro deu início, no dia 02 de março de 2015, ao “Congresso Brasileiro sobre o novo Código de Processo Civil”, recebendo o Presidente da Comissão responsável pela criação do anteprojeto do novo CPC, ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux para a palestra “O Código de Processo Civil Democrático”, que foi proferida na EMERJ no dia 02/03/2015.

nal da duração razoável do processo, diagnosticou três grandes problemas em nosso processo, os quais nortearam os debates em busca de soluções e do aprimoramento do processo: o formalismo excessivo, a litigância desenfreada²³ (o CNJ constatou que de cada dois brasileiros, um litiga²⁴) e a prodigalidade recursal. O CPC/2015 buscou, portanto, conciliar as garantias constitucionais, dentre as quais sobressaem o contraditório participativo, a economia processual, a isonomia e a segurança jurídica.

O debate sobre o papel do Estado na resolução dos conflitos levou a uma preocupação com a celeridade, uma vez que esta encontra-se intrinsecamente ligada à efetividade, já que a prestação jurisdicional tardia nada mais é do que uma injustiça travestida de justiça. O novel diploma se fazia necessário não só pelo decurso do tempo como pela flagrante morosidade na prestação da justiça.

Como se não bastasse, após a inserção em nossa Carta Magna, através da EC nº 45/2004, da cláusula pétrea que assegura a razoável duração do processo, o novo Código de Processo Civil se fazia ainda mais urgente, uma vez que com base nos ensinamentos de Konrad Hesse sobre a força normativa da Constituição²⁵, o CPC/1973 estava a caminho da inconstitucionalidade (ou de uma não-recepção).

No ponto, cabe gizar que a demora excessiva na solução do litígio prejudica ambas as partes, causando o chamado dano marginal. Inegavelmente, a parte vencedora é mais prejudicada, contudo, o estado de incerteza prolongada prejudica também o vencido. O réu também tem direito à celeridade do processo, como reflexo não só do direito à tutela jurisdicional efetiva, mas principalmente do direito de defesa e da garantia de não ser submetido ao poder estatal - jurisdicional ou administrativo - por mais tempo que o necessário.²⁶

Cumpre, contudo, esclarecer que direito à duração razoável não é sinônimo de direito à celeridade do processo, já que a busca pela celeridade não pode importar em supressão de direitos e garantias fundamentais ou atropelamento do devido processo legal. Assim, os prazos devem permitir ao autor e ao réu a prática dos atos que estão localizados dentro do direito de influir sobre o convencimento judicial.

As partes têm, em virtude do direito à duração razoável do processo, o direito ao prazo adequado, o qual pode ser extraído do devido processo, isto é, do “processo justo”, relacionando-se in-

23 Justiça em números 2016 - Infográficos: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd-6c94036e22ab.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

24 Justiça em números 2016: ano-base 2015/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbb344931a933579915488.pdf>, último acesso em 28/01/2017.

25 HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

26 CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC, v.1. Salvador: Juspodivm, 2013, pp.73-99.

timamente com o princípio do contraditório, garantido na Constituição Federal brasileira no art. 5º, LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Explique-se. O transcurso do tempo é uma necessidade do juiz, sem o qual ele não pode formar adequadamente a sua convicção, sendo ainda uma necessidade do Estado Democrático de Direito e da garantia de um contraditório participativo, isto é, do direito das partes participarem efetivamente do processo, buscando influir no convencimento do juiz e, assim, legitimar a decisão final, que deverá ser proferida tão somente quando estiver devidamente “amadurecida”.²⁷

Assim, a duração razoável do processo encontra seu ideal no momento em que, asseguradas as devidas garantias processuais, exaure-se o contraditório apto a ensejar a convicção do magistrado, legitimando a sentença a ser proferida e tornando-a digna do Estado Democrático de Direito.

Embora o debate tenha sido centrado no Processo Civil, não há dúvidas quanto a sua plena aplicabilidade em relação ao processo penal. Aliás, com ainda mais propriedade.

Não podemos esquecer do caráter instrumental do processo, ressaltando-se que o direito penal busca tutelar os bens jurídicos mais importantes para nossa sociedade e, com tal mister, o processo penal envolve diretamente a liberdade.

Considerando o encarceramento ou a implícita ameaça deste ocorrer, não há dúvidas de que a duração razoável do processo, ainda que não fosse uma garantia constitucional, se imporá com muito mais razão no processo penal (o que abrange o inquérito policial ou qualquer outro procedimento investigativo).

Portanto, a preocupação do novo Código com a referida garantia deve inspirar também a reinterpretção do processo penal. Nesse diapasão, as soluções encampadas pelo CPC/2015 deverão ser observadas também no processo penal, o que abarca a promoção da solução consensual do processo, o estímulo ao emprego da mediação, o dever de cooperação, a preocupação com a ordem cronológica dos processos, o respeito aos precedentes etc.

O magistrado, enquanto garantidor dos direitos fundamentais e gestor do processo, deve assegurar, também no processo penal, o contraditório na vertente participativa, por ser este traço distintivo do Estado Democrático de Direito.

Curioso notar que o CPC/2015 revela um hibridismo vanguardista entre a civil law, derivado do sistema romano-germânico e no qual nosso direito possui raízes mais profundas, e a common law, oriunda do direito anglo-saxão e cuja influência se fez notar com mais força em nossa CRFB/88 e em nosso modelo de controle de constitucionalidade.

Barbosa Moreira, referindo-se ao CPC/1973, afirmava que:

27 MARINONI, Luiz Guilherme. Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.46-47.

[...] é possível concluir com segurança que, nos alicerces e na estrutura básica, o processo civil brasileiro é fruto genuíno do sistema jurídico romano-germânico. Filia-se, pois, à família a que tradicionalmente se vem aplicando a denominação inglesa de *civil law*, em oposição à de *common law*, pela qual se designa o direito dos países anglo-saxônicos e daqueles que o assimilaram em razão de vicissitudes históricas.²⁸

Destacava, ainda:

Isolados, contudo, até pouco tempo atrás, eram os casos de institutos processuais oriundos de outros sistemas jurídicos que não o dominante no continente europeu. Correlatamente, a doutrina brasileira só costumava abeberar-se na produção científica da Europa continental, com manifesta preferência pela italiana. Para tanto contribuíram vários fatores: entre eles, de modo compreensível, a facilidade de acesso resultante da afinidade linguística, mas também a marca duradoura do justo prestígio firmado em nosso país pelo grande mestre peninsular Enrico Tullio Liebmanm cuja presença no Brasil, por vários anos, foi poderoso catalisador dos estudos processuais entre nós.²⁹

No entanto, o próprio mestre assentava que a paisagem começava a se modificar, com a crescente curiosidade por institutos norte-americanos, acentuando a influência da globalização³⁰.

Por outro lado, defendia que não estava ocorrendo um progressivo deslocamento do processo civil brasileiro para a órbita do *common law*, em razão do distanciamento de notas essenciais do sistema processual brasileiro e do norte-americano, como por exemplo a forte inclinação dos americanos pelos meios conciliatório (*ADR - alternative dispute resolution*)³¹.

28 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: Revista Forense, v. 359. Rio de Janeiro, 2002, p.124.

29 Ibidem, p.125.

30 Idem: “A paisagem começou a modificar-se há cerca de três décadas, com crescente curiosidade em relação a institutos norte-americanos, sobretudo, de início, na área de proteção de interesses supraindividuais, onde passaram a atrair certa atenção figuras como a da *class action*. Seja como for, é indubitável que o peso do universo anglo-saxônico tem aumentado no direito brasileiro, talvez mais noutros campos, agora diretamente alcançados pelas vagas da globalização econômica, mas também no terreno do processo civil. Vejamos alguns exemplos: a) No plano dos princípios, ponto que chama a atenção é a presença inédita até 1988 em texto constitucional, da fórmula “devido processo legal”, tradução quase literal da expressão *due process of law*, de antiga linhagem anglo-saxônica. Viu-se ela inserida no art. 5º, LIV, da vigente Carta da República, onde, do ponto de vista processual, funciona como norma de encerramento, a incidir em casos não cobertos por disposições consagradoras de garantias específicas, como a do contraditório e ampla defesa (LV), a do juiz natural (LIII), a publicidade dos atos do processo (LX) e outras - garantias que, por sinal, não se podem propriamente considerar peculiares ao mundo de *common law*[...]”.

31 Ibidem, p.9: “[...] leva-nos à consideração de outro ponto em que os dois sistemas diferem claramente em seu funcionamento concreto, a saber a forte inclinação dos norte-americanos a fazer uso dos meios conciliatórios – ou, em termos mais genéricos, dos expedientes que se costumam reunir sob a denominação de *alternative dispute resolution* (*ADR*, na conhecida abreviação). Embora os Estados Unidos tenham a fama de ser uma nação litigiosa, vale-se o seu povo com crescente intensidade de negociação, da mediação, da arbitragem e de diversas formas de combinação entre essas figuras, florescendo no país uma quantidade surpreendente, para nós, de órgãos e instituições, que se encarregam de exercer extrajudicialmente tais atividades. Enquanto isso, no Brasil, setores doutrinários atuantes conseguem, sim, que o legislador se mova no sentido de prestigiar os

O questionamento ensejou célebre artigo, cuja conclusão é de imperiosa transcrição:

Em última análise, o que sugere a realidade é que o processo civil brasileiro e o norte-americano se inserem – para empregar expressão vaga, mas talvez insubstituível – em culturas jurídicas distintas. Não significa isso que não possamos servir-nos dos frutos da experiência dos Estados Unidos, tão interessante por mais de um prisma: já o temos feito, e estamos por fazê-lo de novo, se vingarem as propostas da reforma constitucional. Significa, entretanto, a meu ver, que, como até aqui, as importações se limitarão em regra à periferia do sistema, sem penetrar-lhe o âmago. Transplantes mais profundos correrão provavelmente o risco da rejeição. Para o bem e para o mal, o ordenamento pátrio é – e continuará a ser – um rebento da família romano-germânica, e, portanto, de civil law.³²

Quinze anos se passaram desde o predito alerta. Não ousamos discordar de Barbosa Moreira, mas a promulgação e vigência do CPC/2015 podem estar dando azo a um novo tempo. É indubitável que nascemos na família *civil law* e não podemos negar ou esquecer nossas origens. Todavia, apesar da inegável influência familiar no desenvolvimento de um indivíduo, bem como das tradições culturais em que foi criado, chega um momento em que todo ser humano tende a se tornar independente de seus pais, com personalidade própria.

O novo Código de Processo Civil consubstancia a nossa maturidade jurídica, representando o advento de nossa maioridade. Não se trata de um diploma que simplesmente reproduz o que a legislação de outro país, seja da família da *civil law* ou da *common law*, mas que acolhe os ensinamentos e a experiência de cada uma delas, transmutando-os em institutos próprios, numa singularidade peculiar à nossa realidade.

Exemplo disso é o incidente de resolução de demandas repetitivas³³. Trata-se de procedimen-

métodos alternativos, mas até agora nem a doutrina, nem as leis vêm obtendo êxito em desviar para esse canal um volume de litígios comparável, nem mesmo de longe, à torrente dos que deságuam na Justiça”.

32 BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 359. p. 123-130, 2002.

33 CAPÍTULO VIII

DO INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito;
II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.

§ 10 A desistência ou o abandono do processo não impede o exame de mérito do incidente.

§ 20 Se não for o requerente, o Ministério Público intervirá obrigatoriamente no incidente e deverá assumir sua titularidade em caso de desistência ou de abandono.

§ 30 A inadmissão do incidente de resolução de demandas repetitivas por ausência de qualquer de seus pressupostos de admissibilidade não impede que, uma vez satisfeito o requisito, seja o incidente novamente suscitado.

§ 40 É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

§ 50 Não serão exigidas custas processuais no incidente de resolução de demandas repetitivas.

to, previsto pelo novel diploma, que será aplicável quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão de direito com risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. Há grande celeuma doutrinária quanto a origem do instituto no direito comparado, permeando tal discussão a referência aos termos “causa-piloto” e “procedimento modelo”, conforme se faça a alusão a *Group Litigation Order* inglesa e o *Pilotverfahren* austríaco (causa-piloto) ou ao *Musterverfahren* alemão (procedimento-modelo)³⁴. Contudo, o IRDR é um instituto processual brasileiro de inspiração plural³⁵, não se trata de um mecanismo simplesmente importado, como já ocorreu muitas vezes em nossa história, mas sim de incidente genuinamente nacional, que foi criado pelo CPC/2015.

Podemos, aqui, traçar um paralelo com o movimento modernista que marcou nossa literatura, em especial, o “Manifesto Antropófago”³⁶ ou “Antropofágico”. Trata-se de um manifesto literário escrito por Oswald de Andrade, publicado em maio de 1928, que tinha por objetivo repensar a dependência cultural brasileira.

O manifesto foi publicado na primeira edição da Revista de Antropofagia, meio de comunicação responsável pela difusão do movimento antropofágico brasileiro. A linguagem do manifesto era majoritariamente metafórica, contendo fragmentos poéticos bem-humorados e tornou-se a fonte teórica principal do movimento³⁷.

Propunha, basicamente, a devoração da cultura estrangeira e das técnicas importadas e sua reelaboração com autonomia, transformando o produto importado em exportável. O nome do manifesto recuperava uma crença indígena³⁸: os índios antropófagos comiam o inimigo em um ritual, como forma de assimilar suas qualidades.³⁹

34 CABRAL, Antonio do Passo. Comentários ao novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.1417. Ver, ainda, do autor: “o novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas”. Revista de Processo, 2007, vol. 147, pp.123-146 e “A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos”. Revista de Processo, vol. 231, maio/2014.

35 TEMER, Sofia. Incidente de resolução de demandas repetitivas. 1.ed., Salvador: Juspodivm. 2016, pp.65-79.

36 LIMA, Bruna Della Torre de Carvalho. Vanguarda do Atraso ou Atraso da Vanguarda? Oswald de Andrade e os teimosos destinos do Brasil. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11032013-122116/pt-br.php>, último acesso em 22/01/2017.

37 “Só a ANTROPOFAGIA nos une. Socialmente. Economicamente. Filosoficamente. Única lei do mundo. Expressão mascarada de todos os individualismos, de todos os coletivismos. De todas as religiões. De todos os tratados de paz. Tupi, or not tupi that is the question.” Disponível em: <http://www.ufrgs.br/cdrom/oandrade/oandrade.pdf>, acesso em 28 jan.2017.

38 CLASTRES, Pierre. Arqueologia da violência – pesquisas de antropologia política. São Paulo, 2004.

39 No ponto, imperioso traçar alguns esclarecimentos: a antropofagia praticada pelos índios tupis, em especial os tupinambás, assustava os portugueses que colonizaram o Brasil, mas era restrita aos prisioneiros de guerra e considerada uma honraria tanto para o prisioneiro quanto para seus algozes, ensejando o eterno ciclo de vingança tribal próprio da cultura tupinambá. Tanto que, ao contrário do que um europeu julgava natural, um índio prisioneiro não desejava fugir, já que a fuga seria uma desonra imperdoável para sua tribo. Incumbia a esta apenas vingar a sua morte, já que os combatentes valorosos eram justamente aqueles que morriam em solo inimigo. O guerreiro capturado, antes mesmo de sua morte, já estava definitivamente excluí-

Nesse sentido, qualificamos o novo Código de Processo Civil como um diploma processual antropófago por se tratar de um Código genuinamente brasileiro, que traz em seu espírito as idéias provenientes tanto da cultura jurídica romano-germânica quanto da anglo-saxã, isto é, tanto da *civil law* quanto da *common law*, mas sem que se trate de uma simples importação.

No Manifesto Antropofágico, Oswald de Andrade fez uso de teorias de diversos autores e pensadores mundiais, como Freud, Marx, Breton, Francis Picabia, Rousseau, Montaigne e Hermann Keyserling, retomando características dos primórdios da formação cultural brasileira, quais sejam: a combinação das culturas primitivas (indígena e africana) e da cultura latina, formada pela colonização europeia.⁴⁰

Havia, ainda, a preocupação de que houvesse efetiva absorção cultural e não mera utilização de elementos importados, de modo que a cultura brasileira não se tornasse um amontoado de fragmentos de culturas exteriores.

Nesse diapasão, o Manifesto Antropofágico foi um marco no Modernismo brasileiro, pois propôs a alteração da forma com que o brasileiro encarava o influxo de elementos culturais do mundo, ensejando a ascendência de uma identidade nacional e o orgulho da produção cultural própria.

O novel Código, em verdade, também busca assimilar as melhores qualidades de cada uma das tradições, exurgindo em seu bojo institutos próprios e que almejam ser adequados a nossa realidade, tornando-se passível de verdadeira “exportação”, ou seja, de se tornar um referencial para outros países acatarem ao criarem novos diplomas.

Resgata-se, assim, como metáfora, a crença cultural tupinambá, que através da antropofagia ritualística buscava incorporar as qualidades dos inimigos das mais variadas etnias. Pois bem, também nós, com o CPC/2015, buscamos abarcar as virtudes do modelo europeu e do modelo americano, criando um diploma próprio e vanguardista, com espírito único.

Oportuno ressaltar que, tratando das diferenças do *common law* (Americano e Inglês) e do sistema Continental (Romano Germânico), verifica-se que mesmo dentro de cada país é possível encontrarmos modelos híbridos – servindo realmente os modelos puros mais para fins acadêmicos e de pesquisa do que propriamente para refletir a realidade dos sistemas processuais.⁴¹

Contudo, na verdade, assentam-se eles em concepções diferentes da própria justiça e é aqui

do de sua comunidade, e ainda que conseguisse escapar, seria rejeitado pelos líderes de sua aldeia. Ao devorar um inimigo temido, os tupinambás acreditavam que incorporavam sua bravura e habilidades em combate. Assim, pela mesma razão, não comiam a carne daqueles que consideravam covardes, nem de animais como a preguiça, acreditando que isso os tornaria piores na batalha. GUARACY, Thales. A conquista do Brasil. São Paulo: Planeta, 2015, pp.35-57.

40 FREYRE, Gilberto. Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Editora Global, 2006.

41 DAMASKA, Mirjan. I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo. Edizione originale: The faces of justice and State Authority. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002. p.41.

que reside o traço único do CPC/2015, que não só concilia a jurisprudência com os diplomas legais, como funde a busca pela pacificação dos litigantes (*conflict-solving process*) com a implementação de políticas públicas (*policy-implementing process*), sem descuidar da observância das garantias fundamentais processuais.

A nossa maturidade jurídica inaugura uma nova era e nos permite uma concepção brasileira de processo e justiça.

4. A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 AO PROCESSO PENAL: A ÁRVORE PROCESSUAL E O DIÁLOGO DAS FONTES

A partir das premissas dos modernos mestres italianos, como Ferri, Comoglio, Taruffo, Trocker e Varano, entre outros⁴², o processo é visto, necessariamente, sob o prisma constitucional. Se o ordenamento jurídico fosse uma árvore, o direito constitucional seria o tronco e o processo civil seria um ramo ou galho dessa árvore.

Nessa ordem de ideias, a confluência das normas processuais constitucionais com as normas fundamentais previstas no CPC/2015 resulta no ponto em que nasce a copa da árvore e de onde se originam todos os ramos.

Por sua vez, as normas processuais penais, nascidas em sua maioria em 1941, são ramos antigos e, por vezes, já secos e sem vida, num evidente descompasso com o restante da árvore processual. Enquanto isso, as normas emanadas do CPC/2015 brotam e florescem, como se chegassem a primeira primavera, dando vida a densa e robusta copa metafórica.

Evidencia-se, portanto, a notória integração entre os diversos ramos do processo, como resultado de sua origem comum, qual seja, o paradigma processual oriundo de nossa Carta Magna.

Marcelo Cattoni adverte com propriedade:

Assim, no Brasil e cada vez mais em toda parte, a Constituição estabelece um verdadeiro Modelo Constitucional do Processo, estruturante do Direito Processual, que não pode ser desconsiderado, sob pena de inconstitucionalidade e até mesmo de descaracterização do instituto do processo enquanto tal. Nosso controle de constitucionalidade pode dar-se como preliminar de mérito em qualquer processo, cível ou penal, de tal forma que todo cidadão tem o direito de se opor ou de arguir uma inconstitucionalidade e todo juiz ou tribunal, da primeira a última instância, não só pode, mas deve, como atividade típica e função intrínseca à jurisdição brasileira, apreciar a constitucionalidade da lei ou ato normativo de qualquer espécie, negando a aplicação de comando eivado de inconstitucionalidade.⁴³

42 Ver, por todos, TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

43 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo-Panorama doutrinário mundial-segunda série*. 1.ed.Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, pp.615-644.

Outra não é a lição de José Alfredo Oliveira Baracho⁴⁴:

Existem diversas concepções sobre a Teoria ou doutrina geral do processo ou do Direito Processual que parte da sistematização dos princípios, conceitos e instituições comuns a todos os ramos do processo, estudados de maneira unitária, de conformidade com as instituições fundamentais de toda a disciplina processual. Em cada um dos segmentos pertencentes ao campo do Direito Processual, existem matizes e modalidades peculiares que não impedem a existência de direcionamentos gerais. A independência das diversas disciplinas processuais, a respeito do direito substantivo, é relativamente recente, sendo que a distinção se iniciou com o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal, sendo que apenas mais tarde surgiram outros segmentos, como o Direito Processual Administrativo, o Direito Processual do Trabalho, o Direito Processual Agrário e novos segmentos da processualística. Com o tempo apareceu a mais moderna orientação processualística, através do processo constitucional.

Aliás, por oportuno, cabe assentar ser necessária uma desmistificação das distinções envolvendo processo penal e civil. De fato, são muitas as peculiaridades envolvendo cada um dos ramos e não estamos aqui a propor a sua reunificação. Entretanto, a usual alegação de que o processo penal envolve a liberdade e o processo civil o patrimônio, e que por tal razão a distinção entre ambos seria ampla, simplesmente é uma grande falácia.

O processo civil pode envolver a liberdade, como é a hipótese da prisão do devedor de alimentos, enquanto que muitos dos processos penais hoje em dia dificilmente levam a uma pena de prisão. É o caso das infrações de menor potencial ofensivo, cujo contingente é enorme, destacando-se, ainda, que mesmo os crimes apenados com mais de 2 anos de prisão resultam, muitas vezes, em penas restritivas de direito ou pecuniárias, quando não ocorre a suspensão condicional do processo.

Noutro giro, contudo, em diversas ocasiões a questão patrimonial, típica do processo civil, pode levar o indivíduo a um desespero ainda maior do que a restrição temporária de sua liberdade. Ademais, temas essenciais como família, filiação e paternidade tem notório viés publicista.

Ante o exposto, resta evidente que tanto o processo penal quanto o civil, guardadas as suas especificidades, devem ser “justos”, ou seja, há que se zelar pelo respeito aos direitos fundamentais e se assegurar as garantias processuais constitucionais.

Marcelo Lessa Bastos exclama:

Ora, o princípio do devido processo legal não escolhe o ramo do processo para incidir. Deve ter aplicação tanto no processo civil, como no processo penal, e em sua dimensão substantiva, como é de conhecimento geral. E, dentro do ramo do processo em que está sendo aplicado, também não distingue a natureza do direito em questão.”⁴⁵

44 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos. Belo Horizonte: Fórum, 2006, pp.320-322.

45 BASTOS, Marcelo Lessa. A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria

Não obstante a existência de diversos autores negando uma teoria geral do processo⁴⁶, única posição com a qual não concordamos, inegável até mesmo para estes é a influência do processo civil no processo penal, a qual é ratificada pelos tribunais superiores em diversos julgados.

A aplicação supletiva e subsidiária se faz não só por força do disposto no art. 3º do CPP⁴⁷, como também por absoluta necessidade. E esta certamente aumentará com a vigência de um Código de Processo Civil moderno, cujos dispositivos e institutos podem revigorar as anacrônicas previsões do Código de Processo Penal, conferindo-lhe uma unidade interpretativa à luz do devido processo constitucional. Trata-se do diploma de maior relevo do Estado Democrático Constitucional.

Apenas a título ilustrativo, na época em que o nosso Código de Processo Penal entrou em vigor, isto é, em 1941, a máquina de escrever era o que havia de mais moderno e a principal forma de comunicação da população era através das cartas distribuídas pelos correios, enquanto em 2015, data de promulgação do CPC/2015, vive-se a era da informática, com *notebooks*, *smartphones* e *whatsapp*.

A atuação dos juízes, enquanto garantidores dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, é imperiosa para consecução dos valores propalados pela Constituição também no processo penal.

O fenômeno aludido encontra paralelo no processo penal espanhol, conforme aponta Lorenz M. Bujosa Vadell (Catedrático de Derecho Procesal – Universidad de Salamanca):

A parte mais importante da legislação processual penal espanhola é contida basicamente na chamada *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, o nosso Código processual penal centenário, promulgada em setembro de 1882. Foi esta uma lei muito avançada no seu tempo, que instaurou em nosso país o julgamento oral e público, aberto unicamente pela dedução da acusação por alguém diferente do juiz ou tribunal sentenciador, não somente o Ministério Público, também o acusador particular, ou seja, a vítima ou o prejudicado pela infração criminal, e mesmo pelo acusador popular, isto é, qualquer cidadão que defende o interesse geral no processo penal. A regra claramente acusatória e garantista da fase de julgamento não se estendeu na fase precedente, que remanesceu em seus caracteres inquisitórios. No século XX, houve algumas regressões em reformas mais concretas. Mas foi a Constituição de 1978 e, principalmente, com o trabalho gradual do nosso Tribunal Constitucional quando se fez uma releitura do processo penal desde o ponto de vista dos direitos fundamentais, das liberdades públicas e das garantias essenciais, que se avançou para um processo justo.⁴⁸

geral do processo. In: BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). Tributo a Afrânio Silva Jardim - Estudos e Escritos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1. p.389.

46 LOPES JÚNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

47 Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

48 VADELL, Lorenzo M. Bujoso. Direito Processual Penal: novas orientações. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). Teoria Geral do Processo: panorama mundial. v. 02. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010, p.500.

Vadell faz ainda salutar reflexão:

Ainda hoje naturalmente o problema da efetividade das garantias constitucionais de conteúdo processual é uma questão central em qualquer Estado de Direito. Não pode ser de outra maneira também no ordenamento espanhol. A complexa tarefa de constitucionalização não pôde ainda terminar. É uma missão permanente. Temos problemas velhos que não tem ainda uma solução idônea na lei processual penal, e questões relativamente novas que precisam de normas concretas que não podiam ter sido previstas precisamente pela sua relativa novidade.⁴⁹

As normas processuais constitucionais configuram o elemento nuclear de nosso sistema processual, no entorno da qual gravitam todas as demais normas de processo. Há, entretanto, profunda confluência entre as previsões constitucionais e as normas fundamentais do processo previstas no CPC/2015, que não só consolidam aquelas como conferem maior dimensão, razão pela qual devem se espriar pelos demais ramos processuais.

Positivando o caráter central do Código de Processo Civil no direito processual pátrio, o art. 15⁵⁰ determinou a aplicação subsidiária e supletiva do diploma ao processo eleitoral, trabalhista e administrativo quando ocorrer a ausência de normas próprias.

Curiosamente, todavia, a referida norma não faz referência ao processo penal. Contudo, não se trata de silêncio eloquente, já que o próprio CPP, em diversas passagens reconhece a aplicação subsidiária do CPC. Sepultando qualquer dúvida, a doutrina⁵¹ e nossos tribunais superiores também possuem consolidada jurisprudência nesse sentido⁵².

Registre-se que os processos criminais chegaram a ser previstos na redação do dispositivo durante a tramitação, mas, inacreditavelmente, a referência foi suprimida. Portanto, o art. 15 do CPC/2015 deve ser objeto de interpretação extensiva, de forma a abranger o processo penal.

Cabe esclarecer, acolhendo-se as lições de Hermes Zaneti Junior⁵³, que:

49 Ibidem, p.501.

50 Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

51 PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp.10-12; TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, 5. ed., 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2002, p.29.

52 HC 63720/DF, Relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, data do Julgamento 05/10/2006, data da publicação/fonte DJ 13/11/2006 p. 285

53 ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

a aplicação do CPC aos demais processos depende, contudo, de um duplo filtro de adaptação: (a) as normas do CPC não podem estar em conflito com os princípios e a lógica próprias do direito processual que será completado; (b) há necessidade de conformação constitucional no resultado obtido com a aplicação do CPC... Não havendo conflito entre as normas do ramo processual específico e não ocorrendo desconformidade com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal é possível a aplicação.

O art. 3º do CPP admite expressamente o emprego da interpretação extensiva e da aplicação analógica, reconhecendo, ainda, a possibilidade de suplementação pelos princípios gerais do direito. No tocante a estes, grassa alguma controvérsia na doutrina, mas podemos afirmar, com convicção, que abarcam os princípios constitucionais.

Assim, a dignidade da pessoa humana, enquanto fundamento de nossa república, bem como o devido processo legal, o contraditório, a duração razoável dos processos, entre outros direitos fundamentais, devem não só nortear a interpretação de qualquer norma processual penal, como balizar o próprio processo penal.

O CPC/2015 reafirma uma série de princípios de lastro constitucional, como é o caso do contraditório, tornando-lhes normas fundamentais do processo e conferindo-lhes uma dimensão ainda mais ampla (no caso do contraditório, a versão participativa), sendo, portanto, imperiosa a sua aplicação supletiva e subsidiária a todos as demais legislações processuais.

Nesse diapasão, por exemplo, os princípios da boa-fé processual (art. 5º), cooperação (art. 6º), fundamentação adequada (art. 489, §1º) e respeito aos precedentes (art. 489, §1º, V e VI; 926 e 927) devem ser observados em todos os ramos.

Como salienta Hermes Zaneti Junior, “mesmo que o Código de Processo Penal, a legislação eleitoral e o microsistema de processo coletivo não contenham normas sobre precedentes, a regra geral estabelecida no art. 927, que prevê que todos os juízes e tribunais observarão os precedentes, é aplicável para todos estes sistemas”.⁵⁴

O advento do CPC/2015 atrai a invocação do “diálogo das fontes”, permitindo que diversos de seus dispositivos tenham seu campo de aplicação espraiado para outros ramos processuais.

Trata-se de uma teoria pós-moderna, idealizada pelo germânico Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, permitindo que normas gerais mais benéficas supervenientes suplantassem a aplicação de norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

54 ZANETI JR., Hermes. Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal). In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACHELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal. Salvador: Juspodivm, 2016.

A referida autora, ao discorrer sobre a teoria, asseverou ser um método da nova teoria geral do direito muito útil e que pode ser usada na aplicação de todos os ramos do direito, privado e público, nacional e internacional, como instrumento útil ao aplicador da lei no tempo, em face do pluralismo pós-moderno de fontes, que não parece diminuir no século XXI⁵⁵.

A ideia não é nova. Santi Romano, desde 1918, defendia uma visão concreta do direito como um corpo vivo de normas, isto é, uma ordem jurídica seria um fenômeno da vida real⁵⁶. Por sua vez, em 1935, Karl Larenz defendeu que a unidade do direito ensejava uma interpretação sistemática e coerente de normas⁵⁷.

Analisando a evolução jurídica ocorrida desde a ascensão do positivismo até o florescimento do neoconstitucionalismo, Bruno Miragem assevera que:

A neutralidade judicial e sua vinculação estrita ao texto da lei são concebidas como limitação do poder do Estado, e sua ingerência sobre as relações entre particulares exigiu a formação de uma lógica rigorosa, que pressupõe a unidade do sistema normativo e a não contradição entre normas pertencentes ao mesmo ordenamento.... Ocorre que essas soluções ofertadas pela ciência do direito, com expresso objetivo de assegurar sua validade e autoridade frente ao caráter dinâmico das relações da vida sobre as quais deve incidir a norma, perdem atualidade em vista da crescente complexidade da sociedade contemporânea e da afirmação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana como valores superiores do ordenamento jurídico. Esta circunstância, que remonta ao segundo pós-guerra e o constitucionalismo de valores que lhe sucede, determina que a interpretação e aplicação das normas jurídicas se orientam no sentido da realização dos direitos fundamentais.⁵⁸

Erik Jayme, ao analisar o reflexo da cultura da comunicação no direito, afirma que a “solução dos conflitos de leis emerge agora de um diálogo entre as fontes mais heterogêneas...” e que “[...] estas fontes todas não mais se excluem, ou não mais se revogam mutuamente; ao contrário, elas falam uma às outras e os juízes são levados a coordenar estas fontes escutando o que as fontes dizem.”⁵⁹

Assim, o “sistema jurídico pressupõe uma certa coerência – o direito deve evitar a contradição. O juiz, na presença de duas fontes... com valores contrastantes, deve buscar coordenar as fontes, num diálogo das fontes (*Dialog der Quellen*)”⁶⁰.

55 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.18-19.

56 ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002, p.5.

57 KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck, p.65.

58 MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp.70-71.

59 JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne. In: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Haye, Nijhoff, 1995, II, p.259.

60 JAYME, Erik. Direito Internacional e privado e cultura pós-moderna. In: *Cadernos do PPGD/UFRGS* 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003, p. 109.

Cláudia Lima Marques⁶¹ destaca que:

Ao valorar os princípios, normas e o sistema de valores imanentes nas Constituições na lista de direitos fundamentais de cada país, a teoria de Erik Jayme homenageia a lógica de aplicação das leis de Perelman, pois para este autor o direito tem uma função social a realizar, e, portanto, de uma forma realista, não pode ser concebido sem que se leve em conta a sociedade que deve reger.⁶²

Nessa linha de ideias, há que destacar o art. 5º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB)⁶³, que deve balizar a aplicação de todas as leis, e o art. 8º do CPC/2015⁶⁴, que segundo a nossa compreensão, é norma fundamental do processo, alcançando todos os ramos processuais.

Ambos impõem ao magistrado que, ao interpretar e aplicar as normas jurídicas, o faça buscando atender os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, sendo que a norma processual, por ter sido editada já sob a égide da CRFB/88, ainda determina que se procure resguardar e promover a dignidade da pessoa humana, observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência, isto é, valores constitucionais.

O diálogo das fontes deve ser norteado pelos valores constitucionais e pelos direitos humanos ou fundamentais, possibilitando influências recíprocas entre diplomas diversos (por exemplo o CPC/2015 e o CPP), bem como a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente.

Trata-se, portanto, de uma expressão que simboliza um novo paradigma de coordenação e coerência, próprio para a interpretação de normas em tempos de fontes plúrimas. A aplicação do direito é, na pós-modernidade, um fenômeno complexo que dificilmente admite a simples subsunção do fato à norma, como ocorria no período napoleônico.

O diálogo das fontes, portanto, pode ser usado em várias áreas jurídicas, pressupondo que os direitos fundamentais e os valores constitucionais norteiem a aplicação, seja simultânea, complementar ou subsidiária, de várias fontes.

Através de seu emprego, afastam-se eventuais lacunas e até evita-se a necessidade de um exame concreto da inconstitucionalidade de alguma das normas, permitindo a escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas conforme a Constituição.

61 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp.18-19.

62 PERELMAN, Charles. Logique Juridique (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999. P. 175.

63 Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

64 Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Cabe destacar elucidativo trecho sobre a teoria, proferido em acórdão da relatoria do ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁶⁵:

O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça.

Nesse sentido, há que se destacar que os Tribunais brasileiros acolheram plenamente a “teoria do diálogo das fontes”⁶⁶, reconhecendo, inclusive, sua aplicação de forma específica no âmbito processual⁶⁷.

65 AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Órgão Julgador: Primeira Turma, data do julgamento: 23/06/2015, data da Publicação/Fonte DJe 05/08/2015.

66 REsp 1272827 (repetitivo), Relator: Ministro Mauro Campbell Marques DJe 31/05/2013, REsp 1184765 (repetitivo) Relator: Ministro Luiz Fux DJe 03/12/2010, RMS 49370, relator: Ministro Herman Benjamin, 20/05/2016, AgRg no REsp 1483780, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 05/08/2015, REsp 1321614, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino DJe 03/03/2015, AgRg no AREsp 360490, Relator: Ministro Herman Benjamin DJe 07/03/2014, REsp 1216673, Relator: Ministro João Otávio de Noronha DJe 09/06/2011, REsp 1009591, Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI DJe 23/08/2010

67 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. PRECEDENTES. 1. A defesa do executado, seja por meio de impugnação ao cumprimento da sentença (art. 475-M), ou pelos embargos ao título extrajudicial (art. 739-A), é desprovida de efeito suspensivo, podendo o juiz conceder tal efeito se o executado requerer e desde que preenchido os pressupostos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* e, como regra, garantido integralmente o juízo, consoante a nova sistemática do processo satisfativo, introduzida pelas Leis n.ºs 11.232/05 e 11.382/06. 2. A mesma ratio deve ser estendida às Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980), posto receber aplicação subsidiária do CPC (art. 1º, da LEF) e não possuir regra específica acerca dos efeitos dos embargos à execução fiscal. 3. É cedido que: “No atual quadro normativo, a execução fiscal supõe prévia formação do título executivo, mediante procedimento administrativo em que se assegura o contraditório, no âmbito do qual se promove a constituição do crédito tributário e a inscrição em dívida ativa. Ademais, a própria execução fiscal comporta embargos do devedor com efeito suspensivo, se for o caso (CPC, art. 739-A, § 1º)” (AgRg na MC 13249/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, DJ 25/10/2007). 4. Conforme decidiu a 2ª Turma desta E. Corte, no Resp. n.º 1.024.128/PR, Rel. Min. Herman Benjamin: “A novel legislação é mais uma etapa da denominada “reforma do CPC”, conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa ratio, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microssistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do “diálogo das fontes” (DJ. 19/12/2008). 5. Deveras, a aferição pelo Tribunal a quo acerca de serem “relevantes os fundamentos dos embargos, e podendo a execução causar ao executado grave dano de difícil reparação” (fl.88) é insindicável pelo E. STJ, ante o óbice da Súmula 07. 6. Recurso especial não conhecido. (REsp 1065668/SC, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do STJ, data do Julgamento: 25/08/2009, data da Publicação/Fonte: DJe 21/09/2009) (grifado).

Consoante Cláudia Lima Marques:

Como os critérios da escolástica eram três – hierarquia, especialidade e anterioridade -, esta nova visão deve ter “diálogos”: a nova hierarquia, que é a coerência dada pelos valores constitucionais e a prevalência dos direitos humanos; a nova especialidade, que é a ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, entre elas com tempo e ordem nesta aplicação, primeiro a mais valorativa, depois, no que couberem, as outras; e a nova anterioridade, que não vem do tempo de promulgação da lei, mas sim da necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Influências recíprocas guiadas pelos valores constitucionais vão guiar este diálogo de adaptação sistemático.⁶⁸

A autora sustenta serem possíveis três tipos de diálogo entre as variadas leis:

uma lei pode servir de base conceitual para outra, no que seria um “diálogo sistemático de coerência”, em especial se uma lei for geral e a outra especial, bem como se uma for centro do sistema e a outra configurar um microssistema específico; b) uma lei pode complementar a aplicação de outra, quando suas normas, princípios e cláusulas gerais encontrarem uso subsidiário ou complementar, hipótese em que resta afastada a revogação e ab-rogação clássicas (“diálogo de complementaridade e subsidiariedade”); e, por fim, c) o “diálogo de coordenação e adaptação sistemática”, em que ocorrem influências recíprocas entre sistemas, através das quais há a transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos juízes) alcançadas em uma lei para outra.⁶⁹

Como podemos observar, os três diálogos se mostram não só possíveis, como necessários, para um processo penal efetivo e ao mesmo tempo garantista. Imperiosa a leitura do vetusto CPP à luz a Constituição Federal e do vanguardista CPC/2015, já que as normas fundamentais previstas neste propalam justamente os valores previstos na Carta Magna, permitindo uma redemocratização do processo penal.

68 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp.30-31.

69 Ibidem, p.32.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- _____. *Direito processual constitucional: aspectos contemporâneos*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo civil brasileiro entre dois mundos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 359. p. 123-130, 2002.
- BASTOS, Marcelo Lessa. *A prova como realização do direito das partes e o papel do juiz numa teoria geral do processo*. In: BASTOS, Marcelo Lessa (Org.). *Tributo a Afrânio Silva Jardim - Estudos e Escritos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 1.
- BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. *A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos*. Revista de Processo, vol. 231, maio/2014.
- _____. *O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas*. Revista de Processo, 2007, vol. 147.
- _____. *A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de novo Código de Processo Civil*. In: Alexandre Freire; Bruno Dantas; Dierle Nunes; Fredie Didier Jr.; José Miguel Garcia Medina; Luiz Fux; Luiz Henrique Volpe Camargo; Pedro Miranda de Oliveira. (Org.). *Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto de novo CPC*, v.1. Salvador: Juspodivm, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis. *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Giuffrè, Milano, 1973, págs.661/774. In: Revista de Processo, n. 90 ano 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Processo Constitucional*. In: Revista do Instituto dos Advogados de Minas Gerais, v. 11. Belo Horizonte, 2005.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Contribuições para uma teoria discursiva da constituição e do processo constitucional*. In: Fredie Didier Junior. (Org.). *Teoria do Processo-Panorama doutrinário mundial-segunda série*. 1.ed.Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1.
- CLASTRES, Pierre. *Arqueologia da violência – pesquisas de antropologia política*. São Paulo, 2004.
- DAMASKA, Mirjan. *I volti della giustizia e del potere: analisi comparatistica del processo*. Edizione originale: *The faces of justice and State Authority*. Tradução de Andrea Giussani (capitoli III, IV e V) e Fabio Rota (capitoli I, II e VI). Bologna: Società editrice il Mulino, 2002.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El pensamiento de Eduardo J. Couture y el Derecho Constitucional Procesal*. In: Boletín Mexicano de Derecho Comparado, a. X, vol. 30, Ciudad Del México, 1977.
- FREYRE, Gilberto. *Casa Grande e Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. São Paulo: Editora Global, 2006.
- GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo*. Revista Jurídica, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003, p.61; *O princípio do contraditório*. In: Estudos de direito processual. GRECO, Leonardo (Coord). Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005; *A busca da verdade e a paridade de armas na jurisdição administrativa*. In: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal – CEJ, nº 35, outubro-dezembro de 2006, Brasília.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FELJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.

GUARACY, Thales. *A conquista do Brasil*. São Paulo: Planeta, 2015, pp.35-57.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 4 ed. São Paulo: RCS Editora, 2005.

GUINCHARD, Serge (Org.). CHAINAIS, Cécile. DELICOSTOPOULOS, Constantin S. DELICOSTOPOULOS, Ioannis S. DOUCHY-OUUDOT, Méline. FERRAND, Frédérique. LAGARDE, Xavier. MAGNIER, Véronique. FABRI, Hélène Ruiz. SINOPOLI, Laurence. SOREL, Jean-Marc. *Droit Processuel. Droits fondamentaux du process*. 6. ed. Paris: Dalloz. 2011.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

JAYME, Erik. *Direito Internacional e privado e cultura pós-moderna*. In: Cadernos do PPGD/UFRGS 1, n. 1, p. 59-68, mar. 2003.

_____. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. In: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, Haye, Nijhoff, 1995, II.

KRAMER, Ernst A. *Juristische Methodenlehre*. München: Beck.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 7. ed. Porto Alegre: Síntese, 2008.

LIMA, Bruna Della Torre de Carvalho. *Vanguarda do Atraso ou Atraso da Vanguarda? Oswald de Andrade e os teimosos destinos do Brasil*. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Antropologia da Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8134/tde-11032013-122116/pt-br.php>, último acesso em 22/01/2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDONÇA JÚNIOR, Delosmar. Princípio Constitucional da Duração Razoável do Processo. In: ASSIS, Araken de et al. *Direito Civil e Processo: Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRAGEM, Bruno. Eppur si muove: Diálogo das Fontes como método de interpretação sistemática no Brasil. In: MARQUES, Cláudia Lima. *Diálogo das Fontes do Conflito à Coordenação de Normas no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MORELLO, Augusto M. *Constitución y Proceso - la nueva edad de las garantías jurisdiccionales*. La Plata-Buenos Aires: ed. Abeledo-Perrot, 1998.

OST, François. *Júpter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez*. In: DOXA, nº 14, 1993. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/index.htm>, acesso em 20 ago. 2015.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 2. ed. Rio

de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERELMAN, Charles. *Logique Juridique* (reimpressão histórica da 2ª edição de 1979). Paris: Dalloz, 1999.

ROMANO, Santi. *L'ordre juridique*. Reimp. Paris: Dalloz, 2002.

SHELLEY, Mary. GOETTEMS, Doris (tradutor). *Frankenstein*. Ed. Landmark, 2016.

TARUFFO, Michele. COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado. *Lezioni sul Processo Civile*, 5ªed. Bologna: Il Mulino, 2011, cap.3, "Le garanzie costituzionali".

TEMER, Sofia. *Incidente de resolução de demandas repetitivas*. 1.ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

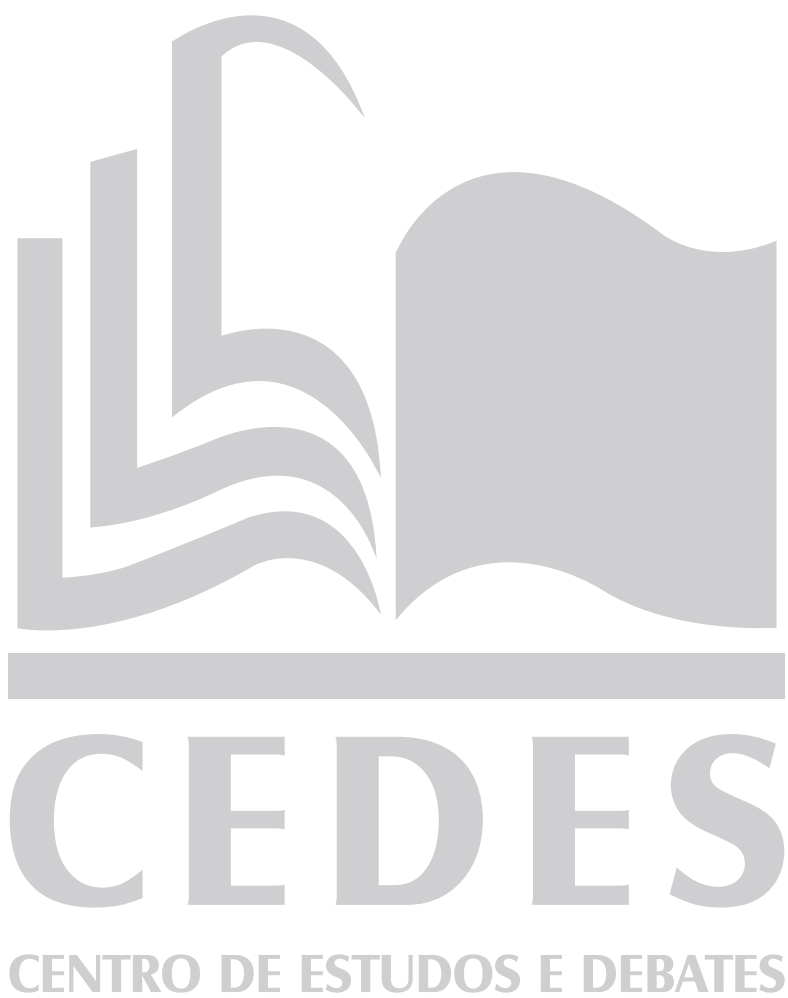
THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle José Coelho. *Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito Brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual*. Revista de Processo, v. 168. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*, 5. ed., 10. tir. São Paulo: Saraiva, 2002.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione: Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

VADELL, Lorenzo M. Bujoso. *Direito Processual Penal: novas orientações*. In: DIDIER Jr., Fredie (coord.). *Teoria Geral do Processo: panorama mundial*. v. 02. Bahia: Ed. JusPodivm, 2010.

ZANETI JR., Hermes. *Aplicação supletiva, subsidiária e residual do CPC ao CPP. Precedentes normativos formalmente vinculantes no processo penal e sua dupla função. Pro futuro in malam partem (matéria penal) e tempus regit actum (matéria processual penal)*. In: DIDIER JUNIOR, Fred (Coord.); CABRAL, Antonio do Passo. PACELLI, Eugênio; CRUZ, Rogério Schietti (Org.); *Coleção Repercussões do Novo CPC: Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2016.



Contraditório amplo e cooperativo no processo penal

Marcelo Martins Evaristo da Silva¹

1. Apresentação

Assim dispõe o artigo 383 do Código de Processo Penal brasileiro:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).”

Como se sabe, essa nova capitulação jurídico-penal do fato descrito na inicial acusatória, quando não reclama qualquer alteração da imputação fática contida na peça vestibular, prescinde de prévio aditamento da denúncia ou queixa. Tem-se hoje bem nítida a distinção entre as figuras da *emendatio libelli* – aqui examinada - e *mutatio libelli*, contempladas respectivamente nos artigos 383 e 384 do CPP.

A par da desnecessidade de qualquer alteração na peça acusatória², é corrente tanto na doutrina quanto na jurisprudência nacional a dispensa da prévia oitiva das partes. Repete-se, quase como um mantra, a assertiva de que o réu se defende dos fatos e não da classificação jurídica que lhes é atribuída pelo *dominus litis*, razão pela qual exsurge irrelevante a circunstância de o acusado vir a ser surpreendido com uma capitulação sequer cogitada pelas partes ao longo da instrução³. O seguinte excerto de ementa sintetiza bem o entendimento amplamente dominante no ponto:

“HABEAS CORPUS. (...) HIPÓTESE DE *EMENDATIO LIBELLI*. PRESCINDIBILIDADE DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA E INTIMAÇÃO DA DEFESA. (...) 3 - A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Juiz pode dar nova classificação jurídica ao fato definido na denúncia ao prolatar a sentença (*emendatio libelli*), prescindindo de aditamento da peça exordial ou mesmo de abertura de prazo para a defesa se manifestar, já que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados.” (STJ: HC nº 87.431/SP, Rel. Min. Haroldo Rodrigues [Desembargador convocado do TJ/CE], DJe de 28/02/2011)

¹ Juiz de Direito do TJRJ. Mestre em Direito Público pela UERJ.

² O que torna, inclusive, inadequada a terminologia amplamente empregada – *emendatio libelli* –, já que o libelo não sofre qualquer emenda ou correção (nesse sentido, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 166-167).

³ Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pp. 662-667.

Como se pretende demonstrar no presente ensaio, a orientação predominante reflete uma concepção limitada da garantia do contraditório⁴, que acaba restrita às questões de fato. Subjacente aos famosos brocardos latinos *iura novit curia* (do direito cuida a corte) e *da mihi factum dabo tibi ius* (dá-me os fatos, que eu te darei o direito) está a ideia de que o contraditório se satisfaz com o debate sobre a matéria fática, sem alcançar necessariamente as questões de direito. Veremos que se trata de uma concepção que não se coaduna com um processo democrático, seja ele civil ou – principalmente – penal.

2. Contraditório amplo e cooperativo

Em um Estado Democrático de Direito, toda e qualquer manifestação do exercício de poder – seja legislativo, administrativo ou jurisdicional – legitima-se pelos canais de participação dos indivíduos que podem vir a ser atingidos pelos efeitos daquela atuação estatal. No âmbito da função jurisdicional, em cotejo com as demais formas de expressão do poder estatal, nota-se de plano uma peculiaridade: o cidadão que tem sua propriedade ou até a sua liberdade alcançadas pelos efeitos do ato estatal – vale dizer, a sentença – não teve qualquer participação na investidura do agente público que o editou – o juiz.

Assim, não é difícil entender a relevância do contraditório como mecanismo de legitimação democrática do processo judicial. Trata-se de garantia política conferida às partes do processo⁵, que, de tão relevante, passa a integrar o seu próprio conceito, sendo lícito afirmar que, onde não há contraditório, não existe processo⁶.

Nesse contexto, para além do binômio ciência/possibilidade de manifestação, o princípio em tela é dotado de uma dimensão substancial, capaz de conferir às partes o chamado “poder de influência”⁷. Deve o magistrado fornecer às partes as informações e as oportunidades de intervenção que lhes proporcionem condições para influenciar de maneira efetiva o conteúdo da decisão. Conforme leciona Fredie Didier Jr.:

“Não adianta permitir que a parte simplesmente participe do processo. Apenas isso não é suficiente para que se efetive o princípio do contraditório. É necessário que se permita que ela seja ouvida, é claro, mas em condições de poder influenciar a decisão do magistrado”⁸

4 Na palestra intitulada “Sistema Acusatório”, ministrada no âmbito da EMERJ em 16/08/2013, o Professor Geraldo Prado, ao ensejo de responder a uma indagação formulada pelo autor deste trabalho, sustentou a necessidade de ampliação do alcance da garantia do contraditório, para abarcar também as questões de direito.

5 Conforme a lição precisa de CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 8ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 52.

6 Idem, p. 54.

7 MARINONI, Luiz Guilherme. Novas linhas do processo civil. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 258-259.

8 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 13ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 56.

Com efeito, se o juiz deve proporcionar às partes condições para influenciar a solução da controvérsia, parece óbvio que tais condições não se restringem à valoração dos fatos, mas abrangem o respectivo enquadramento jurídico. Afinal, não se pode reputar plenamente atendida a garantia do contraditório, sob a ótica substancial do “poder de influência”, quando a parte é surpreendida por sentença fundada em questão jurídica sequer cogitada – e menos debatida – por autor e réu. No ponto decisivo para o deslinde da causa, o magistrado terá formado sua convicção à revelia das partes, sem qualquer contribuição delas, com inegável déficit de legitimidade democrática. Confira-se a hipótese formulada por Fredie Didier Jr. na seara do processo civil:

“O autor pede com base em uma determinada lei, a outra parte alega que essa lei não se aplica ao caso. O juiz entende de outra maneira, ainda não aventada pelas partes: ‘Essa lei apontada pelo autor como fundamento do seu pedido é inconstitucional. Portanto, julgo improcedente a demanda’. O órgão jurisdicional pode fazer isso, mas deve antes submeter essa nova abordagem à discussão das partes.

O órgão jurisdicional teria de, nessas circunstâncias, intimar as partes para manifestar-se a respeito (‘intimem-se as partes para que se manifestem sobre a constitucionalidade da lei’). Não há aí qualquer prejulgamento. Trata-se de exercício democrático e cooperativo do poder jurisdicional, até mesmo porque o juiz pode estar em dúvida sobre o tema. Assim, evita-se a prolação de uma decisão-surpresa.”⁹

É possível transportar esse raciocínio para o âmbito do processo penal: o autor da ação penal descreve e imputa ao réu determinado fato, enquadrando-o no tipo penal “A”; o réu pauta a sua defesa, inclusive em alegações finais, na assertiva de que aquele fato não se amolda ao tipo penal alvitado, pugnando pela absolvição face à atipicidade da conduta; o juiz entende de outra maneira, ainda não vislumbrada pelas partes – o fato, tal como descrito na inicial, não se amolda ao tipo penal “A”, mas ao “B”, cujo preceito secundário comina pena ainda mais severa que o do “A”.

No que tange ao enquadramento jurídico do fato no tipo penal “B”, não é difícil perceber, a convicção do magistrado forma-se de maneira solitária, sem qualquer contribuição das partes. Note-se que o réu, cuja liberdade está em jogo, gastou energia em vão para afastar a incidência da norma penal incriminadora “A” e, no ponto verdadeiramente decisivo, sequer pôde tentar influenciar a opinião do julgador. Indaga-se: em um processo democrático, pode o juiz contentar-se com uma jurisdição solitária ou deve instar as partes, notadamente a ré, a contribuir para uma formação equilibrada e ponderada de convicção? Não é legítima a expectativa do réu de dissuadir o juiz desse novo enquadramento? Será que a duração razoável do processo ficará comprometida com a concessão de dois prazos sucessivos de cinco dias?

As respostas a essas indagações conduzem a um redimensionamento do princípio do contraditório e ao surgimento de um modelo de processo cooperativo, tanto na esfera civil quanto na penal. Nesse modelo, deve o magistrado observar, sem abrir mão de sua imparcialidade – notadamente no processo penal acusatório –, certos deveres de cooperação, dentre eles o de informar e consultar as

9 Idem, p. 59.

partes sobre questão fática ou jurídica não alvitrada no processo, e por isso não posta em contraditório¹⁰. Embora se trate de decorrência do princípio do contraditório, já é possível encontrar regra expressa nesse sentido em códigos de processo civil e penal de diversos ordenamentos jurídicos. Vale transcrever alguns desses dispositivos legais:

“Art. 3º, 3 do CPC Português: ‘O juiz deve observar e fazer cumprir, ao longo de todo o processo, o princípio do contraditório, não lhe sendo lícito, salvo caso de manifesta desnecessidade, decidir questões de direito e de facto, mesmo que de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de sobre ela se pronunciarem”

“Art. 16 do Novo Código de Processo Civil francês, na tradução de Eduardo Ferreira Jordão: ‘O juiz deve, em todas as circunstâncias, fazer observar e observar ele mesmo o princípio do contraditório. (...) Ele não pode fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício, sem que tenha previamente, intimado as partes a apresentar suas observações”

“§ 139 da ZPO alemã, alterado pela lei de 27.07.2001, de acordo com a tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Titular de Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul: ‘§ 139 – CONDUÇÃO MATERIAL DO PROCESSO. (...) (2) O órgão judicial só poderá apoiar a sua decisão numa visão fática ou jurídica que não tenha a parte, aparentemente, se dado conta ou considerado irrelevante, se tiver chamado a sua atenção para o ponto e lhe dado oportunidade de discuti-lo, salvo se se tratar de questão secundária. O mesmo vale para o entendimento do órgão judicial sobre uma questão de fato ou de direito, que divirja da compreensão de ambas as partes.”¹¹

Sobre a reforma do Código de Processo Civil alemão – ZPO, confirmam-se os valiosos comentários de José Carlos Barbosa Moreira:

“Ao ver do legislador alemão, uma das circunstâncias capazes de concorrer para que se alcance esse fim consiste na clareza com que, ao longo do processo, possam os litigantes formar idéia sobre o provável desfecho. Para tanto, é mister que saibam quais as questões de fato e de direito consideradas rele-

10 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 13ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011, pp. 86-87. Sobre as vantagens dessa postura cooperativa face às questões de direito: “Semelhante cooperação, além disso, mais ainda se justifica pela complexidade da vida atual, mormente porque a interpretação da regula iuris, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. Entendimento contrário padeceria de vício dogmático e positivista. Exatamente em face desta realidade, cada vez mais presente na rica e conturbada sociedade de nossos tempos, em permanente mudança, ostenta-se inadequada a investigação solitária do órgão jurisdicional. Ainda mais que o monólogo apouca necessariamente a perspectiva do observador e em contrapartida o diálogo, recomendado pelo método dialético, amplia o quadro de análise, constringe à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Garantia do contraditório. In Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 139).

11 As transcrições dos dispositivos dos códigos de processo civil português, francês e alemão foram encontradas em DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 1, 9ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2008, pp. 58-60.

vantes pelo órgão julgador e tenham oportunidade de trazer ao propósito a sua contribuição. (...) A reforma trata de reforçar este dever. De acordo com a nova redação do § 139, em princípio é vedado ao tribunal colocar-se, para fundamentar sua decisão, em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parece correta ao órgão judicial, a menos que este lhes faça a respectiva indicação e lhes dê ensejo de manifestar-se.”¹²

Da mesma forma, o Código de Processo Penal alemão – StPO “estabelece, no § 265, que o acusado não pode ser condenado em virtude de outro preceito penal que o citado na acusação jurisdicionalmente admitida, sem que previamente tenha sido advertido, especialmente, da modificação do ponto de vista jurídico, dando-se-lhe oportunidade de defesa”¹³.

Entre nós, tal compreensão do contraditório como direito de influência¹⁴ foi expressamente encampada pelo novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 –, cujo art. 10 assim dispõe:

“Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

A toda evidência, se no processo civil, que lida no mais das vezes com interesses disponíveis, a tendência é a consagração de um contraditório amplo e cooperativo, capaz de abarcar as questões de fato e de direito, com muito mais razão no processo penal, que coloca em xeque a liberdade individual.

Nem deve impressionar o fato de inexistir em nosso Código de Processo Penal disposição semelhante àquelas hauridas do direito comparado e da legislação processual civil brasileira. Para além da simples aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no ponto – técnica amplamente admitida em doutrina e jurisprudência –, não é possível subestimar, em um contexto pós-positivista, a eficácia normativa do princípio constitucional do contraditório, de resto plenamente capaz de determinar, diretamente, uma postura cooperativa do magistrado na condução do processo. A propósito, colhe-se da obra de Humberto Bergmann Ávila, autor que abordou com notável proficiência o tema da aplicação dos princípios jurídicos, importante lição acerca da eficácia dessas espécies normativas:

12 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão. In *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 201-202.

13 MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos*. Buenos Aires: Depalma, 1982, Vol. II, p. 232 Apud BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 163.

14 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 109.

“No plano da eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa, na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou regras. Mesmo que um elemento inerente ao fim que deve ser buscado não esteja previsto, ainda assim o princípio irá garanti-lo. Por exemplo, se não há regra expressa que oportunize a defesa ou a abertura de prazo para a manifestação da parte no processo – mas elas são necessárias –, elas deverão ser garantidas com base direta no princípio do devido processo legal.”¹⁵

Lamenta-se, portanto, que ainda seja francamente minoritária a corrente detratora de um contraditório limitado em nosso processo penal, que segue fiel ao mantra segundo o qual o réu se defende dos fatos e não da respectiva capitulação jurídica, com inegável prejuízo à ampla defesa, prejuízo esse que se afigura patente em certas situações, como aquela vislumbrada por Benedito Pozzer:

“(…) tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito, entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, conseqüentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. (...) Assim ocorre quando alguém é acusado do cometimento de injúria (art. 140 do Código Penal), segundo a classificação acusatória; para, depois da instrução, ser condenado pelo crime de calúnia ou difamação (arts. 138 e 139 do Código Penal), tanto que narrados. Ninguém poderá negar os danos causados pela simples corrigenda do magistrado na sentença. Ora, se correta fosse a classificação da denúncia ou queixa, imputando-se calúnia ou difamação, o acusado poderia valer-se da exceção da verdade, ou da retratação, previstas no Código Penal, art. 138, § 3º; art. 139, parágrafo único; e art. 143.”¹⁶

Encontra-se o adequado equacionamento da questão, inclusive do ponto de vista da dimensão da garantia do contraditório em um processo penal democrático, na obra de Gustavo Badaró, intitulada *Correlação entre acusação e sentença*. O seguinte fragmento sintetiza a posição do autor, de todo convergente com a orientação aqui adotada:

“A permissão dada ao juiz para mudar a qualificação jurídica do fato não significa que possa fazê-lo, diretamente, sem qualquer comunicação às partes. Os princípios *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius* apenas asseguram que o juiz pode alterar a capitulação dos fatos constantes da denúncia. Porém, outro princípio, o do contraditório, impõe-lhe a comunicação prévia às partes, antes de tomar uma decisão, ainda que se trate daquelas que podem ser tomadas de ofício. O respeito ao contraditório visa, também, a evitar surpresas às partes. O contraditório não se aplica apenas à matéria fática, principalmente aos dados probatórios, mas também diz respeito às questões de direito.”¹⁷

15 ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

16 POZZER, Benedito Roberto Garcia. Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2001, pp. 152-153.

17 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Correlação entre acusação e sentença. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 162. O autor admite, inclusive, a possibilidade de dilação probatória. Confira-se: “(...) ainda que não haja mudança fática, mas apenas possibilidade de alteração da classificação legal dos

3. Conclusão

A assertiva de que o acusado se defende apenas dos fatos que lhe são imputados reflete uma concepção de contraditório que não se coaduna com um processo penal democrático. Neste, o magistrado deve assegurar às partes – sobretudo a ré – condições efetivas de influência sobre a solução da controvérsia, o que não se resume ao cotejo analítico dos fatos, mas abrange o respectivo enquadramento jurídico. Nesse cenário, não pode o juiz fundamentar sua decisão em questões de direito que suscitou de ofício – aí incluída a hipótese da *emendatio libelli* –, sem que tenha, previamente, intimado as partes a apresentar suas ponderações, seja por aplicação subsidiária do art. 10 do vigente Código de Processo Civil, seja por incidência direta da cláusula do devido processo legal e seus consectários. Assegura-se, assim, a partir de um contraditório amplo e cooperativo, o exercício democrático do poder jurisdicional.

RESUMO

O presente ensaio veicula crítica à concepção dominante acerca da dimensão da garantia do contraditório no processo penal brasileiro. Conforme a orientação amplamente sedimentada na jurisprudência nacional, o juiz pode dar nova classificação jurídica ao fato descrito na denúncia sem a necessidade de prévia oitiva das partes, ainda que a nova capitulação sequer tenha sido cogitada por elas ao longo da instrução. A premissa é a de que o réu se defende dos fatos narrados pela acusação e não dos dispositivos de lei indicados. Como se pretende demonstrar, tal entendimento reflete uma concepção limitada da garantia do contraditório – restrita às questões de fato –, absolutamente incompatível com a ideia de um processo democrático.

ABSTRACT

This essay conveys criticism of the dominant conception of the size of adversarial guarantee in the Brazilian criminal proceedings. As widely settled orientation in national jurisprudence, the judge may give new legal classification to the fact described in the complaint without requiring prior hearing of parts, although the new rendition has even been considered by them along the instruction. The premise is that the defendant defends the facts narrated by the prosecution and not the law of devices indicated. As intended to demonstrate such understanding reflects a limited conception of adversarial guarantee - restricted to matters of fact - absolutely incompatible with the idea of a democratic process.

fatos, não se pode excluir, a priori, que surja a necessidade de produção de provas. Em tal caso, pode ser até mesmo necessária uma dilação probatória justamente para que se esclareça melhor qual a correta capitulação legal do delito (...)" (Idem, p. 165).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2006.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 8ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 1, 13ª ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Breve notícia sobre a reforma do processo civil alemão*. In *Temas de direito processual – 8ª série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Garantia do contraditório*. In *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

POZZER, Benedito Roberto Garcia. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

