

PENSAR O DIREITO

UNILAGO

União das Faculdades dos Grandes Lagos

DIRETORA GERAL

Prof^ª Maria Lúcia Atique Gabriel

COORDENADORA DO CURSO DE DIREITO

Prof^ª Daniela Galvão Araújo

CONSELHO EDITORIAL

Prof Edmo Gabriel

Prof^ª Daniela Galvão Araújo

Prof^ª Patrícia Onofre Colombo

Prof Leonardo Grecco

Prof^ª Riva Sobrado de Freitas

EDITOR DE PUBLICAÇÕES

Prof Alexandre Costa

PLANEJAMENTO VISUAL E GRÁFICO

Marcos Costa Monteiro

Sílvio César da Silva

Mateus Garcia de Oliveira

Pensar o Direito - São José do Rio Preto - SP
janeiro - dezembro 2005

Ano 02/n.2 p. 1-90

ISSN 1807-1406

Periodicidade Anual - Tiragem: 1.500 exemplares

Endereço para correspondência:

R. Eduardo Nielsen, 960 - Jd. Novo Aeroporto - São José do Rio Preto - SP

site: <http://www.unilago.com.br>

Telefone: (17) 3203-6166

A procura crescente pelos cursos de Direito, em todo Brasil, tem demonstrado a busca pela vasta gama de oportunidades profissionais que essa carreira pode proporcionar. Uma delas é a pesquisa científica, que faz com que o aluno de Direito passe a analisar a sociedade e buscar soluções justas e igualitárias. Por isso, a Faculdade de Direito da UNILAGO apresenta ao público a Revista de Ciências Jurídicas “Pensar o Direito”.

Com base nessas premissas, a UNILAGO prepara seus alunos para o estudo da pesquisa científica, buscando excelência e liderança nos novos contornos do direito moderno sem perder o vínculo com a história e as bases das Ciências Jurídicas e Sociais, que norteiam a arquitetura de um profissional ético humanista. Esta é a finalidade primordial da revista jurídica, refletir sobre o Direito. O trabalho científico presente nestas edições é resultado das atividades de pesquisa e extensão realizadas nesta instituição, por docentes e discentes.

A revista pretende constituir-se como um espaço de diálogo sobre a diversidade de pensamento, projetos e posturas éticas relacionadas aos Direitos Humanos e à Cidadania. Sempre buscando atender aos anseios da sociedade que clama por justiça e igualdade.

Maria Lúcia Atique Gabriel
Diretora Geral

01 - Direito Natural - Breve esboço	7
Adailson Moreira	
02 - A Criminologia na execução penal	15
Airton Douglas Honório	
03 - Defesa Comercial: Antidumping	25
Amélia Mussi Gabriel e Jorgas Geraldo Paulino dos Santos	
04 - A responsabilidade objetiva no Código de Defesa do Consumidor	31
Cristiane Miziara Mussi	
05 - Corrente Crítico Dialética do Direito: preocupa-se com a relação sujeito-objeto	37
Daniela Galvão de Araújo e Edmilson Pereira Alves	
06 - O CDC como instrumento jurídico-protetor das crianças no caso da publicidade enganosa e abusiva	43
Etiene Maria Bosco Breviglieri	
07 - A morosidade da prestação jurisdicional brasileira e a Emenda Constitucional nº 45/2004	53
João Santa Terra Júnior	
08 - Aspectos práticos do processo administrativo disciplinar	63
Ivana Mussi Gabriel e Fernando Francisco Da Silva	
09 - Crimes funcionais e conceituação de funcionário público para os efeitos penais	71
Paulo Antoine Pereira Younes	
10 - Arguição de descumprimento de preceito fundamental	77
Riva Sobrado De Freitas e Ediane Da Silva Alves	
11 - Lei 8.009 de 29 de março de 1990 e a Súmula 205 do STJ	83
Rosimeire Ravazi Ayer	
Normas para a apresentação de originais	89

DIREITO NATURAL – BREVE ESBOÇO HISTÓRICO

Adailson MOREIRA

Bacharel em Direito, Mestre em Direito Público

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: A história do Direito Natural divide-se em duas fases: a antiga, que abrange as primeiras manifestações, desde a Antiguidade até a Idade Média; e a da segunda fase, chamada Escola Clássica de Direito Natural, a partir do Renascimento. Na atualidade entende-se o Direito Natural não como norma, mas como um conjunto de amplos princípios, ordenadores da ordem jurídica posta, ou seja, do Direito Positivo.

Palavras-chave: História; Direito Natural; fase antiga; Escola Clássica

O Direito Natural divide-se em duas fases. Na primeira, chamada de fase antiga, abrange das primeiras manifestações, ainda na Antiguidade, passando pela Grécia e terminando na Idade Média, possui a natureza como fonte da lei, não havendo muitas diversificações de opiniões. Na segunda fase, inaugurada por Grócio, foi chamada de Escola Clássica de Direito Natural, e afirmou que o princípio último da lei não seria nem a natureza, nem Deus, mas a razão humana.

O DIREITO NATURAL NA FASE ANTIGA

A escola de Direito Natural ou Jusnaturalismo é a corrente de pensamento que reúne as idéias que surgiram ao longo da história a respeito da noção de Direito Natural, que, em função da época e do local, teve as mais diversas orientações.

É possível identificar as mais diferentes correntes jusnaturalistas, às vezes até contraditórias, contudo, tais correntes guardam entre si a convicção de que, além do Direito escrito, existe uma outra ordem, superior à do Direito positivo, se configurando como um Direito perfeito, ideal, que deveria servir de base para o legislador.

As teorias a respeito do Direito Natural não são novas; já haviam sido levantadas na Antiguidade Clássica e se espalhado na Idade Média; contudo, apenas com a Modernidade e a partir da obra de Hugo Grócio (1583 – 1645), que ocorreu uma importante evolução no assunto. “O reconhecimento de que o direito positivo encontra seu fundamento e justificação em certas exigências elementares da natureza humana acompanha a formação histórica do direito” (MONTORO, 2000, p. 257)

Na civilização egípcia encontram-se os primeiros indícios de um Direito Natural, no Livro dos Mortos, que revela a preocupação daquele povo com relação aos critérios de justiça, considerando o Direito como manifestação da vontade divina. Segundo esse livro, o morto comparece ao Tribunal de Osíris, ante a deusa Maât, cujo nome significa lei, ordem que governa o mundo¹.

Os filósofos gregos conceberam um direito acima da lei, que independia da vontade do legislador e se confundia com a justiça. Era imutável, não-escrito, de origem desconhecida e hierarquicamente superior ao direito histórico.

Uma das primeiras manifestações escritas de referência ao Direito Natural, pode ser encontrada na tragédia Antígona, de Sófocles. O rei Creonte proíbe sua sobrinha Antígona de sepultar seu irmão Polínice. Esta, contudo, desrespeita a ordem de Creonte e sepulta o irmão, alegando que, acima da ordem positiva do rei, haveria uma outra ordem de natureza eterna e imutável, não escrita.

Aristóteles² assim o entendia e estudou amplamente o tema da justiça como fundamento do Direito. Suas idéias a respeito do jusnaturalismo estão nos livros Política e Ética a Nicômaco, em cujo capítulo V se dedica ao tema. Afirmou “o bem e o justo, objetos de que trata a ciência política, dão lugar a opiniões de tal forma divergentes e às vezes de tal forma degradadas, que se chegou até a sustentar que o

1. Em documentos particulares encontrados é comum a referência ao Maât, que pode ser entendido como um modelo de Direito não escrito, mas que não se refere a uma revelação divina, devendo ser entendido como verdade e ordem ou mesmo como justiça, cabendo ao rei a realização desta noção complexa.

justo e o bem existem apenas em virtude da lei e não têm nenhum fundamento na natureza” (livro VII, lição 7)

Em diversas passagens de sua obra, Aristóteles distingue o justo natural, que corresponde às leis naturais, e o justo legal ou positivo, que é estabelecido por leis oriundas da autoridade pública ou de convenções das partes.

No período pós-socrático, os estóicos³ colocaram o conceito de natureza no centro de seu sistema filosófico, equiparando-a à reta razão. Como ser racional, o homem conduz sua vida de acordo com as leis da natureza, devendo se libertar das paixões e emoções, além das preocupações com os bens materiais e o mundo exterior. Essa razão, de inspiração natural, deve ser a base da lei e da justiça.

A escola estóica e sua doutrina de direito natural exerceu profunda influência no Direito romano.

Os juristas romanos diziam que, além da ordem jurídica posta ou positiva, do Estado, existia um direito oriundo da natureza. “O direito porém diz que a razão natural constitui entre todos os homens é observado do mesmo modo por todos os povos e chama-se direito das gentes, isto é, direito de que usam todos os povos. Semelhantemente o povo romano usa em parte de um direito exclusivamente seu e em parte do comum a todos os homens.” (Justiniano, Institutas)

Cícero⁴ deu forma ao jusnaturalismo estóico, dizendo-o inferido da natureza humana, conforme a reta razão e comum a todos os homens, romanos e não-romanos.

Ao organizar seu pensamento a respeito da lei natural, Cícero indicou cinco características fundamentais:

- a) na base das leis positivas reside uma lei verdadeira de natureza racional;
- b) essa lei corresponde às exigências da natureza e à dignidade natural do homem;
- c) não está escrita em códigos, mas na consciência dos homens;
- d) tem por autor Deus, criador da natureza;
- e) é universal no tempo e no espaço.

Segundo a linha de pensamento de Aristóteles, Cícero comparou a lei natural à virtude da justiça,

...existindo uma inteligência comum a todos nós, que nos dá a conhecer as coisas, formulando-as em nosso espírito, as ações honrosas nós a atribuímos à virtude, e as desonrosas, ao vício; e só um louco concluiria que

2. *Aristóteles (384 – 322 a.C.) nasceu em Estagira (atual Stravó), na Macedônia. Aos 18 anos mudou-se para Atenas, ingressando na Academia de Platão, tendo fundado sua própria escola, que chamou de Liceu.*

3. *O Estoicismo foi o movimento filosófico mais original e também o que mais tempo durou do período helenístico: fundado nos fins do século IV a.C. continuou a existir até meados do século III d.C. Foi fundado em Atenas pelo filósofo Zenão (320? – 250? a. C.).*

4. *Marcus Tullius Cícero (106 – 43 a.C.) foi um grande político de Roma, autor das famosas Catilinárias, peça de oratória com que denunciou a conspiração de Lúcio Sérgio Catilina contra a República. Escreveu sobre política, moral, teologia, direito, literatura, retórica e oratória, dentre outros assuntos.*

esses julgamentos são simples questões de opinião, e não impostas pela natureza. (MONTORO, 2000, p. 259)

O cristianismo medieval vinculou-o à vontade de Deus. Santo Agostinho⁵, dentre outros⁶, distinguiu a lei natural, manifestação da vontade divina, do direito natural, manifestação da razão suprema, na forma determinada pela Igreja, e ambas, da lei positiva, terrena. Ao direito natural até o Imperador deveria se curvar.

Com a Escolástica⁷ o Direito natural ganhou novo aspecto: foi deduzido da razão eterna e imutável, por meio da síntese entre fé e razão.

A filosofia medieval tem o seu maior representante em S. Tomás de Aquino. Nos textos *De justitia* e *De legibus*, integrantes da *Summa Teológica* e no *Comentários à Ética* e à *Política* de Aristóteles, S. Tomás expõe sua doutrina, que serviu de base para a moderna filosofia do Direito.

Para ele a lei é uma ordenação da razão para o bem comum, promulgada pela autoridade competente, e se distingue em três categorias: lei eterna, lei natural e lei positiva. A lei natural é a participação da criatura racional na lei cósmica e pode ser conhecida pelo homem por meio da razão, independente de qualquer revelação sobrenatural.

Tal lei é absolutamente imutável em seus primeiros princípios: o bem deve ser feito e o mal evitado, dar a cada um o que é seu e não lesar a outrem.

Contudo, com relação aos preceitos secundários, quanto mais se afastam dos primeiros, mas são contingentes e variáveis. A possibilidade de variação decorre do processo natural de caminhada do imperfeito para o perfeito em função das condições do meio social.

A ESCOLA CLÁSSICA DE DIREITO NATURAL

A valorização da pessoa, do ser humano, que se verificou com o Renascimento, atingiu a filosofia jurídica, quando então o Direito natural passou a ser reconhecido como emanção da natureza humana. Com a confiança no desenvolvimento das capacidades da razão e os avanços alcançados pela matemática e geometria, por exemplo, o Direito, bem como as demais áreas de atuação humana, tenderam a romper com a tradição teológica, secularizando-se, seguindo os passos do iluminismo e do racionalismo.

A chamada Escola Clássica de Direito Natural compreende apenas o pensamento de filósofos da fase racionalista, que vai do século XVI ao XVIII, onde figuram as contribuições de Hugo Grócio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Wolf, Rousseau e

5. *Aurelius Augustinus* (354 – 430), nascido em Tagaste (Numídia, norte da África), filho de pai pagão e mãe cristã (Santa Mônica), estudou retórica em Cartago. Converteu-se ao cristianismo em 386, tendo chegado a bispo de Hipona (hoje Annaba ou Bone, na Argélia).

6. *Tertuliano* (160 – 240), *S. Ambrósio* (340 – 397) e *Isidoro de Sevilha* (560 – 636).

7. O termo *Escolástica* designa, de modo genérico, todos aqueles que pertencem a uma escola ou que se vinculam a uma determinada escola de pensamento e de ensino, logo, é a sistematização da filosofia e teologia ensinadas nas escolas medievais, ligadas invariavelmente à Igreja.

Kant.

- A doutrina deste período consubstanciou-se em quatro pontos fundamentais:
- a) o reconhecimento de que a natureza humana seria fonte do Direito Natural;
 - b) a admissão da existência, em épocas remotas, do estado de natureza;
 - c) o contrato social como origem da sociedade;
 - d) a existência de direitos naturais inatos.

Com esses pontos a Escola promoveu a laicização do Direito Natural, ao afirmar a natureza humana como sua fonte e apontar a razão como meio para se alcançá-lo.

As características principais da Escola foram: a racionalidade do método, a subjetividade do critério, além de ser anti-histórica nas exigências e humanitária no conteúdo.

Nítida é a feição dedutiva desse jusnaturalismo, que é levado a propor normas de conduta pelo método dedutivo, por influência do racionalismo matemático, tão em voga na época; assim, a partir de uma hipótese lógica sobre o estado natural do homem, se deduzem racionalmente todas as conseqüências. Nesta teoria que encontrava sua legitimidade perante a razão, mediante a exatidão matemática e a concatenação de suas proposições, a ciência jurídica passa a ter uma dignidade metodológica especial. (DINIZ, 2000, p. 38)

Como conseqüência de sua época, a Escola foi fortemente influenciada pela filosofia racionalista; com isso pretendeu formar Códigos de Direito Natural, considerando este Direito eterno, imutável e universal não apenas nos princípios, mas também em suas aplicações.

A CONCEPÇÃO DO DIREITO NATURAL NA ATUALIDADE

A origem do Direito Natural está no próprio homem, em sua dimensão social, porque o homem é ser de convivência, portanto necessita do Direito para regular essa necessidade essencial. Para que o homem possa se realizar plenamente enquanto ser, é necessário que a sociedade se organize com dispositivos de proteção à natureza humana.

O homem, que vive em sociedade, além de pautar seu comportamento e atos pelas normas escritas, deve observar também os princípios do Direito Natural. Assim, Direito Natural e Moral são princípios inerentes à consciência humana. “O sentimento de respeito aos ditames jusnaturalistas e morais é imanente à pessoa humana e se revela a partir dos primeiros anos de existência” (NADER, 2001, p. 156)

É de se ressaltar que embora com afinidades, Direito Natural e Moral não se confundem. A Moral se configura como mais abrangente e visa a realização do bem. O Direito Natural resguarda a harmonia no âmbito da convivência. “O homem isolado mantém-se portador de deveres morais sem sujeitar-se aos emanados do Direito Natural, pois estes pressupõem vida coletiva.” (NADER, 2001, p. 156)

Para que as leis sejam consideradas justas, já que esta é a finalidade do Direito, é necessário que sejam embasadas nos princípios de Direito Natural. Dessa forma,

as leis que não observam tais princípios são consideradas leis injustas, já que negam ao homem o que é seu, sua natureza.

A corrente jusnaturalista atual o concebe não como norma, mas como um conjunto de amplos princípios, ordenadores da ordem jurídica posta. Esses princípios se referem à vida, à liberdade, à vida social, à expressão de idéias e crenças, etc.

O Direito Natural é imutável em seus princípios básicos e independe de legisladores. As demais normas, elaboradas pelos legisladores, são desdobramentos desses princípios naturais, embora já não sejam mais Direito Natural e sim Positivo. Por exemplo, do princípio de que a vida é o maior bem do ser, deriva que não é permitido matar, é proibido o aborto, a eutanásia, etc.

A fonte desses princípios, então, é chamada ordem natural das coisas e possui como atributos a fixidez e a generalidade, como por exemplo, o direito à vida, à liberdade, à expressão, etc.

A razão é o veículo para se chegar ao Direito Natural, que pressupõe a vida em sociedade. Assim, o Direito Natural requer a experiência (fator histórico) e o uso da razão. “O seu existir coincide com a vida cultural; o seu conhecimento, porém, é fato cultural, que não aflora na consciência humana de modo espontâneo” (NADER, 2001, p. 157)

A ordem natural das coisas estabelece que o Direito deve estar adequado à razão e está em conformidade com a natureza humana. Assim, chega-se à conclusão que nem tudo no Direito é variável e que alguns desses princípios são inerentes à condição dos seres humanos, ou seja, à concepção de Direito Natural, que deve ser a grande fonte para o Direito Positivo.

A nova forma de pensar o Direito, estabelecido pela Escola Clássica de Direito Natural serviu de base intelectual para a Revolução Francesa (1789), que rompeu definitivamente com a teocracia e afirmou categoricamente os Direitos Naturais.

Os princípios provenientes da ordem natural das coisas estão na origem da moderna Declaração de Direitos Humanos. A afirmação, nestas declarações de direitos se contrapõe ao desrespeito desses mesmos direitos na intenção de construir uma nova situação jurídica de valorização do homem. É isso que se evidencia nas considerações preliminares da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;

Considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos da pessoa resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que as pessoas gozem de liberdade de palavra, de crença e de liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.

Referências Bibliográficas

BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. Curso de filosofia do direito. São Paulo: Atlas, 2001.

CRETELLA JR., J. Curso de filosofia do direito. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINIZ, M. H. Compêndio de introdução à ciência do direito. 12. ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

FERREIRA, A. B. H. Novo dicionário da língua portuguesa. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

GILISSEN, J. Introdução histórica ao direito. 2. ed. Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GUIMARÃES, Y. J. M. Direito Natural: visão metafísica e antropológica. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

MONTORO, A. F. Introdução à ciência do direito. 25. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

MORA, J. F. Dicionário de filosofia. Tradução de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabral. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NADER, P. Filosofia do direito. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PADOVANI, V.; CASTAGNOLA, L. História da filosofia. 17. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1995.

REALE, M. Introdução à filosofia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

A CRIMINOLOGIA NA EXECUÇÃO PENAL

Airton Douglas HONÓRIO

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: Academicamente, a criminologia começa com a publicação da obra de Cesare Lombroso chamada de *L'Uomo Delinquente*, em 1876. Baseado em Rousseau, a criminologia deveria procurar a causa do delito na sociedade enquanto que Lombroso sustentava que para erradicar o delito deveríamos encontrar a eventual causa no próprio delinqüente e não no meio em que ele vive. Assim, a Criminologia como um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinqüente e sua conduta delituosa contrasta com a execução penal no sentido de ressocializá-lo tendo em vista o modelo do nosso sistema prisional falido e necessitando de urgentes reparos para se atingir os objetivos propostos.

Palavras-chave: Criminologia, Personalidade, Inimputabilidade, Delinqüente e Sociologia.

A origem da palavra Criminologia, hibridismo greco-latino, tem a sua criação atribuída a Raffaele Garofalo (Itália, 1851-1934), que com ela intitulou sua principal obra. Consta, porém, que tal vocábulo já tinha sido empregado anteriormente na França, por Topinard (1830-1911).

Este vocábulo, a princípio reservado ao estudo do crime, ascendeu à ciência geral da criminalidade, antes denominada Sociologia Criminal ou Antropologia Criminal.

A criminologia é uma ciência social, filiada à Sociologia, e não uma ciência social independente, desorientada. Em relação ao seu objeto – a criminalidade – a criminologia é ciência geral porque cuida dela de um modo geral. Em relação a sua posição, a Criminologia é uma ciência particular, porque, no seio da Sociologia e sob sua égide, trata, particularmente, da criminalidade.

A criminologia é a ciência que estuda:

1-As causas e as concausas da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade;

2-As manifestações e os efeitos da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade e,

3-A política a opor, assistencialmente, à etiologia da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, suas manifestações e seus efeitos.

Conceito de Criminologia: A Criminologia é um conjunto de conhecimentos que estudam o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinqüente e sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo. É a definição de Sutherland. Ciência que como todas as que abordam algum aspecto da criminalidade deve tratar do delito, do delinqüente e da pena. Segundo a Unesco, a criminologia se divide em geral (sociológica) e clínica.

Na concepção de Newton Fernandes e Valter Fernandes, criminologia é o “tratado do Crime”.

A interdisciplinaridade da criminologia é histórica, bastando, para demonstrar isso, dizer que seus fundadores foram um médico (Cesare Lombroso), um jurista sociólogo (Enrico Ferri) e um magistrado (Raffaele Garofalo).

Assim, além de outras, sempre continuam existindo as três correntes: a clínica, a sociológica e a jurídica, que, ao nosso ver, antes de buscarem soluções isoladas, devem caminhar unidas e Inter-relacionadas.

A criminologia radical busca esclarecer a relação crime/formação econômico-social, tendo como conceitos fundamentais relações de produção e as questões de poder econômico e político. Já a criminologia da reação social é definida como uma atividade intelectual que estuda os processos de criação das normas penais e das normas sociais que estão relacionados com o comportamento desviante.

O campo de interesse da criminologia organizacional compreende os fenômenos de formação de leis, o da infração às mesmas e os da reação às violações das

leis. A criminologia clínica destina-se ao estudo dos casos particulares com o fim de estabelecer diagnósticos e prognósticos de tratamento, numa identificação entre a delinquência e a doença. Aliás, a própria denominação já nos dá idéia de relação médico-paciente.

O objeto da criminologia é o crime, suas circunstâncias, seu autor, sua vítima e tudo mais que o cerca. Deverá ela orientar a política criminal na prevenção especial e direta dos crimes socialmente relevantes, na intervenção relativa às suas manifestações e aos seus efeitos graves para determinados indivíduos e famílias. Deverá orientar também a Política social na prevenção geral e indireta das ações e omissões que, embora não previstas como crimes, merecem a reprovação máxima.

Quando nasceu, a criminologia tratava de explicar a origem da delinquência utilizando o método das ciências, o esquema causal e explicativo, ou seja, buscava a causa do efeito produzido. Pensou-se que erradicando a causa se eliminaria o efeito, como se fosse suficiente fechar as maternidades para o controle da natalidade.

Academicamente a criminologia começa com a publicação da obra de Cesare Lombroso chamada de *L'Uomo Delinquente*, em 1876. Sua tese principal era a do delinquente nato.

Já existiram várias tendências causais na criminologia. Baseado em Rousseau, a criminologia deveria procurar a causa do delito na sociedade, baseado em Lombroso, para erradicar o delito deveríamos encontrar a eventual causa no próprio delinquente e não no meio. Um extremo que procura as causas de toda a criminalidade na sociedade e o outro, organicista, investiga o arquétipo do criminoso nato (um delinquente com determinados traços morfológicos). Isoladamente, tanto as tendências sociológicas quanto às orgânicas fracassaram. Hoje em dia fala-se no elemento bio-psico-social. Volta a tomar força os estudos de endocrinologia que associam a agressividade do delinquente à testosterona (hormônio masculino), os estudos de genética ao tentar identificar no genoma humano um possível “gene da criminalidade”, juntamente com os transtornos da violência urbana, de guerra, da fome, etc.

De qualquer forma, a criminologia transita pelas teorias que buscam analisar o crime, a criminalidade, o criminoso e a vítima. Passa pela sociologia, pela psicopatologia, psicologia, religião, antropologia, política, enfim, a criminologia habita o universo da ação humana.

Antropologia Criminal

Surgiu no século XIX tendo como fundador Cesare Lombroso. Buscou as causas do comportamento criminoso na própria raça. Daí o conceito de “criminoso nato”.

A principal causa da delinquência, segundo a antropologia criminal, são os traços atávicos, ou seja, as marcas primitivas que permanecem, tanto no corpo do indivíduo, como em seu caráter, em sua formação moral.

Por essa concepção, os indivíduos criminosos devem ser mantidos separados, segregados, tratando-se de pessoas perigosas para a sociedade. Daí a influência se

reflete em expressões como: “bandido é bandido e o lugar dele é na cadeia”; “pau que nasce torto morre torto” etc...

Criminologia Clínica

Abandonou a questão da predisposição racial e passou a se interessar pela história do indivíduo, por sua constituição biológica e personalidade.

Teve influência da Antropologia Criminal e herdou desta a idéia de “periculosidade”.

São preocupações da criminologia clínica:

- A-Examinar a personalidade do delinqüente e seu estado perigoso;
- B-Formular eventualmente um programa de tratamento;
- C-Seguir a execução desse tratamento e controlar seus resultados.

Classificação dos Criminosos:

Observando os ensinamentos do doutrinador Guido Arturo Palomba, ilustre Psiquiatra Forense, seguindo os caminhos trilhados por Cândido Motta, podemos, basicamente, ter cinco tipos de criminosos:

1º- Os Impetuosos: Agem em curto-circuito, por amor à honra, sem premeditação, fruto de uma anestesia momentânea do senso crítico. Dentre os delitos que praticam relacionam-se principalmente o crime passionnal e alguns tipos de assassinatos e de agressão física. Em geral é um criminoso honesto, principalmente quando se trata de um delito passionnal dos amantes, dos maridos e das mulheres traídas.

2º- Os Ocasionais: São os levados pelas condições pessoais e influências do meio. Os fatores têm muito peso. Os delitos que mais praticam são o furto e o estelionato.

3º- Os Habituais: São aqueles cujos marginais são incapazes de readquirir uma existência honesta. A emenda é a exceção. Cometem toda a sorte de delitos como assaltos, tráfico de drogas e assassinatos em série. Esses últimos são conhecidos como “assassinos de aluguel ou justiceiros”.

O criminoso habitual é o que tem como profissão o crime; sai de casa para “trabalhar” cuja atividade é o delito.

4º- Fronteiriços: Não são propriamente doentes mentais e também não são normais. Apresentam permanentes deformidades do sendo ético-moral distúrbio de afeto e da sensibilidade cujas alterações psíquicas os levam ao delito.

Quando dão de ser violentos, são os que praticam os atos mais perversos e hediondos dentre todos os outros tipos de criminosos.

A característica principal dos criminosos fronteiriços é a extrema frieza e insensibilidade moral com que tratam as vítimas.

5º- Loucos Criminosos: Os delitos que praticam podem ser divididos em dois grandes grupos: I-aqueles que agem graças a um processo lento e reflexivo e

II-aqueles que agem por impulso momentâneo.

No primeiro caso, a idéia surge do nada, inesperadamente, é a obsessão doentia e invencível.

No segundo caso, a deliberação do crime é fruto de uma impulsão momentânea; é seguido de imediata execução. O ato é em curto-circuito, reação primitiva, sem motivo algum que possa justificar o tipo de atitude.

No campo da execução penal importante ressaltar sua natureza e objeto. Quanto a natureza, a jurisprudência e a doutrina nos apontam as divergências reinantes, pois para alguns a execução criminal tem incontestável caráter de processo judicial contraditório. É de natureza jurisdicional.

Para Ada Pellegrini Grinover a execução penal é uma atividade complexa, que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. Segundo Paulo Lúcio Nogueira a execução penal é de natureza mista, complexa e eclética no sentido de que certas normas da execução pertencem ao direito processual enquanto que outras que regulam a execução propriamente dita pertencem ao direito administrativo.

Para Júlio Fabbrini Mirabete a execução é de índole predominantemente administrativa.

Quanto ao objeto, visa-se pela execução fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, assim considerada aquela que não acolhe a pretensão punitiva mas reconhece a prática da infração penal e impõe ao réu medida de segurança.

De acordo com o Artigo 3º da Lei de Execução Penal – Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

São várias as conseqüências da condenação e os direitos atingidos pela sentença, como por exemplo:

1-Lançamento do nome do réu ao rol dos culpados, o que só é possível após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória;

2-Prisão do réu;

3-Tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

4-Perda de cargo, função pública e mandato eletivo;

5-Constitui obstáculo à naturalização do condenado;

Por outro lado, não são atingido pela sentença penal condenatória os seguintes direitos:

1-Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, à segurança e à propriedade;

2-Igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações;

3-Integridade física e moral, não podendo ser submetido a tortura ou tratamento desumano ou degradante;

4-Liberdade de manifestação do pensamento;

5- Individualização da pena;

FASE INQUISITORIAL

É a fase em que se apura a conduta do indivíduo tido como violador de uma norma penal incriminadora. É a fase do Inquérito Policial onde o objetivo maior é colher provas e indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva visando a instauração da Ação Penal pública incondicionada ou condicionada à representação através do representante do Ministério Público ou Ação Penal Privada por iniciativa da vítima ou de seu representante legal.

Nesse diapasão, trata o Título III do Código Penal Vigente da “Imputabilidade Penal”.

Imputabilidade é a capacidade de a pessoa entender que o fato é ilícito e de agir de acordo com esse entendimento.

Inimputabilidade (não imputáveis) são as pessoas que não tem aquela capacidade (imputabilidade).

O Código Penal Vigente define a inimputabilidade no Artigo 26 “Caput” da seguinte forma:

“É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

O Código Penal Vigente define a responsabilidade diminuída no Artigo 26, Parágrafo Único da seguinte forma:

“A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento”.

Não basta a prática de fato típico e ilícito para impor pena. É necessária, ainda, para que a sanção penal seja aplicada, a culpabilidade, que é a reprovabilidade da conduta. Por sua vez, a imputabilidade é pressuposto da culpabilidade, pois esta não existe se falta a capacidade psíquica de compreender a ilicitude.

A inimputabilidade é uma das causas de exclusão da culpabilidade. O crime persiste, mas não se aplica a pena, por ausência de reprovabilidade.

O Artigo 26 “Caput” do C.P. declara “é isento de pena” – não diz “não há crime”, indicando que o crime subsiste, apenas seu autor não recebe pena, por falta da imputabilidade que é pressuposto da culpabilidade.

Declarada a inimputabilidade o agente não é condenado; é absolvido, mas fica sujeito a Medida de Segurança.

Três são os requisitos para que se afirme a inimputabilidade prevista no Artigo 26 “Caput” do C.P. :

- 1- Causas: Doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado;
- 2-Conseqüências: Incapacidade completa de entender a ilicitude do fato ou de determinar-se de acordo com essa compreensão.
- 3-Tempo: Os dois requisitos anteriores devem coexistir ao tempo da conduta.

No Artigo 26, parágrafo único do Código Penal Vigente, estamos diante da responsabilidade diminuída ou semi-imputabilidade. Aqui o agente não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A pena deve ser reduzida de um a dois terços.

A pena poderá ser substituída por Medida de Segurança. Então, poderá o Juiz optar pela imposição de pena reduzida ou alternativamente a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (se o crime era punido com reclusão) ou tratamento ambulatorial (se o crime era punido com detenção).

Portanto, são Medidas de Segurança:

1-Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, também chamado de detentiva.

2-Sujeição a Tratamento Ambulatorial, também chamada de restritiva.

A internação ou tratamento ambulatorial será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 01 a 03 anos.

Então, em caso de o indivíduo criminoso tiver a personalidade psicopática (anti-social) ou delinqüente (dissocial) devidamente comprovada mediante perícia médica, comprovando-se ser inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, o juiz depois de declarada a sua inimputabilidade, declarará que o agente não será condenado, mas sim absolvido ocasião em que deverá ficar sujeito à medida de segurança.

A forma pela qual se verifica se o indivíduo, a quem se imputa a autoria de uma infração penal, é portador de personalidade psicopática (anti-social) ou personalidade delinqüente (dissocial), vem prevista no Título VI, Capítulo VIII, Artigo 149 e seguintes do Código de Processo penal Vigente sob a denominação “Da Insanidade Mental do Acusado”.

Quando houver dúvida sobre a integridade mental do investigado (em fase de Inquérito Policial) ou do acusado (quando já houver instaurado a ação penal), o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal, daí, em razão disso, é instaurado um processo denominado “Incidente de Insanidade Mental”.

O exame médico-legal poderá ser ordenado ainda na fase de Inquérito Policial mediante representação da Autoridade Policial ao juiz competente.

Portanto, tal incidente será instaurado quando, prevendo a lei penal a imposição de medida de segurança se verificar a inimputabilidade por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado daquele que é inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (Artigo 26 “Caput” do C.P.) e uma redução de pena ou semi-imputabilidade àquele que por perturbação mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado não

era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

A lei impõe o exame médico-legal não só para os que são portadores de doença mental, mas também àqueles que têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado, como no caso, por exemplo, dos silvícolas, surdos-mudos, etc...

Deferido o exame durante o Inquérito Policial o procedimento investigatório não sofrerá suspensão; se já iniciada a ação penal o processo fica suspenso, embora devam ser realizadas as diligências que possam ficar prejudicadas pelo adiamento como, por exemplo, a realização de exames periciais que não podem ser adiados, oitiva de testemunhas enfermas etc...

Como o exame psiquiátrico é na maior parte das vezes demorado e exige uma observação contínua e prolongado do paciente, dispõe a lei que para sua realização, se estiver preso, seja internado em manicômio judiciário, hoje, denominado hospital de custódia e tratamento psiquiátrico onde houver; se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

FASE DA EXECUÇÃO PENAL

Passada a fase inquisitorial, ou seja, de colheita de provas visando a propositura da competente ação penal, vem a fase da execução penal em que se pressupõe uma condenação ao autor de um crime.

Então, fala-se em Sanção Penal, ou seja, as penas e as medidas de segurança. A pena é retributiva-preventiva tendendo hoje a readaptar à sociedade o delinqüente.

A medida de segurança possui natureza essencialmente preventiva no sentido de evitar que um sujeito que praticou um crime e se mostra perigoso venha a cometer novas infrações penais.

A aplicação da pena pressupõe: 1-A prática de fato descrito como crime. 2-A proporcionalidade à gravidade da infração.

A aplicação de Medida de Segurança pressupõe: 1-A prática de fato descrito como crime. 2-A periculosidade do sujeito.

PENA

O Artigo 33, Caput, do C.P. prevê 03 espécies de Regimes Penitenciários:

1-Regime Fechado;

2-Regime Semi-Aberto;

3-Regime Aberto

Considera-se regime fechado a execução da pena privativa de liberdade em estabelecimento de segurança máxima ou média;

Considera-se regime semi-aberto a execução da pena privativa de liberdade em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;

Considera-se regime aberto a execução da pena privativa de liberdade em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

De acordo com o Código Penal as penas classificam-se em:

1-Privativas de Liberdade: -Reclusão; -Detenção.

2-Restritivas de Direito: -Prestação Pecuniária; -Perda de bens e Valores;-Prestação de Serviço à comunidade ou a entidades públicas; -Interdição Temporária de direitos e -Limitação de Fim de Semana.

EXAME CRIMINOLÓGICO

A reforma da Lei de Execução Penal por intermédio da Lei nº 10.792 de 1º/12/2003 aboliu o Exame Criminológico?

No meu entendimento, NÃO.

De acordo com a reforma, o Artigo 112 da L.E.P. ficou com a seguinte redação:

“A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para o regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto (1/6) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor.

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão do livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes.”

Pela redação do artigo seria possível concluir que o exame criminológico não mais será necessário para a progressão, apenas o atestado de bom comportamento.

Na Constituição Federal e no Código Penal estão consagradas as regras características da execução penal. Na Constituição Federal, por exemplo, estão as proibições de detenções arbitrárias, da pena de morte para os crimes comuns, da prisão perpétua, da prisão por dívida, dos princípios da personalidade e individualização da pena. No Código Penal, estão as regras pertinentes aos estágios de cumprimento da pena e respectivos regimes prisionais, indicando, portanto, que as regras de cumprimento da pena devam obedecer o Código Penal, entendimento esse de Júlio Fabbrini Mirabete a que nós comungamos.

A pretensão da LEP é a punição do infrator e sua ressocialização para a proteção da sociedade tanto que o seu Artigo 1º diz que o objetivo da execução penal é efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado bem como a exposição de motivos estabelece que as penas e as medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

O Artigo 32, § 2º do Código Penal determina que a pena seja executada de forma progressiva, de acordo com o mérito do condenado. Nesse diapasão, é preciso que existam elementos que forneçam aos operadores do direito a certeza de que o sentenciado esteja preparado para a progressão, sendo o Exame Criminológico o único meio capaz de propiciar os dados necessários ao julgador.

O Artigo 34 do C.P. diz que o condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução, sendo essa exigência repetida novamente no Artigo 6º da Lei nº 10.792/03. Se há uma avaliação inicial quando o condenado começa a cumprir a pena, mais razão assistente no exame criminológico visando a concessão de progressão do regime.

A forma progressiva, para o cumprimento da pena, foi criada pelo Código Penal e está baseada no mérito, que é um aspecto subjetivo, impossível de ser medido através de atestado de comportamento carcerário.

A nova redação do Artigo 112 da LEP não afetou o mérito que é exigido no Artigo 33, § 2º do C.P. e nem tem o poder de dispensar a exigência do exame criminológico.

O que passou por reforma foram alguns dispositivos da LEP e não o Código Penal nesse sentido.

Referências Bibliográficas

DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. Criminologia: O homem delinquente e a sociedade criminógena. 2 reimpressão. Serra da Boa Viagem: Coimbra, 1997.

FERNANDES, Newton e Valter. Criminologia Integrada. 2 .ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal. vol. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

KEMBERG, Otto. Diagnóstico Diferencial da Conduta Anti-Social. 1.ed. São Paulo: Revista de Psiquiatria, 1988.

LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Criminologia. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 995.

MENDES, Nelson Pizzotti. Criminologia. 1.ed. São Paulo: Edição Universitário de Direito, 1973.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

PALOMBA, Arturo Guido. Loucura e Crime. 2.ed. São Paulo: Fiúza, 1996.

DEFESA COMERCIAL: ANTIDUMPING

Jorgas Geraldo Paulino dos SANTOS

Aluno do 4º período do Curso de Direito da UNILAGO

Amélia Mussi GABRIEL

Advogada, Mestre em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: Os institutos de defesa comercial – antidumping, salvaguardas e medidas compensatórias – são importantes não apenas pelo esforço na coibição de práticas desleais de comércio por parte de países ou empresas exportadoras, mas também pelo uso distorcido que países desenvolvidos têm dado a tais institutos. Desde o final da Rodada do Uruguai, que culminou com a criação da Organização Mundial do Comércio, multiplicou-se o número de casos de medidas de defesa comercial, sendo rara a empresa de sucesso que não lance mão destes instrumentos com forma útil de resgatar o equilíbrio no mercado de seu interesse.

Palavras-chave: antidumping, defesa comercial, dano.

Introdução

De forma sucinta, Durval de Noronha Goyos jr. define dumping nos termos do artigo 2.1 do Acordo Antidumping da Organização Mundial do Comercio (OMC), como situação criada logo que:

Um produto é introduzido no comércio de um outro país por menos do seu valor normal, se o preço de exportação do produto exportado de um país para outro for menor do que o preço comparativo no curso normal de negócios, para o produto semelhante quando destinado ao consumo interno do país exportador (GOYOS JUNIOR, 1995, p. 77)

Também outros autores doutrinam sobre o tema, no sentido de colocação de mercadoria em outros país a preço inferior ao praticado no mercado doméstico do país exportador, com o fito de desestabilizar a concorrência.

Objetivo

O objetivo deste trabalho é demonstrar ao público leigo o mecanismo de defesa comercial, especialmente o antidumping, por ser útil a toda sociedade. Assim, as medidas antidumping, aplicada pelos países altamente desenvolvidos, de forma bastante arbitrária, sobre produtos exportados por países em desenvolvimento, inclusive o Brasil, interessa a todos, empresários e trabalhadores, profissionais e técnicos, cientistas e cidadãos, pois elas afetam não somente o desenvolvimento econômico e tecnológico dos setores atingidos, mas também na economia como um todo.

NATUREZA JURIDICA

È necessário estabelecer a natureza jurídica das medidas antidumping como forma de apreender o seu alcance e a sua efetividade no objetivo de corrigir distorções no mercado.

Assim, os direitos antidumping já foram classificados como tributo e, também, como modalidade não tributária de intervenção no domínio econômico.

No tocante à classificação dos direitos antidumping como tendo natureza jurídica de obrigação tributária, faz-se mister examinar o conceito de tributo. Estabelece o art. 3º do Código Tributário Nacional (CTN) que: “tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda cujo valor nela se aproxima exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

Não é demais repetir que os direitos antidumping são cobrados através de atividade administrativa discricionária:

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente Administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em varas situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos (CARVALHO FILHO, 1999, p.27).

Em contraposição à atividade administrativa vinculada:

há atividades administrativas cuja execução fica inteiramente definidas na lei. Dispõe esta sobre todos os elementos do ato a ser praticado pelo agente. A este não é concedida qualquer liberdade quanto à atividade a ser empenhada e, por isso, deve submeter-se por inteiro amento legal (CARVALHO FILHO, 1999, p.27)

Observa-se, ainda, que o dumping não obedece aos princípios aplicáveis aos tributos, posto que não consideram a capacidade econômica do contribuinte, nem foram regulamentado por Lei Complementar. Com efeito, resta claro que os direitos antidumping não têm natureza tributária.

Por fim, o Imposto de Importação tem seu fato gerador definido como a entrada de produtos estrangeiros em território nacional. Evidentemente, os direitos antidumping não poderiam configurar novo imposto com base no mesmo fato gerador de outro preexistente.

Em conclusão, pode-se asseverar que os direitos antidumping não têm natureza tributária e, ao mesmo tempo, constituem uma medida não tributária de intervenção no domínio econômico, com o fito de neutralizar os efeitos danosos de uma prática econômica ilícita. Isto ocorre apesar de ser o direito antidumping instrumentalizado através de adicional à tarifa de importação e de compor receita tributária da União.

Assim, a questão foi pacificada a partir da redação dada ao parágrafo único do art. 1º da Lei 9.019/95 que determina que “os direitos antidumping serão cobrados, independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à importação de produtos afetados”. Ainda, o art. 48 do Decreto 1.602/95 prevê “quando um direito antidumping for aplicado sobre um produto, este será cobrado, independentemente de quaisquer obrigações de natureza tributária relativas à sua importação”.

REGULAMENTAÇÃO ANTIDUMPING E O GATT 1947

Com o surgimento do GATT 1947, as normas antidumping foram dispostas no art. VI, que definiu a prática de dumping como a introdução, no mercado importador, de mercadoria abaixo do preço normal, no país exportador, sendo reprimível quando causasse dano à indústria doméstica do país importador. Assim, o GATT reconhecia a existência do dumping condenável e permitia a aplicação de medidas antidumping desde que presentes os requisitos normativos: dumping, dano e nexos causal.

ORIGEM DO DIREITO DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

Após a Segunda Guerra-Mundial, houve necessidade da criação de alguns órgãos para reestruturação mundial, sendo criada a ONU para dar estrutura política. Já no que diz respeito ao setor econômico financeiro-comercial, houve a Confederação de Bretton Woods, em 1944, que idealizou criação do Fundo Monetário Internacional (FMI), com o objetivo era estabelecer equilíbrio cambial e auxiliar países em

crise, o Banco Mundial (BIRD), para auxiliar a reconstrução dos países devastados pela guerra (auxílio financeiro) e da Organização Internacional do Comércio (OIC) cuja função era estabelecer a liberalização comercial através de limites tarifários (a OIC não foi criada, pois a sua “carta” não foi ratificada pelos EUA). Assim, já que a OIC não vingou, foi assinado um tratado, o GATT-1947, para estabelecer reduções tarifárias. O GATT nasceu em caráter provisório com 23 partes contratantes para vigor enquanto a “carta” não fosse assinada.

Através dos anos o GATT-1947 ganhou grande importância; seus membros se reuniam periodicamente para negociações comerciais, através das denominadas Rodadas de Negociações.

Ao final da Rodada do Uruguai, última e mais importante, foi criada a OMC (Organização Mundial de Comércio) através de um documento chamado “Carta de Marraqueche”, que consolida os acordos alcançados entre os países altamente desenvolvidos, em especial entre União Européia, o Japão e os EUA e que foram suavemente “impostos” aos demais países, por força do princípio geral de “aceitar tudo ou nada”. A Carta de Marraqueche é composta por uma Ata Constitutiva da OMC mais 4 Anexos. Dentre os Anexos, ressalta-se o Anexo 1A, que dispõe acerca dos Acordos sobre o Comércio de Bens, entre os quais se destacam o Acordo sobre Salvaguardas, o Acordo sobre Subsídios e Medidas Compensatórias e o Acordo sobre Antidumping.

O ACORDO ANTIDUMPING

Assim, a Rodada Uruguai, iniciada em 1986, teve como um dos objetivos a negociação de regras mais claras e eficazes no que diz respeito ao dumping, de forma a proporcionar uma maior segurança jurídica aos parceiros comerciais do globo. Ficou estabelecido que as medidas antidumping só poderão ser aplicadas nas circunstâncias previstas no GATT 1994 (que incorporou o GATT-1947), e de acordo com as investigações iniciadas e conduzidas seguindo o disposto no Acordo Antidumping, daí ser fundamental que os países membros da OMC regulamentem adequadamente o Acordo na esfera interna.

Conforme o art. 2º do Acordo Antidumping, dumping consiste na “oferta de um produto no comércio do outro país por preço inferior ao seu valor normal”, quando “o preço de exportação do produto for inferior àquele praticado, no curso normal das atividades comerciais, para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador”.

Contudo, apenas haverá aplicação de direitos antidumping quando, além da comprovação do dumping, seja também demonstrado o dano ou ameaça de dano, além de ser necessário estabelecer o nexo causal entre este dano e a prática de dumping.

A DETERMINAÇÃO DO DUMPING

No Brasil, o procedimento administrativo para a investigação de prática de dumping, nos termos do Acordo Antidumping foi regulamentado pelo Decreto 1.602/95

e, a partir de então, toda investigação administrativa tem sido conduzida conforme disposto no mencionado Decreto.

O art. 5º do citado Decreto prevê o dumping como “a introdução de um bem no mercado doméstico, inclusive sob as modalidades de drawback, a preço de exportação inferior ao valor normal (preço pago ou a pagar, devendo ser descontados impostos e frete incidentes, a fim de torná-lo ex fabrica)”.

A DETERMINAÇÃO DE DANO

O Decreto 1.602/95, expõe em seu artigo 14 de que modo será determinada a ocorrência de dano. Primeiramente, a SECEX observará o dano verificando a existência de um aumento significativo, em termos absolutos ou relativos, das importações objeto da possível prática desleal em relação ao consumo nacional aparente e à produção doméstica.

Em seguida, são analisados os efeitos causados nos preços de produtos similares no mercado doméstico do país importador, pelas importações investigadas. A existência de dumping provocaria uma queda nos preços domésticos desses produtos similares.

A documentação apresentada pela empresa, que comprove um prejuízo palpável à indústria investigada, também serve para a avaliação de ocorrência de dano.

É necessário, pois, comprovar o nexo de causalidade entre a prática de dumping e o dano causado ao produtor nacional.

DEFESA COMERCIAL NO BRASIL

No Brasil, é o Decreto 1602/95 que dita o procedimento administrativo que disciplina a aplicação de medidas antidumping (que é uma medida de defesa comercial aplicada quando comprovada a prática de dumping, por parte do exportador, além do dano ao produtor nacional e o nexo causal em decorrência do dumping).

Os órgãos diretamente envolvidos nos procedimentos de Defesa Comercial são a Câmara de Comércio Exterior (CAMEX); a Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) e Departamento de Defesa Comercial (DECOM).

Especificamente acerca das medidas de defesa comercial, a competência para a imposição de medidas antidumping é a da CAMEX.

A SECEX é competente para a abertura dos procedimentos de investigação e também para o encerramento em caso de não aplicação de medidas.

O DECOM é o órgão que conduz a investigação de dumping e acompanha junto à OMC a evolução das medidas pertinentes às normas e à aplicação de acordos de defesa comercial.

Para a abertura do processo, as importações a preço de dumping devem estar causando algum dano à indústria doméstica. O roteiro para a abertura do processo de investigação consta do formulário disponível no site do Ministério do Comércio Exterior (<<http://www.mdic.gov.br>>) a ser encaminhado, eletronicamente, para o DECOM (decom@desenvolvimento.com.br), após o devido preenchimento pelo produtor nacional prejudicado. Se o DECOM julgar procedente esta petição, auto-

rizará a abertura do processo. Para tanto, será necessário preencher a Circular da SECEX nº. 21/96, contendo a identificação do peticionário, classificação do produto e classificação tarifária, dados sobre a indústria doméstica, dados sobre a exportação, preço de exportação e os dados que comprovem a causalidade. Recebida a Circular, inicia-se de fato a instrução. Em seguida, o DECOM enviará questionários para os exportadores que terão 40 dias para preencherem (prorrogável por mais 30 dias) e encaminharem de volta ao DECOM. Haverá ainda uma Audiência Pública, quando será entregue às partes uma “Nota Técnica” constando um resumo de tudo que ocorreu no processo. Antes da Audiência, haverá um prazo de 10 dias para interpor alegações finais. Por fim, será proferido o Relatório do DECOM, que poderá decidir ou não pela aplicação de medidas de defesa comercial. Se não houver aplicação de medidas será divulgado o encerramento da investigação no Diário Oficial da União, mediante Circular da SECEX; se for determinada a aplicação de medidas, haverá uma Resolução da CAMEX estabelecendo a medida antidumping que será adicionada ao imposto de importação, para que este adicional corrija a distorção cometida.

Considerações Finais

Diante do que foi exposto, vimos que o dumping consiste na introdução de um produto no mercado de outro por valor abaixo do “normal”, ocasionando sérios prejuízos ao produtor nacional. Para a solução impasse, surgem as medidas de defesa comercial, a exemplo do antidumping, como instrumento útil para proteger o setor prejudicado.

Portanto devemos observar que no Brasil, com as transformações aceleradas desde a abertura comercial iniciada na década de 90, muitos setores da indústria nacional foram atingidos e expostos à concorrência desleal. Assim o Brasil se viu na necessidade de elaborar instrumentos de defesa comercial. É imprescindível, pois, que se divulgue este instrumento, de forma a torná-lo útil no combate às práticas desleais de comércio internacional.

Referências Bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Lumem Iures, 1999.

GOYOS JUNIOR, Durval de Noronha. A OMC e os Tratados da Rodada Uruguai. São Paulo: Observador Legal, 1994.

NORONHA, Gabriel, Carvalho, Negrine. Tratado de Defesa Comercial: Antidumping, Compensatórias e Salvaguardas. São Paulo: Observador Legal, 2003

A RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: UMA VISÃO ACERCA DO RISCO DA ATIVIDADE

Cristiane Miziara MUSSI

*Advogada, Mestre e Doutoranda em Direito
Docente do Curso de Direito da UNILAGO*

Resumo: O presente trabalho tem por escopo a análise da responsabilidade objetiva inserta no Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90. Tal responsabilidade decorre do risco que o empreendedor assume ao realizar determinada atividade empresarial. Pela Legislação Consumerista, o consumidor deve ser protegido diante da sua vulnerabilidade, podendo exigir que o fornecedor repare qualquer dano que tenha em decorrência da falta de qualidade ou segurança do produto ou serviço colocado no mercado de consumo.

Palavras-chave: consumidor; risco da atividade; vulnerabilidade; responsabilidade objetiva.

O Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 - veio regular as relações de consumo existentes no mercado, equilibrando-as. Para tanto, referido Código trouxe inúmeros dispositivos em que a busca da harmonização das relações de consumo é evidente.

Tal legislação consumerista surge diante da necessidade extrema de proteção ao consumidor, que era compelido a aderir às regras do mercado, impostas previamente pelo fornecedor. A produção, que desde a Revolução Industrial era tida em grande escala, acabava por ocasionar a produção em massa e os chamados contratos de adesão.

Ao consumidor só restavam duas opções: a aderência às cláusulas, preços e condições impostas pelo fornecedor, ou a não concordância com as mesmas, o que implicava na não efetivação da compra ou contrato.

Ocorre que, muitas vezes, o consumidor não dispunha de qualquer alternativa, por se tratar de medidas de emergência ou de produtos completamente necessários ao consumo. A exemplo disso, tínhamos situações em que as pessoas visavam a internação em determinado hospital e essa só seria possível mediante a entrega de cheque-caução. Da mesma forma, o consumidor não possuía qualquer opção ao ter que contratar com um Banco (no qual receberia os rendimentos auferidos do trabalho).

O fornecedor, detinha, desta forma, todo o controle sobre os preços, mercadorias, qualidade do produto e do serviço, cláusulas contratuais etc.

Neste contexto, o Código de Defesa do Consumidor representou não uma afronta ao fornecedor, mas sim a intervenção estatal que há muito se fazia necessária. Visa este Código disciplinar todas as relações consumeristas, criando regras para o mercado, na tentativa de igualar as partes (consumidor e fornecedor) até então em completo desequilíbrio.

Resguarda-se, desta forma, a livre concorrência, como garantia constitucional assegurada ao consumidor e ao mercado. Destarte, espera-se que os produtos surjam com melhor qualidade e melhor preço.

No entanto, ao colocar um produto ou um serviço no mercado de consumo, o fornecedor deve garantir adequada informação (artigo 4.º, IV, artigo 6.º, III, artigo 30 e 31 do CDC) e segurança dos mesmos (artigo 6.º, inciso I, artigo 8.º a 10, CDC), responsabilizando-se pelos mesmos.

No dizer de Motauri Ciochetti de Souza:

A responsabilidade civil adotada pela sistemática do Código (...), acolhe a denominada “teoria do risco do negócio”, fazendo surgir o dever de indenizar qualquer lesão causada ao consumidor pelo produto ou serviço, independentemente da apreciação de culpa ou dolo por parte de qualquer das pessoas descritas em seus arts. 12 e 14¹.

Jorge Alberto Quadros de Carvalho, dispõe:

Nas relações de consumo, a regra é a da responsabilidade objetiva dos fornecedores pelos danos moral e patrimonial causados aos consumidores, o que significa que aqueles respondem pelo risco da colocação do produto ou do serviço no mercado de consumo (risco da atividade), independentemente de culpa².

Ora, o empreendedor auferir (ou pelo menos visa auferir) lucro com a sua atividade e com os serviços que presta. Realizando essa atividade econômica organizada (empresa), deve arcar com os riscos do negócio. Tal fato se dá porque o fornecedor já verifica, de antemão, os riscos que assume ao colocar no mercado produtos e serviços, cientificando-se de que sua responsabilidade é objetiva nas relações de consumo. E é justamente por isso que inúmeros artigos do Código de Defesa do Consumidor dispõem que o fornecedor responde “independentemente de culpa”, pela reparação dos “danos causados aos consumidores”. Estes dispositivos referem-se à “teoria do risco do empreendimento”, segundo a qual todo aquele que se propõe a exercer alguma atividade no campo do fornecimento de bens e serviços, tem o dever de responder pelos fatos e vícios resultantes do empreendimento independentemente de culpa.

A responsabilidade é, desta forma, objetiva³, conhecida também como responsabilidade sem culpa, ou responsabilidade causal. São elementos caracterizadores dessa responsabilidade: o fato ocorrido, o dano e o nexo de causalidade entre o fato e o dano. Não importa a conduta do agente, mas sim o fato e o dano objetivamente considerados. Ao revés, na responsabilidade subjetiva, além desses elementos, é observada a conduta do agente, como critério definidor da responsabilidade.

Essa é uma grande modificação inserida no sistema legal brasileiro. Até o advento da Legislação Consumerista, a responsabilidade utilizada na grande maioria dos casos era subjetiva, fundamentada pelo art. 159 do Código Civil de 1916 (art. 186 e 927 do novo Código Civil - 2002).

Na concepção do Novo Código Civil (2002), é preciso perceber que este também adotou a teoria do risco da atividade, responsabilizando o fabricante, o prestador de serviço e também o comerciante pelos danos causados pelos produtos ou serviços colocados no mercado de consumo.

Como se verifica, o risco assumido pela atividade empresarial, é toda do fornecedor, não podendo ser repassada ao consumidor, cuja vulnerabilidade é presumida (artigo 4.º, I, CDC).

1. *Interesses difusos em espécie: temas de Direito do Consumidor, Ambiental e da Lei de Improbidade Administrativa*, p. 197.

2. *Código de Defesa do Consumidor Anotado*, p. 32.

3. *Exceção à essa regra refere-se à responsabilidade subjetiva do profissional liberal, estampada no §4.º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.*

Do exposto, observa-se que a responsabilidade da empresa é objetiva e decorre do risco da atividade. Não pode o empreendedor transferir sua responsabilidade ao consumidor (parte vulnerável na relação de consumo) Assim, responderá pelo vício ou fato do produto ou serviço colocado no mercado, independentemente de ter havido dolo ou culpa. Apenas as eximentes de responsabilidade do artigo 12, §3.º e artigo 14, §3.º CDC, poderão ser alegadas pelo fornecedor ou prestador de serviços respectivamente.

Em se tratando de fato do produto (acidente de consumo ocasionado por produto), o fabricante, o construtor, o produtor ou o importador só não será responsabilizado quando provar: I – que não colocou o produto no mercado (não fabricou, não construiu, não produziu, ou não importou); II – que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexiste; III – culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

Tratando-se de serviços, o fornecedor não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva de consumidor ou de terceiro.

Observe-se que nas duas situações a prova de que houve uma das excludentes de responsabilidade cabe ao fornecedor.

Ressalte-se que o Código de Defesa do Consumidor não colocou o caso fortuito ou força maior como excludentes de responsabilidade, o que tem ocasionado diversas posições doutrinárias e jurisprudenciais.

Em que pese opiniões contrárias, força maior e caso fortuito não eximem o fornecedor da responsabilidade de indenizar. As tradicionais excludentes “caso fortuito” e “força maior”, não encontram amparo no Código de Defesa do Consumidor, não sendo possível alegá-las para isentar o fornecedor da responsabilidade objetiva de indenização. Conforme Rizzatto Nunes, “o risco do prestador de serviços é mesmo integral, tanto que a lei não prevê como excludente do dever de indenizar o caso fortuito e a força maior. E, como a norma não estabelece, não pode o prestador do serviço responsável alegar em sua defesa essas duas excludentes. (...) Assim, por exemplo, se um raio gera sobrecarga de energia num condutor de energia elétrica e isso acaba queimando os equipamentos elétricos da residência do consumidor, o prestador de energia elétrica tem o dever de indenizar os danos causados ao consumidor”⁴.

Não havendo qualquer excludente de responsabilidade, o consumidor tem direito à efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos (artigo 6.º, inciso VI, CDC).

Portanto, a busca de retorno justo e adequado ao investimento faz parte da lógica empresarial e de qualquer atividade sujeita aos riscos típicos do mercado. Entretanto, segundo Antônio Carlos Alencar Carvalho “quem goza as vantagens também deve suportar as desvantagens. É princípio geral de direito: *qui habet comoda, ferre debet onera*”.⁵ Conforme Rizzatto Nunes, “uma das características principais da

atividade econômica é o risco. Os negócios implicam risco. Na livre iniciativa a ação do empreendedor está aberta simultaneamente ao sucesso e ao fracasso⁷⁶.

Diante disso, não pode o empreendedor restringir os direitos do consumidor, transferindo os riscos do negócio para este (eximindo-se da responsabilidade). De igual modo, não pode o fornecedor alegar um suposto prejuízo para afastar sua responsabilidade. Se assim o fosse, haveria uma vantagem manifestamente excessiva do fornecedor em detrimento do consumidor.

Assim, cumpre à empresa que vende pacote turístico o risco pela eleição e pela qualidade do estabelecimento prestador dos serviços de hospedagem, até porque o risco da atividade econômica é do fornecedor, e não do consumidor⁷. De igual modo, a seguradora deverá estar ciente dos riscos que assume (para tanto, deve haver uma previsibilidade da quantia que poderá ser despendida com o seu negócio). O comerciante, também assume o risco do negócio ao adquirir os produtos e recolocá-los no mercado de consumo novamente, tornando-se responsável solidário, nos termos dos arts. 13 e 18 do CDC. Neste diapasão, se estivermos falando de contratos, qualquer cláusula que impossibilite, exonere ou atenua a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos ou serviços, ou impliquem renúncia ou disposição de direitos, é abusiva, conforme estabelece o artigo 51, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, sendo nula. De igual maneira, temos o inciso IV desse artigo, que dispõe como cláusula abusiva, as cláusulas contratuais que “estabeleçam obrigações contratuais iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

Portanto, o empreendedor responde pelo risco da colocação do produto ou do serviço no mercado de consumo (risco da atividade), independentemente de culpa, pelos danos morais e patrimoniais causados aos consumidores.

Referências Bibliográficas:

ALMEIDA, João Batista de. A proteção jurídica do consumidor. 2 ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALONSO, Paulo Sérgio Gomes. Pressupostos da responsabilidade civil objetiva. São Paulo: Saraiva, 2000.

4. *Curso de Direito do Consumidor*, p. 301-302.

5. *Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=654>>. Acesso em: 24 mai. 2005.

6. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*, p. 146.

7. CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. *Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos*. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=654>>. Acesso em: 24 mai. 2005.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Responsabilidade civil das operadoras de turismo por vícios de pacotes turísticos. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=654>>. Acesso em: 24 mai. 2005.

BITTAR, Carlos Alberto. Direitos do consumidor: código de defesa do consumidor (Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

BITTAR, Carlos Alberto. Reparação civil por danos morais. 3. ed. rev. atual. e ampl. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Comentários ao código de defesa do consumidor: direito material (arts. 1º a 54). São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Curso de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2004.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro. 2. ed. rev., atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Nilton Ramos Dantas. Responsabilidade civil na defesa dos direitos individuais do consumidor: defesa do consumidor, técnica e teoria: doutrina, prática forense, ementário, glossário, legislação. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, Jorge Alberto Quadros de Carvalho. Código de defesa do consumidor anotado. São Paulo: Saraiva, 2001.

SOUZA, Motauri Ciochetti de. Interesses difusos em espécie: temas de direito do consumidor, ambiental e da lei de improbidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 2000.

CORRENTE CRÍTICO DIALÉTICO DO DIREITO: PREOCUPA-SE COM A RELAÇÃO SUJEITO-OBJETO

Edmilson Pereira ALVES

Aluno do 4º período do Curso de Direito da UNILAGO

Daniela Galvão de ARAÚJO

Advogada, Especialista em Direito

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: *Ubi societas, ibi jus* (onde está a sociedade, está o Direito), por isso, não resta dúvida de que o Direito é um fenômeno ordenador da sociedade, portanto, é imprescindível a busca do significado dialético da compreensão do Direito, especialmente na atual complexidade e desafio que vive a sociedade. A dialética aproxima o homem da realidade, porque desenvolve um diálogo entre a realidade social e o raciocínio humano, sempre retificável e não dogmático.

Palavras-chave: Conhecimento, Empirismo, Racionalismo, Dialético-crítico, Dogma.

1. Pensar o pensar

Conversa-se sobre muitos assuntos, nem sempre sobre o pensar, ou seja, não se pensa sobre como se produz o pensamento. O pensamento é pai da linguagem e esta é mãe da sociedade, portanto, pensamento, linguagem e sociedade formam uma única família. Por isso,

[...] É necessário compreender que o sujeito que pensa aprende a pensar dentro da sociedade que se encontra, antes mesmo de se descobrir como ser pensante. Aprende a pensar se comunicando com os que o cercam, e com a linguagem incorpora a forma de pensar que ela contém como própria. Ainda quando se considera apenas essa comunicação nos seus aspectos mais simples e imediatos, já se pode verificar que nela se acham com destaque as explicações que a sociedade em questão dá de si mesma e de seu mundo¹

A falta de visão crítica da realidade, transforma o conhecimento num ente petrificado, estagnado no tempo e no espaço, tornando-o inaceitável. Sendo assim, é oportuno ao estudante de Direito, se perguntar o que é o Direito, pois, a formação do pensamento jurídico não é simples como se imagina, mas, ao contrário, profundamente complexa. Então, a abordagem filosófica é indispensável às ciências sociais, especialmente a ciência jurídica, porque:

[...] Lidando permanentemente com os valores da sociedade, possuindo como uma de suas principais funções precisamente consagrar ou promover determinados valores, a ciência jurídica não pode prescindir de enfoques filosóficos que a enriqueçam e dinamizem.²

Etimologicamente, o termo “direito”, derivado do latim *directum*, do verbo *dirigere*, que significa dirigir, ordenar, endireitar, ou seja, o que é reto, o que não se desvia³, enfim, Direito é, portanto, o que é certo. Pode-se também entender o Direito como sendo o complexo orgânico de que se deriva todas as normas e obrigações que o homem em sociedade deve cumprir, as quais ele não pode fugir sem que sinta a ação coercitiva da força social organizada, pois, afinal, não há Direito sem sociedade, nem sociedade sem Direito. No sentido objetivo, Direito é a lei (norma *agendi*), mas, por outro lado, no sentido subjetivo, pode-se definir o Direito como uma faculdade da pessoa agir, ou exercer o seu direito (norma *facultas*).

Para aqueles que buscam somente informações estas respostas prontas são suficientes, mas, aqueles que buscam conhecimento precisam estudar as principais correntes filosóficas referentes ao ato de conhecer. Sinteticamente, são três, ou seja, a corrente filosófica do empirismo, do racionalismo e a crítico dialética.

Sabe-se que a história humana, na maior parte, é uma luta para aprimorar o conhecimento seja sobre a natureza, ou sobre a sociedade, ou até mesmo sobre o

1. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 204.

2. *Idem*, p. 202.

3. *Verbetes DIREITO*. In. SILVA. De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

próprio homem, já que não existe sociedade que não tenham alguma forma de conhecimento e a ciência é apenas um modo de conhecer.

A principal diferença entre o senso comum e a ciência, está na distinção entre objeto real e objeto de conhecimento. Nesse caso, por um lado temos a realidade em si, o objeto real e, por outro, o objeto construído, isto é, o objeto de conhecimento. As ciências lidam com o objeto de conhecimento, ou seja, o objeto construído, um vez que nunca é possível a captação pura do real, mas, em última instância, é para o real que as ciências se dirigem.

O conhecimento científico antes de ser verdadeiro é sempre aproximado e retificável, portanto,

[...] As ciências não procuram jamais resultados definitivos. As teorias científicas irrefutáveis pertencem ao domínio do mito. O que caracteriza a ciência é a falsificabilidade, pelo menos em princípio, de suas asserções. As asserções ‘inabaláveis’ e ‘irrefutáveis’ não são proposições científicas, mas dogmáticas⁴.

2. Empirismo: no objeto

Do empirismo radical de Auguste Comte (1798–1857), representado pelo positivismo até a postura moderada do empirismo lógico do Círculo de Viena, a característica fundamental da corrente filosófica do empirismo é que o conhecimento nasce da relação com o objeto.

Nesta perspectiva o sujeito desempenha um papel passivo no processo de elaboração do conhecimento, este precisa só saber ver, observar a realidade. Portanto, o sujeito é igual a uma câmara fotográfica e o ato de conhecer se reduz no momento da CONSTATAÇÃO.

O objeto é transparente, já que, apresenta-se ao sujeito como é na realidade, logo o conhecimento flui do objeto, portanto, conhecer é descrever o objeto.

3. Racionalismo: no sujeito

Ao contrário do empirismo, o racionalismo tem o fundamento do ato de conhecer no sujeito, tanto que na forma radical, ou seja, no idealismo platônico, o objeto é praticamente ignorado, isto porque não conhecemos as coisas, mas, somente as representações destas (Platão, 427 -347 a.C.), porém, nem todo racionalismo é assim.

Descartes (1596 -1650) é considerado o fundador do racionalismo moderno e:

Uma forma moderada de racionalismo é constituída pelo chamado intelectualismo que atribui a razão o papel de conferir validade lógico-universal ao conhecimento, embora sustente que este não pode ser concebido sem a experiência⁵.

Então, o intelectualismo tem como característica principal a racionalização da realidade.

4. JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p.106 (Grifos do autor).

Kant (1724 – 1804) foi o primeiro a considerar a relação do sujeito e do objeto, mas, apontou para a importância maior do sujeito no processo cognitivo, mesmo que ele admita que a origem do conhecimento científico reside sempre na experiência. O criticismo kantiano é uma tentativa de sintetizar os pontos de vista do empirismo e do idealismo.

Para a corrente filosófica do racionalismo o ato do conhecimento está na relação com o sujeito.

4. Dialética: na relação

Para a dialética, o importante não é considerar isoladamente o objeto ou o sujeito, mas a relação concreta, não abstrata, que ocorre dentro do processo histórico do ato de conhecer, pois, todo o trabalho de construção de conhecimentos novos é uma atividade, engajada e não uma simples captação passiva da realidade ou uma mera racionalização do mundo.

Fica evidente para a corrente filosófica crítico dialética que “[...] o ato de conhecer é necessariamente um ato de construir, ou, dizendo melhor, de reconstruir, de aprimorar os conhecimentos anteriores”⁶, pois, o conhecimento não é estático, mas dinâmico.

O sujeito cognoscente não é um ser abstrato, neutro, a-histórico, muito pelo contrário, é concreto, cheio de interesses, condicionado, situado, engajado. A verdade é que “[...] o dado não é dado: é construído [...] A dialética destrói, desta maneira, um dos mitos do positivismo: o mito do cientificismo”⁷.

O ato de conhecimento para a corrente filosófica crítico dialética se dá na relação do sujeito como o objeto.

Uma das maiores contribuições do pensamento dialético foi a distinção entre objeto real e objeto de conhecimento. Isto significa que, a realidade é uma coisa e o conhecimento desta é outra coisa completamente diferente. O conhecimento científico, não é o conhecimento da realidade, nem é definitivo, nem dogmático, mas, sempre aproximado, retificável, construído, em outras palavras, o objeto de conhecimento vai em direção ao objeto real, porém, jamais se confundem.

5. Considerações Finais

Distante é a pretensão de querer definir o Direito, pois, sendo uma ciência o seu conteúdo é sempre aproximado e nunca dogmático, basta observar o surgimento de novas leis e tantas emendas constitucionais.

O ilustre jurista Miguel Reale, desenvolveu a Teoria do Tridimensionalismo do Direito⁸, ou seja, o Direito é a integração dinâmica do fato, valor e norma. Então, a vida intrínseca do Direito é a integração destas três dimensões e se faltar uma delas

5. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 7 (Grifo do autor).

6. *Idem*, p. 14 (Grifo do autor).

7. *Idem*, p.15 (Grifo do autor).

(o fato, o valor ou a norma) a saúde do Direito estará profundamente comprometida.

A dimensão extrínseca do Direito é essencial a manutenção da saúde do Direito, por isso, “A dialética estuda o Direito dentro do processo histórico em que ele surge e se transforma, e não a partir de concepções metafísicas formuladas a priori”⁹.

Direito é, nas palavras de Roberto Lyra Filho, processo:

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cuja próprias contradições brotam as novas conquistas¹⁰.

Referências Bibliográficas:

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

JAPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Coleção primeiros passos, 62. São Paulo: Brasiliense, 2003.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

8. REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 60 – 64 .

9. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *A ciência do direito: conceito, objeto, método*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 131 –132.

10. LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. Coleção primeiros passos, 62. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 86.

O CDC COMO INSTRUMENTO JURIDIDICO-PROTETOR DAS CRIANÇAS NO CASO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA.

Etiene Maria Bosco BREVIGLIERI

Advogada

Especialista em Direito do Consumidor,

Didática do Ensino Básico e Superior

Mestre em Letras pela UNESP

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

RESUMO: O presente artigo objetiva apontar a publicidade no Código de Defesa do Consumidor, levando em conta a importância que reveste a regulamentação dessa matéria pelo mencionado código no que diz respeito a um público em especial; o infantil. Seu objetivo restringe-se ao estudo das inovações trazidas com o advento da nova legislação, e sua influência no cotidiano das relações de consumo, bem como o reflexo desta no comportamento adequado do consumidor no momento em que for adquirir bem ou serviço destinado ao público infantil.

Palavras-chave: Código de Defesa do Consumidor, criança, publicidade enganosa e abusiva.

INTRODUÇÃO

Hoje somos receptores de uma constante veiculação de mensagens publicitárias, dentre essas, algumas assumem importância destacada, àquelas que dizem respeito a um público em especial; o infantil. Assim destacamos os conceitos de publicidade e propaganda, o estudo do fenômeno publicidade, seu surgimento, evolução, características e relevância no mercado de consumo.

Analisaremos, portanto, os princípios que regem o direito do consumidor, e que, por consequência, regem, igualmente, a disciplina da publicidade e ainda sobre o aspecto jurídico da publicidade comercial, os contornos dados pelo Código à oferta publicitária, mais precisamente acerca de sua vinculação, bem como a regulamentação do Código de Defesa do Consumidor, e das formas de repressão à publicidade enganosa ou abusiva, em especial as ocorridas em casos concretos.

CONCEITOS DE PUBLICIDADE E PROPAGANDA

Os procedimentos comerciais apresentam-se como um momento de pós-produção, nas palavras do professor Antônio Herman Benjamin¹:

Práticas comerciais são todos os procedimentos, mecanismos, métodos e técnicas utilizadas pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final.

O direito tenta controlar o marketing, mediante parâmetros mínimos de conduta, respeitando sempre, conforme preceitua a Constituição de 1988, a livre iniciativa.

Aqui, o marketing é protegido na medida em que o direito assegura a perfeição da relação de consumo, purificando, dessa forma, o mercado, e, pela via transversa, também a atividade de marketing².

Vistos desta forma o objetivo do marketing e da defesa do consumidor é o mesmo: garantir o máximo possível de satisfação ao consumidor, mas cada qual ao seu modo e com conceito “divergente” muitas vezes de satisfação. A publicidade de que trata o CDC não deve ser confundida com a publicidade obrigatória em certos negócios jurídicos, no sentido correspondente à ação de registrar, de tornar público, e, por conseguinte, oponível erga omnes. O CDC preocupa-se com a publicidade divulgadora de fatos, serviços, idéias ou produtos de interesse dos fornecedores, repercutindo, assim, no âmbito econômico-social.

Nesse caso, é instrumento de integração assumida pelo fornecedor ao contrato com o consumidor.”

1. GRINOVER, Ada Pelegrini; VASCONCELLOS E BENJAMIN, Antônio Herman; WATANABE, Kazuo et alii. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, 4a.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
2. *op. cit.* p.170.

Para a professora Cláudia Lima Marques³, publicidade é:

toda informação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação utilizado.

Neste conceito ficam claramente expostos os dois elementos essenciais de toda e qualquer forma de publicidade: a) a finalidade de influenciar o público e b) o favorecimento, direto ou indireto, de produtos ou serviços. Influenciar o público é a razão de ser da publicidade; não importa se diretamente sobre seu comportamento imediato, como por exemplo, levando o público-alvo a comprar numa super-liquidação, ou indiretamente, influenciando sobre o conceito que seus destinatários têm sobre determinada empresa ou grupo empresarial nas chamadas campanhas institucionais.

Quanto ao fenômeno publicitário, o controle pode se dar de três maneiras: por um sistema exclusivamente estatal, por um sistema exclusivamente privado, ou, finalmente, por um sistema misto de controle.

O professor Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin⁴ apesar de reconhecer a importância da auto-regulamentação publicitária faz três sérias restrições à mesma : 1) a regra da autodisciplina não vincula todos os operadores, mas, tão somente aqueles que, voluntariamente, aderiram a tal forma de controle; 2) tais regras operam, apenas, no plano normativo interno, não possuindo relevância externa; 3) a força vinculante é inferior ao do modelo público, eis que tal sistema apresenta-se como mera derivação contratual. Soma, ainda, o professor a esses três fatores, o fato de que em tal sistema o controle não se faz pelo ângulo do consumidor: "... agregando-se a preocupações desta natureza outras que pouco têm a ver com ele, na sua posição de parte vulnerável no mercado, como aquelas relativas à concorrência leal e à moralidade".

O sistema misto de controle, conforme o próprio nome deixa perceber, surge de uma fusão entre os dois outros sistemas. Esta modalidade aceita e incentiva tanto o controle exercido pelo Estado como àquele implementado pelos partícipes publicitários.

No Brasil, as entidades dedicadas à auto-regulamentação da publicidade organizaram-se em torno do CONAR- Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária - tendo elaborado em 1978, o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

Com o advento do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor surgiu certo desacordo na Doutrina com relação à espécie de sistema de controle adotado no Brasil. Uma parte dela argumenta que por serem as normas do CONAR de caráter absolutamente privado não seriam aptas a produzir resultados jurídicos perante terceiros

3. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1992. p. 138.

4. *op. cit.* p. 191 e 192.

e, com o surgimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, foi ocupado inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada. É esta a opinião, por exemplo, do professor Adalberto Pasqualotto⁵, que entende que por ser o estatuto do CONAR de natureza contratual, em outras palavras, livre de cogência e, por não haver na lei referência à regulamentação privada da matéria, o controle da publicidade no Brasil seria público e estatal.

O destinatário da publicidade será o público, número indeterminado de pessoas. Reza o art. 29 do CDC que, para os fins dos Capítulos V e VI (Das Práticas Comerciais e Da Proteção Contratual, respectivamente) do Título (Dos Direitos do Consumidor), “equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Por tais práticas devem ser entendidas “práticas comerciais”, ou seja, meios de que o fornecedor se utiliza para comercializar, vender, oferecer o seu produto ao consumidor potencial.

Além do art. 29 do CDC, de aplicação específica aos Capítulos V e VI do título I, o Código possui um conceito geral de consumidor, localizado no art. 2º, caput, além dos conceitos, por equiparação, nos arts. 2º, parágrafo único, e 17. O art. 2º, caput, dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Em princípio todos os consumidores são vulneráveis, cabendo ao Poder Judiciário, na análise do caso concreto, afastar a presunção ou aplicar a tutela da Lei n. 8.078/90. Portanto, em princípio, não se aplicam as regras de proteção do CDC às relações entre o fornecedor e o consumidor profissional, exceto se configurada a vulnerabilidade do profissional.

Com relação à publicidade, estão amparados pelo CDC não só o consumidor em potencial, ou seja, aquele que pode vir a adquirir ou utilizar produto ou serviço como destinatário final, mas todas as pessoas expostas às práticas comerciais. Entende-se que são destinatários da mensagem publicitária os consumidores em potencial e o público em geral, que se caracteriza pela indeterminação e amplitude.

Dentre os Princípios específicos em matéria publicitária, alguns autores como Luiz Antonio Rizzatto Nunes⁶ abordam dentre os princípios constitucionais, por exemplo: o princípio da liberdade e o princípio da boa-fé. A essa classificação, é possível incluir o princípio da transparência que a todos os outros informa.

Decorrente dos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, art. 170, caput, e inciso IV, respectivamente. E, em menor escala, dos princípios da livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF/88), e da liberdade de informação (arts. 220 e ss. da CF/88) quando se tratar especificamente de publicidade comercial.

Instituído pelo art. 4º, caput, do CDC, constitui-se em novo princípio básico norteador na formação dos contratos entre consumidores e fornecedores.

5. *op. cit.* p. 69.

O CDC regula, inicialmente, aquelas manifestações do fornecedor tentando atrair o consumidor para a relação contratual, motivando-o a adquirir seus produtos e usar os serviços que oferece. Ao regular a oferta feita pelo fornecedor, incluiu ali, também, a publicidade objetiva, com o fim de assegurar a seriedade e a veracidade destas manifestações, criando uma nova noção de ‘oferta contratual’.

O art. 4º do Código propugna que a intervenção na economia contratual se dê com base na boa-fé, isto é, com a superação dos interesses individuais das partes e com o resguardo dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de atuações fundadas na lealdade e na confiança. A boa-fé também é mencionada no art. 51, IV do CDC que considera abusiva a cláusula incompatível com a boa-fé ou a equidade.

Alguns deveres que, normalmente, seriam remetidos ao âmbito da boa-fé foram tipificados pelo CDC, ou seja, certos deveres que no direito dos contratos têm sua fonte na boa-fé, no direito do consumidor possuem previsão legal específica, como por exemplo, no que tange à oferta (art.30), ao dever de informação (arts.9º, 12, 14, 31 e 52), aos deveres de lealdade e probidade na publicidade (arts. 36 e 37), entre outros. O direito brasileiro positivou quatro princípios específicos do regramento da publicidade comercial, sob o aspecto da defesa do consumidor, são eles :

I) O princípio da veracidade: previsto no art. 37, § 1º, do CDC, diz respeito à “adequação entre aquilo que se afirma sobre o produto ou serviço e aquilo que ele realmente é.”⁷;

II) Princípio da clareza: também denominado por alguns autores como princípio da identificação, da autenticidade ou da ostentação; foi previsto no CDC nos artigos 4º, VI e 36;

III) Princípio da Correção: além de verdadeira e clara, a publicidade deve ser correta, ou seja:

“... não deve conter mensagens que venham a agredir os valores sociais, sejam aqueles elencados expressamente em lei como relevantes, sejam aqueles outros que, num dado momentos históricos, se mostrem importantes e passíveis de preservação. Assim, não basta veicular os dados verdadeiros sobre o produto ou serviço; necessário fazê-lo através de mensagens corretas, ou seja, compatíveis com os valores sociais.” •É chamado por alguns doutrinadores de princípio da ordem pública ou da legalidade.

IV) Princípio da informação: ou princípio da fundamentação. Concerne à necessidade de que a mensagem publicitária esteja devidamente fundamentada pelos dados fáticos, técnicos e científicos que a sustentam.

Em conformidade com o tema, seria indispensável apontar alguns dados sobre a influência da TV como meio de transmissão de idéias, também de publicidade, sobre

6. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (art. 1º a 54)*. São Paulo: Saraiva, 2000.

o público alvo em destaque : as crianças. Para tanto nos utilizaremos de alguns dados compilados por Federighi⁸, embora não nos voltemos somente à publicidade abusiva que instigue à violência, seria inútil tentar separar a publicidade abusiva ou enganosa que se destine às crianças e até aos jovens sem relatar os efeitos desta no índice de violência registrados no meio infantil e adolescente.

Em 1976, “Pietila realizou na Finlândia, um estudo comparativo entre os programas recreativos nas televisões soviéticas e ocidentais, chegando à conclusão de que a maior parte dos atos de violência praticados na televisão ocidental eram aqueles perpetrados contra a vida e contra a propriedade”⁹

Como isso geraria reflexos? Pensemos na atitude imitativa das crianças.

A influência sobre o julgamento impotente das crianças seria o efeito mais grave da exposição à violência, já que na TV temos um efeito instantâneo e globalizante. E ainda:

Uma pesquisa realizada por Dorothy e Jerome Singer em diversos períodos espaçados (1971, 1980, 1983, 1984) investigou a relação entre a criança e a televisão. Tal estudo comparou os efeitos do presenciar uma cena de violência fictícia e o presenciar de uma real cena de violência em uma brincadeira escolar. Uma das conclusões foi a similitude de impacto produzida pelas duas situações. Outra comparação interessante estudada por Singer e Singer é aquela entre o ato de ver uma cena de violência vista na TV acaba por produzir efeitos descontrolados na imaginação e nos valores das crianças, enquanto que a violência lida cria efeitos variados, pois depende da imaginação do leitor.”¹⁰

Não é necessário apontar fontes que provem o que pais e educadores já afirmam a um bom tempo: as crianças após a inserção da TV se tornaram mais agressivas, tanto física como verbalmente, apesar das diferenças de idade, frequência e tempo de exposição à TV.

Curiosamente:

uma pesquisa realizada pela National Broadcasting Company, em 1982, chegou a conclusões distintas e extremas. Para aqueles pesquisadores que trabalharam para a pesquisa encomendada pelo órgão de mídia, a relação entre a manifestação de agressividade e a violência apresentada na televisão não mantinha correlação, a ponto de descartarem o resultado final da pesquisa, por entenderem-na irrelevante.¹¹

7. COELHO, Fábio Ulhoa. “artigo 28 ao 45”. Coordenador: Juarez de Oliveira. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*. São Paulo: RT, 1993. p.143.

8. Federighi, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. *Publicidade Abusiva: incitação à violência*. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 1999.

9. *Idem*, p.49.

No Brasil tivemos, por exemplo, o caso: “Menino morre imitando programa de televisão”, descrito pelo jornal O Estado de São Paulo, de 18-05-96, onde tivemos um acidente fatal ocorrido com um menino de 15 anos que teria morrido ao reproduzir um jogo do programa Ponto a Ponto, veiculado pela TV Globo. Ele morreu, após sofrer queimaduras de 3º Grau em 80% do corpo e seu irmão, até a data da notícia, se encontrava em estado grave em uma Unidade de Terapia Intensiva de Porto Alegre. O jogo consistia em atear fogo a uma bola de futebol e jogar. O mesmo jornal noticiava que a Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – onde ocorreu o fato – pediria a abertura de inquérito para a apuração de eventual estímulo ou incitação promovido pelo programa de televisão. Para o pai dos garotos, eles teriam sido influenciados pelo programa de TV.

O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Como forma assecuratória dos direitos de uma sociedade que já pode ser julgada como de “consumo em massa”, o Código de Defesa do dando valor coercitivo a uma série de situações antes esquecidas no dia a dia do cidadão; surge como elemento reconhecedor da hipossuficiência jurídica do consumidor, deslocando-se para o campo efetivo dos interesses difusos e coletivos, uma relação até então desprotegida. Neste sentido, ensina Celso Antonio Pacheco Fiorillo¹², que:

destarte o próprio Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, veio a se transformar no mais importante instrumento legislativo destinado à tutela dos interesses difusos, concluindo que a própria Lei n. 7.347/85 (Lei dos Interesses Difusos) só veio a ganhar seus contornos atuais graças ao CDC.

O art. 170 da Constituição Federal e o art. 5º, inciso XXXII, constituem previsão constitucional de proteção às relações de consumo, e a edição do nosso Código de Defesa do Consumidor como sua consequência mais imediata, reflete uma tendência de proteção dos interesses difusos, devendo o Estado, fazer com que seja cumprido em prol do interesse público. O sistema de controle de publicidade pode ser auto-regulamentar puro, estatal puro. No sistema auto-regulamentar puro, apenas os participantes internos do meio publicitário interferem na fiscalização. Através do sistema estatal puro, somente o Estado pode ditar normas de controle a publicidade e implementá-las.

Já o sistema misto de controle surge de uma fusão entre os dois outros sistemas. Nesta modalidade, o controle é exercido paralelamente pelo Estado e pelos integrantes do meio publicitário. É o sistema adotado pelo Brasil.

Assim o consumidor brasileiro é amparado desde 1980, com a fundação do

10. *Idem*, p.50.

11. *Idem*, p. 51.

CONAR – Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária, estabelecendo-se como órgão controlador da ética publicitária, cujo sistema é exclusivamente privado; e ainda, sistema estatal de controle da publicidade composto pela atuação do Poder Executivo, e do Poder Judiciário. O Poder Executivo, representado por órgãos oficiais, controladores que são responsáveis pelas aplicações de sanções administrativas. O Poder Judiciário é responsável pelas aplicações de sanções civis e penais. De acordo com a interpretação do texto final do artigo 10 do Decreto 861/93, concluiu-se que a atuação de um órgão não exclui a do outro (ainda reforçados com a instituição do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, pelo Decreto 861 de 9.7.93, e pelo controle do âmbito administrativo, assim como as sanções aplicáveis nesta esfera, estão instituídos no Código de Defesa do Consumidor e regulamentados pelo Decreto 861 de 09.07.1993.

No tocante à publicidade enganosa, o consumidor é amparado por três esferas de proteção: a) reparação de danos patrimoniais e morais comprovados pelo consumidor; b) aplicação de sanções administrativas; e c) aplicação de sanções penais. Dentre tais sanções temos a contrapropaganda, a reparação de danos materiais e morais(art.6º CDC)e de indenizar também está inserida no artigo 35, inciso terceiro, juntamente com o parágrafo primeiro do art. 84 do CDC.

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EFEITOS DA PROPAGANDA SOBRE AS CRIANÇAS – CASOS CONCRETOS

Na sociedade atual, a criança não é mais um dependente do adulto, ela é elevada ao “status” de cliente; sem falar na publicidade abusiva que além de influir no consumo de maneira desonesta e ilícita, abusa, literalmente, da capacidade de compreensão da criança frente ao mundo real, criando muitas vezes um conceito distorcido de certo e errado, justo e injusto, e que como nos casos em que a publicidade se utiliza de cenas violentas, estimula a agressividade e diminui a aflição diante do sofrimento real, ou ainda distorce conceitos básicos pregados em sala de aula e em casa.

Um exemplo é o das campanhas da Benetton cujos temas parecem ser um tanto agressivos. Dentre elas tivemos o caso da publicidade veiculada através de outdoors e em revistas, pela mencionada Benetton, onde, sem apresentar qualquer produto da grife, exhibe uma foto onde, um doente terminal de Aids, acaba de morrer, cercado pela família.

A imagem chocou vários segmentos da sociedade européia. Em edição de 24 de fevereiro de 1992 a publicação portuguesa Destaque, sob o título “Benetton: cores, publicidade e polêmica”, comentava sua campanha chamada de “realidades da condição humana”, enquanto isso jornal The Economist, em artigo de 1991, mencionava o disparo nas vendas da marca, em função de sua publicidade.

Mas não é só. A campanha ensejou, na Itália, a manifestação do órgão autodis-

12. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os Sindicatos e a defesa dos interesses difusos no direito processual civil brasileiro- Coleção estudos de direito de processo- volume 31- revista dos tribunais-1995.*

ciplinar, que, na decisão PI/160, Benetton-Kirby, considerou a publicidade abusiva, e que:

la crudeltà delle immagini proposte attraverso l'esibizione in nodo diretto e inequivoco di una scena drammatica di tragedia familiare viola il senso del rispetto per l'intimità e la riservatezza di chi à gravemente malato, così de poter indurre nei soggetti pi – indifesi, quali principalmenti i bambini e gli adolescenti, sentimenti di turbamento tali da minacciare la sucirezza psichica degli stessi...¹³

Por fim, a publicidade abusiva, globalmente considerada, é a essência do desvio publicitário, e no caso de jovens e crianças desvirtua valores mais complexos como família, infância e educação.

Vejamos outro exemplo:

PUBLICIDADE ABUSIVA — Propaganda de tênis veiculada pela televisão — Induzimento das crianças a adotarem o comportamento da apresentadora, destruindo seu tênis usado — Ofensa ao art. 37, § 2º, do CDC. Sentença proibindo a vinculação de propaganda confirmada — Contra-propaganda que se tornou inócua ante o tempo já decorrido desde a suspensão da mensagem. Recurso provido parcialmente” (TJSP, Ap. Civ. 241.337-1/0, Rel. Des. Ribeiro Machado, j. em 11-7-1996).

CONCLUSÃO

Além de movimentar as relações de consumo, a publicidade é responsável pela geração direta e indireta de empregos, pelo aumento da circulação da moeda, pela criação de novos mercados e pela manutenção da produção e venda em massa, é identificada pelo caráter comercial do anúncio, sempre buscando inserir novos hábitos e novas necessidades no padrão de vida de uma coletividade, pensando, geralmente, para o conforto, o prazer, economia, entre outros.

Para que se alcance o equilíbrio entre fornecedor e consumidor, é indispensável que o sistema de controle privado (CONAR) atue conjuntamente com o sistema de controle estatal. Assim, o anunciante que insistir na utilização de publicidade enganosa poderá sofrer a imposição da contrapropaganda, sempre às expensas do infrator. Também será obrigado a reparar todo tipo de dano causado, da forma mais plena possível, compensando os danos morais sofridos e reconstituindo patrimonialmente os danos materiais averiguados.

Finalmente, diante da tipificação da publicidade enganosa pelo Código de Defesa, o infrator ficará sujeito à pena de detenção pela prática de crime abstrato, em razão da universalidade indeterminada de consumidores exposta à prática perniciosa de anúncio de produtos e serviços, não importando se realmente houve prejuízo concreto para algum deles. Destarte, mister se faz a intervenção regulamentadora governamental sobre este poderoso polarizador de opiniões que é a publicidade, de

forma a coibir a destruição dos valores morais e éticos que mantêm a sociedade coesa e, sobretudo, perpetuar a força e a grandeza do Direito, único real sustentáculo da sociedade moderna e garantidor dos direitos fundamentais do ser humano.

Referências Bibliográficas

AGUIAR Jr., Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. Revista do Direito do Consumidor. São Paulo, volume 14, pp.20 a 27, abril/junho - 1995.

ALVIM, Arruda, et al. Código do Consumidor Comentado. São Paulo: RT, 1991.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. “O Controle Jurídico da Publicidade”. In Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 1994.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. Publicidade abusiva: incitação à violência. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini; VASCONCELLOS e BENJAMIN, Antônio Herman;

WATANABE, Kazuo et alli. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 4a.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

JOBIM e SOUZA, Solange (org.) Subjetividade em questão: a infância como crítica da cultura. Rio de Janeiro: 7Letras, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. A publicidade e o direito do Consumidor. Justitia, v. 54 (160), 1992.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Curso de Direito do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000.

A MOROSIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL BRASILEIRA E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/2004

João SANTA TERRA JÚNIOR

Advogado

Pós-graduado pela Escola Paulista da Magistratura – TJ/SP

Resumo: A denominada “Reforma do Judiciário”, aprovada através da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, teve como principal meta a outorga de medidas garantidoras da efetividade da prestação jurisdiccional, em especial através do combate à morosidade processual. Contudo, somente a Emenda Constitucional nº 45 não é capaz garantir a concretização da tão almejada efetividade da tutela jurisdiccional. É necessário entender as causas do emperramento da Justiça para, após, apresentar as medidas em busca da celeridade.

Palavras-chave: jurisdição, morosidade processual, emenda constitucional nº 45/2004.

*A justiça atrasada não é justiça,
senão injustiça qualificada e manifesta.*

Rui Barbosa

Em nosso Estado de Direito, o que significa ter direitos? Basta a posituação de inúmeros direitos nos planos constitucional e infraconstitucional, em especial daqueles inerentes à condição humana, para a satisfação do nosso povo? A garantia constitucional de que toda lesão ou ameaça de lesão a direito será apreciada pelo Judiciário, somada aos princípios do devido processo legal e da ampla defesa, são suficientes para proporcionar a pacificação social? Enfim: de que adianta a Lei Maior consagrar inúmeros direitos se os mecanismos para defendê-los e para garantirem sua fruição encontram-se emperrados há muito tempo? Será que o nosso sistema jurídico-processual é produtivo? Ou seria caso de planejarmos uma ofensiva concreta em prol da recuperação da efetivação das medidas jurisdicionais?

Jurisdição é a função estatal de efetivação da pacificação social definitiva dos conflitos de interesses apresentados, através da aplicação de normas abstratas a casos concretos. Jurisdição é dever estatal ao qual se contrapõe o direito público subjetivo, de natureza estritamente jurídica¹, que confere aos tutelados a prerrogativa de pedir e receber do Estado (em razão do monopólio jurisdicional) a solução efetiva para a lides que lhe são apresentadas: o direito de ação. Por solução efetiva devemos compreender aquela capaz de outorgar a paz social, fim último do exercício jurisdicional, alcançado com a concessão de decisões definitivas, seguras, justas e céleres.

A conhecida frase jurídica, a Justiça tarda, mas não falha, é verdadeira? Justiça tardia já não é Justiça falha? De que adianta o acesso à Justiça se ela não é efetiva? De acordo com Alfredo França Neto: “A ausência ou a demora da tutela jurisdicional é penosa conseqüência àqueles que a reivindicam, dada a proibição do cidadão autotutelar o seu direito com o arbítrio das próprias razões.”²

Nesse contexto, bem como diante da atual situação das Comarcas e dos Tribunais brasileiros (infra), a celeridade processual projeta-se como um ideal para a prestação da tutela jurisdicional pátria³, um ideal reclamado pelos tutelados e almejado pelo provedor da tutela, o Estado. Compreensível, assim, a preocupação do legislador constituinte derivado ao eleger a celeridade processual como o tema central da Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004.

1. De acordo com a classificação dos direitos subjetivos adotada pelo professor Miguel Reale, na obra *Lições Preliminares de Direito*, 27ª edição, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 265 a 276.

2. FRANÇA NETO, Alfredo. *O Exercício Político da Autonomia do Poder Judiciário*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 118.

3. Após a Emenda Constitucional nº 45, o ideal de busca da celeridade processual é cláusula pética, encontrada no art. 5º, LXXVIII, da CF.

1. Números atuais do Poder Judiciário

Em agosto de 2004, nosso órgão de cúpula jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal, encomendou uma pesquisa que fosse um raio X do Poder Judiciário atual. Este trabalho foi denominado “Indicadores Estatísticos do Judiciário”, durou quase um ano e foi divulgado, em sua integralidade, no seminário “A Justiça em Números”, realizado pelo STF na segunda semana de maio de 2005. Foram coletados dados do ano-base 2003 provenientes de todos os níveis e graus do Poder Judiciário e que resultaram um diagnóstico detalhado dos principais entraves à prestação da tutela jurisdicional efetiva. Seguem alguns dados desta pesquisa, coletados a partir do ano-base 2003⁴:

• *Gasto Anual:*

Despesa anual dos Tribunais Superiores e Custo Total Geral do Sistema em 2003	19,2 bilhões
Despesas da Justiça Federal	R\$ 2,7 bilhões (R\$ 15,34 por habitante)
Despesas da Justiça do Trabalho	R\$ 4,9 bilhões (R\$ 28,04 por habitante)
Despesas da Justiça Estadual	R\$ 10,7 bilhões (R\$ 60,61 por habitante)

• *Número de Juizes: 13.660 (7,62 juizes para cada 100 habitantes)*⁵:

Magistrados	Quantidade	%
STF, STJ, TST e STM	76	0,6 %
Tribunais Regionais Federais	133	1,0 %
Justiça Federal – 1ª instância	988	7,2 %
Tribunais Regionais do Trabalho	440	3,2 %
Justiça do Trabalho – 1ª instância	2.067	15,1 %
Tribunais de Justiça	948	6,9 %
Tribunais de Alçada	321	2,3 %
Justiça Estadual – 1ª instância	8.687	63,8 %
Total	13.660	100%

4. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=134246&tip=UN¶m=>>>. Acesso em: 13 de maio de 2005.

5. A média internacional é de 7,34 juizes por 100.000 habitantes.

• *Número de Tribunais: 96*

Tribunais	Quantidade
STF e Tribunais Superiores (STJ, TST, STM e TSE)	5
Tribunais Regionais Federais	5
Tribunais Regionais do Trabalho	24
Tribunais Regionais Eleitorais	27
Tribunais de Justiça	27
Tribunais de Alçada	5
Tribunais Estaduais Militares	3
Total	96

• *Número de servidores (efetivos ou terceirizados) para cada 100 mil habitantes: 3,2 profissionais.*

• *Número de novas demandas em 2003: 17,4 milhões.*

• *Taxa de congestionamento⁶: Justiça Brasileira, 59,26%⁷; STF, 58,67%.*

• *Origem dos processos – três principais Estados: São Paulo – 27%; Rio Grande do Sul – 17%; Distrito Federal – 7%.*

Importante trabalho também foi realizado pelo Poder Executivo, através da Secretaria de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, a partir de consultoria contratada junto à Fundação Getúlio Vargas-SP, com o objetivo de realizar um mapeamento de recursos humanos e materiais com todas as instituições que compõem o Poder Judiciário brasileiro, denominada “Diagnóstico do Poder Judiciário”⁸ (com objetivo similar àquela realizada pelo STF), que resultou nas conclusões abaixo:

- O governo é o maior cliente do Poder Judiciário: em torno de 80% dos processos que tramitam nos tribunais superiores tratam de interesses do governo;
- O maior número de processos concentra-se na 1ª instância (86% dos processos entrados em 2003) e não na 2ª instância e nos Tribunais Superiores, sendo

6. A taxa de congestionamento resulta da divisão do número de decisões que saíram do sistema pela soma dos novos casos com os casos pendentes de julgamento e os processos em execução.

7. Em entrevista disponível no sítio oficial do STF, o Ministro Nelson Jobim afirmou que em 2003, em média, de cada 100 processos foram julgados 47, o que demonstra que o sistema não está funcionando. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=134226&tip=UN¶m=>>>. Acesso em: 13 de maio de 2005.

8. Pesquisa extraída do sítio oficial do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/diagnostico_weg.pdf>. Acesso em: 21 de julho de 2005.

a Justiça Comum Estadual é responsável pela maior parte dos processos em tramitação no país, aproximadamente 73%;

- A União responde por aproximadamente 43% das despesas com a Justiça no país;
- Há relação direta entre o crescimento do número de processos nos Tribunais Superiores e a ação do governo federal, com a implementação de medidas de natureza econômica/tributária;
- Os agravos de instrumento representam significativa parte dos recursos interpostos no STF (56,8%) e no STJ (36,9%), o que leva à conclusão de que a reforma do sistema recursal deve incluir alterações importantes no procedimento deste tipo de recurso;
- Não há a mínima padronização no critério de fixação de custas nos diversos estados da Federação, sendo impossível estabelecer comparação do custo do processo para o cidadão em todo o país.

É certo que os principais dados apresentados nesses trabalhos refletem considerações gerais sobre o Judiciário brasileiro. Contudo, deve-se ter cuidado ao analisar tais conclusões porque o Brasil é um país de dimensões continentais dotado de inúmeras justiças e diversos graus de jurisdição, com características e gestões peculiares. A fim de conhecer com exatidão o Judiciário brasileiro, deve-se analisar cada justiça – federal, estadual, militar, eleitoral e do trabalho – de forma isolada. Nesse contexto, é imperioso ressaltar os alarmantes números da Justiça que ocupa o primeiro lugar em litigiosidade: a Justiça Paulista.

Dados extraídos da pesquisa “Diagnóstico do Poder Judiciário”

Municípios	645
Comarcas	225 ⁹
Processos distribuídos ¹⁰ – 1ª instância Justiça Estadual – 2003	5.845.11 ¹¹
Processos julgados na 1ª instância da Justiça Estadual – 2003	4.541.332 (78%)

9. Média de 0,35 Comarca/Município – uma das piores do país, ficando atrás somente do Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Paraíba e Tocantins.

10. É importante ressaltar que o percentual referente ao número de processos distribuídos/processos julgados não reflete celeridade processual, bem como não é parâmetro para determinar o tempo de tramitação de uma demanda (como constatado na própria pesquisa).

11. A litigiosidade da Justiça Comum de SP é quatro vezes maior que a do RJ, o estado que figura em segundo lugar em termos de processos distribuídos em 2003 (1.316.479). No entanto, o número de habitantes por processos distribuídos é 6,62, inferior à média nacional de 10,20 – em razão de São Paulo ser o estado mais populoso (38.709.320 habitantes).

Processos julgados por magistrado na 1ª instância da Justiça Estadual – 2003	2.354 ¹²
Processos distribuídos no TJ/SP – 2003	169.303
Processos julgados no TJ/SP – 2003	110.296 (65%)
Processos distribuídos na 1ª instância da Justiça Federal – 2003	367.005 ¹³
Processos julgados na 1ª instância da Justiça Federal – 2003	144.649 (39%)
Processos distribuídos na 1ª instância da Justiça do Trabalho – 2003	517.619 ¹⁴
Processos julgados na 1ª instância da Justiça do Trabalho – 2003	495.433 (96%)
Processos distribuídos na 2ª instância da Justiça do Trabalho – 2003	172.940 ¹⁵

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Números da Justiça Estadual Paulista – ano de 2004¹⁶

	Feitos em andamento	Feitos distribuídos	Audiências realizadas	Sentenças registradas	Precatórias cumpridas
Cível	4.136.986	1.866.759	510.189	1.162.386	318.033
Criminal	1.012.694	521.156	390.923	201.624	195.527
Infância	227.309	204.331	54.311	99.379	23.763
Ex. Fiscal	6.667.014	1.358.654	270	358.344	40.960
JECíveis	966.908	598.913	184.238	419.401	35.807
JECriminais	392.558	385.789	153.579	201.318	17.126
TOTAL	13.403.469	4.935.602	1.293.510	2.442.452	631.216

Fonte: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

2. Causas da morosidade processual

Em 1990, o Ministro do STF à época, Carlos Velloso, em palestra proferida no XI Congresso Brasileiro de Magistrados¹⁷, afirmou: “A morosidade da Justiça é seu mal maior. Muitos chegam mesmo a afirmar o seu esclerosamento”¹⁸. E apontou, como principais da morosidade¹⁹: i. o desaparelhamento dos órgãos judiciários, principalmente os de primeiro grau, que se caracteriza pelo (a) número deficiente de juizes, (b) existência de cargos vagos de juizes, (c) forma inadequada de recrutamento

12. São Paulo ocupou a 1ª posição no ranking para os julgamentos de 1ª instância da Justiça Comum, com uma produtividade 1,9 vezes a média nacional de 1.207 processos julgados por juiz.

13. São Paulo também ocupa o primeiro lugar em litigiosidade com relação à 1ª instância da Justiça Federal, seguido pelo Rio de Janeiro, com 281.508 processos distribuídos em 2003. Contudo, o índice carioca de processo julgado/processo distribuído é muito melhor que o paulista: 54% (a média nacional é 57%).

14. São Paulo também ocupa o primeiro lugar em litigiosidade com relação à 1ª instância da Justiça do Trabalho, seguido, novamente, pelo Rio de Janeiro, com 205.439 processos distribuídos em 2003

15. A litigiosidade da 2ª instância da Justiça do Trabalho em SP é três vezes maior que a de MG, o estado que figura em segundo lugar em termos de processos distribuídos em 2003 (51.429). No entanto, o índice paulista de processo julgado/processo distribuído é o pior: 69% (a média nacional é 97%).

dos juízes, (d) não-existência de uma maior especialização dos órgão de 1º grau, (e) má qualidade do apoio administrativo destinado aos magistrados e (f) crescimento da distribuição de processos; ii. o excessivo formalismo que decorre das normas procedimentais vigentes.

Os esforços realizados recentemente em busca de um diagnóstico do Poder Judiciário demonstraram que cada Justiça tem uma causa mais saliente para a morosidade processual. No entanto, para fins didáticos, é apresentada uma análise geral das causas da morosidade do sistema processual brasileiro:

I – Deficiência da legislação processual – o principal entrave à efetiva tutela jurisdicional, caracterizada por: a) exorbitante número de recursos e de hipóteses de cabimento; b) inúmeras instâncias recursais (1º grau de jurisdição, Tribunais Estaduais ou Regionais, Tribunais Superiores e Supremo Tribunal Federal); c) inexistência de maiores ônus àqueles que se utilizam da via recursal como medida protelatória; d) sistema probatório que fomenta a lentidão processual; e) excesso de formalismo, em detrimento ao princípio da instrumentalidade das formas, bem como a previsão de inúmeros incidentes processuais; f) exígua adoção de tutelas jurisdicionais diferenciadas²⁰.

II – Excessivo número de leis que compõem nosso ordenamento jurídico, o que dificulta a interpretação e a operacionalização de nosso direito.

III – Insuficiência de recursos humanos e materiais: conforme demonstrado anteriormente, a média nacional de juízes para cem mil habitantes é superior à média internacional; contudo, isso não é sinônimo de garantia de efetividade de prestação jurisdicional, conforme se observa pelos números da Justiça Paulista, a que apresenta a maior litigiosidade no país.

IV – Má gestão, em especial pela não implementação de medidas administrativas eficazes, pela não-informatização (eliminação do papel e a transferência e coleta de dados por meios eletrônicos) e pelos gastos excessivos com a remuneração dos funcionários.

3. Possíveis soluções para a morosidade

Eugenio Raúl Zaffaroni, um dos maiores juristas da América Latina, ao analisar o Judiciário brasileiro conclui que não se trata de um modelo democrático contem-

16. *Dados extraídos do Comunicado CG nº 58/05, da Corregedoria Geral da Justiça do TJ/SP, referente à totalização do movimento judiciário de primeira instância do período compreendido entre 01/01/2004 a 31/12/2004. Disponível em: <<http://www.portal.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 28 de julho de 2005.*

17. *Realizado em Camboriú, Santa Catarina, de 13 a 15 de setembro de 1990, sob o patrocínio da Associação dos Magistrados Brasileiros e da Associação dos Magistrados Catarinenses.*

18. VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Problemas e Soluções na Prestação da Justiça*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coordenação). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994, pág. 94. 19. *Idem*, pág. 94.

20. “Tutela jurisdicional diferenciada é a proteção concedida em via jurisdicional mediante meios processuais ágeis e com fundamento em uma cognição sumária”. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 736.

porâneo, pois carece de órgão de governo horizontal e porque seu tribunal constitucional é de designação puramente política e não dispersa. Contudo, entende que, “em comparação com os demais modelos latino-americanos, a estrutura judiciária brasileira aparece como a mais avançada de toda a região”²¹.

Com base na otimista conclusão deste grande mestre argentino, acreditando que há esperança para a efetividade da tutela jurisdicional brasileira, são apresentadas, a seguir, as principais medidas elencadas pela doutrina atual para extirpar a morosidade do sistema processual pátrio.

De acordo com Ives Gandra da Silva Martins Filho, para que possa ser alcançado o Poder Judiciário do Terceiro Milênio, pilar da cidadania, é necessário que a sua estrutura seja modernizada e que ostente as seguintes características: qualidade técnica de suas decisões (Justiça Social efetiva), baixo custo de sua estrutura (Acessível na prática a todos), celeridade na prestação jurisdicional e concentração de demandas (Coletivização do processo)²².

A reforma da legislação processual infraconstitucional certamente é a medida mais reclamada, sendo que há mais de uma década vem se tentando a adoção de novos mecanismos processuais que consagrem uma prestação jurisdicional justa, efetiva e célere. Atualmente, fala-se em segunda fase da reforma do Poder Judiciário, representada pela tramitação, no Congresso Nacional, de inúmeros projetos de lei abarcando modificações no sistema processual.

Nesse contexto, no âmbito do processo civil²³, observa-se que a preocupação central do legislador é o sistema recursal. É proposta uma nova²⁴ reestruturação no julgamento e no procedimento do agravo, seja na forma retida ou por instrumento (PL nº 4.727/2004 e PL nº 4.729/2004, ambos da Câmara dos Deputados), bem como um cerceamento nas hipóteses de interposição (PL nº 138/2004 – Senado). Com relação à apelação, estabelecem-se novas disposições para o seu recebimento e para os seus efeitos (PL nº 4.724/2004, Câmara dos Deputados, e PL nº 136/2004, Senado).

Outra importante preocupação do legislador infraconstitucional é a modificação no sistema processual cognitivo-executório, destacando-se o projeto de lei nº 3.253/2004 (Câmara dos Deputados), de autoria da presidência da República (PL nº 52/2004 – Senado), que altera o Código de Processo Civil, relativamente ao cumprimento da sentença que condena ao pagamento de quantia certa, para que a execução ocorra na mesma relação processual cognitiva.

Ademais, a segunda fase da reforma do Poder Judiciário prevê modificação no plano constitucional, como é o caso adoção da Súmula Impeditiva ou Obstativa de recursos, proposta de emenda constitucional nº 359/205, com o objetivo de substituir

21. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos* (tradução: Juarez Tavares). São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 1995, p. 125.

22. *Op. cit.* p. 91.

23. Também tramitam no Congresso Nacional projetos de lei que estabelecem modificações no processo penal. Contudo, a busca da celeridade processual é bem demonstrada pelos projetos de lei referentes ao processo civil.

24. O agravo sofreu profundas modificações em 2001, com a lei no 10352/2001.

a recém-nascida e muito criticada súmula vinculante.

Além da imperiosa modificação no ordenamento jurídico-processual, destacam-se as seguintes propostas em prol da efetividade da prestação jurisdicional: a) maiores investimentos na informatização do sistema de dados do Judiciário; b) aumento do número de magistrados e servidores, principalmente nos Estados que ostentam exorbitante taxa de litigiosidade, como São Paulo; c) política clara de administração judiciária, com o corte das despesas supérfluas e o emprego racional das verbas públicas; d) diminuição de uma esfera da jurisdição superior (o trâmite recursal é penoso em razão da enorme quantidade instâncias existentes); e) aumento da implementação de julgamentos coletivos; f) a adoção de formas de estímulo ao pronto cumprimento da obrigação constante na sentença ou na decisão interlocutória através, por exemplo, da diminuição do ônus da sucumbência (como já previsto no CPC para o réu que cumpre o mandado monitório – artigo 1.102b, § 1º); g) a criação de maiores encargos para o recorrente, que seriam exigidos após o trânsito em julgado (o chamado ônus do risco da demanda).

4. Considerações finais

Justiça tardia é manifesta injustiça! Frase simples, mas que ostenta o principal entrava à efetiva prestação da tutela jurisdicional na atualidade brasileira: a morosidade processual.

A Emenda Constitucional nº 45 inaugurou o processo de reforma do Poder Judiciário, trouxe modificações importantes, contudo, sem grande eficácia na concretização da celeridade processual. Tornar a segunda fase da reforma do Judiciário realidade, com a aprovação dos inúmeros projetos de lei que tramitam em nossas Casas Legislativas, é imperioso para garantir a respeitabilidade dos direitos fundamentais consagrados na órbita constitucional.

Infelizmente, atravessamos uma preocupante crise política que, a cada dia, parece se afastar mais de uma rápida solução. Duas Comissões Parlamentares de Inquérito encontram-se operando simultaneamente para apurar irregularidades decorrentes de fatos correlatos (CPI dos Correios e CPI do “Mensalão”), além da CPI dos Bingos, instaurada há tempos. E todo esse atual alarde político, somado à inequívoca busca de alguns parlamentares pelos holofotes que podem conduzir ao sucesso no próximo ano eleitoral, provocam inúmeros prejuízos à prestação da tutela jurisdicional, afinal, parlamentar investigando em CPI é parlamentar que não está à disposição para votar os projetos de lei responsáveis pela imprescindível segunda fase da reforma do Judiciário.

Se a República Federativa do Brasil desejar outorgar ao seu cidadão a concreta realização do princípio da dignidade da pessoa humana, não pode se contentar com o mero impulso dado pela primeira fase da reforma do Judiciário. Afinal, o Estado que conceda aos seus tutelados inúmeros direitos e não garanta mecanismos efetivos para a proteção desses direitos quando lesados, não pode ser considerado Estado de Direito, pois certamente é incapaz de oferecer a pacificação social e concretizar o ideal de Justiça, necessários a qualquer povo.

Referências Bibliográficas

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. São Paulo: Malheiros, vol. III, 2002.

FRANÇA NETO, Alfredo. O Exercício Político da Autonomia do Poder Judiciário. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coordenação). O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O Sistema Legal e o Judiciário Brasileiro. São Paulo: LTr, 2000.

REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 27ª ed., 2003.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Problemas e Soluções na Prestação da Justiça. In: Teixeira, Sálvio de Figueiredo (Coordenação). O Judiciário e a Constituição. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Poder Judiciário: Crise, Acertos e Desacertos (tradução: Juarez Tavares). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

ASPECTOS PRÁTICOS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Fernando Francisco da SILVA

Aluno do 5º período do Curso de Direito da UNILAGO

Ivana Mussi GABRIEL

Advogada

Resumo: O processo administrativo disciplinar vem ganhando gradativa importância, no sentido de justificar estudos e investigações teóricas tendentes a esclarecer todos seus contornos, nem sempre nítidos, mas que necessitam de rigorosa e urgente delimitação.

Palavras-chave: Estado Social. Contraditório e Ampla Defesa. Aspectos práticos do processo administrativo disciplinar.

Introdução.

O surgimento do Estado Social Democrático, na década de 30, marca um novo período nas relações entre Administração Pública e administrado. Para superar a crise do Liberalismo, o novo Estado passa a atuar efetivamente mediante o desenvolvimento de políticas públicas ativas e prestações positivas, no sentido de assegurar a todos o mínimo necessário para uma existência digna.

Contudo, o aumento da ingerência estatal exige, em contrapartida, a fixação de parâmetros para atividade administrativa, no sentido de tornar conhecido os modos de atuação administrativa e de propiciar ocasiões para que o cidadão se faça ouvir. É dentro deste contexto que encontramos o processo administrativo disciplinar, disseminado nas atividades típicas do Estado de Direito e na manifestação dos três poderes constitucionais.

Baseando-se na superioridade sobre seus servidores e o interesse coletivo que defende, o Estado utiliza-se do processo administrativo disciplinar, como meio de apuração de irregularidades cometidas no serviço público. Trata-se de um instrumento que nem sempre foi aplicado com justiça, muitas vezes refletindo o puro arbítrio de autoridades que desconsideravam a existência de direitos e garantias previstos para acusados em tal processo. Nesse sentido, Nélson Nery Costa esclarece:

Ao longo deste século, o direito público passou a acompanhar o desenvolvimento institucional do Estado, que dotado de uma máquina tecnicamente ineficiente, veio a se relacionar com seus agentes de maneira não arbitrária. O processo disciplinar deixou de ser um instrumento da Administração contra o servidor público, para se tornar um meio complexo e democrático para se averiguar a verdadeira responsabilidade daquele de quem se suspeita ter cometido falta grave.

Neste presente trabalho, abordaremos os aspectos práticos do processo administrativo disciplinar, de modo a revelar toda concatenação de atos necessários para assegurar a proteção dos direitos dos servidores públicos e o melhor cumprimento dos fins da Administração.

1-Conceito de processo administrativo disciplinar.

Para ter sua vontade externada, seja para a realização de obras públicas, contratação de servidores públicos ou apuração de falta destes, a Administração realiza uma série de atos coordenados entre si que se denomina de “processo administrativo”.

A doutrina encontra dificuldades sobre a terminologia a ser empregada, com autores optando entre processo ou procedimento administrativo. Tal distinção é realizada com precisão por Nélson Nery Costa: “O processo é o conjunto ordenado de atos que manifestam funções públicas, enquanto procedimento é rito pelo qual se desenvolve o processo. Pode se afirmar, por conseguinte, que o processo seria o método e o procedimento, a técnica”.

A lei paulista 10.177/98 adota terminologia procedimento, enquanto a lei fede-

ral 9.784/99 opta pela expressão processo administrativo, expressão também preferida pelo legislador constituinte, conforme o disposto no artigo 5º, LV da CF/88 (“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 ele inerentes”).

Segundo o artigo 148 da Lei 8112/90, processo administrativo disciplinar pode ser conceituado como “instrumento destinado a apurar a responsabilidade do servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições ou que tenha relação com atribuições do cargo em que se encontra investido”. Desta definição conclui-se que o processo administrativo disciplinar é o meio empregado pela Administração Pública para apurar e punir faltas disciplinares cometidas por servidores públicos.

A relevância do processo administrativo disciplinar é verificada pela análise do artigo 41, §1º, inciso II da CF/88, que assim determina: “O servidor público estável só perderá cargo mediante processo administrativo que lhe assegure ampla defesa”. No mesmo sentido, há a Súmula 20 do Supremo Tribunal Federal, determinado que “é necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso”.

2-Princípio do contraditório e da ampla defesa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é “a disposição expressa ou implícita, de natureza categorial em um sistema pelo quê conforma o sentido das normas implantadas em uma ordenação jurídica positiva”.

A gênese do princípio do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, foi a Magna Carta Libertatum, 1215, na Inglaterra, assinada pelo rei João sem terra. A Magna Carta foi fruto de sinceras pressões, principalmente dos membros da nobreza e clero britânicos, que se sentiam inseguros face à notória instabilidade do rei e, por isso, queriam documentar garantias e prerrogativas, mantendo seus inúmeros benefícios. Ainda assim, ela trouxe importantes inovações para o surgimento das várias garantias concedidas hoje aos cidadãos.

A Constituição federal prescreve que aos litigantes em processo administrativo são assegurados o contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV). A lei 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também observa o princípio do contraditório e da ampla defesa.

A lei paulista 10177/98, inclusive, acata os princípios constitucionais, conforme se verifica disposto no artigo 22, caput (“nos procedimentos administrativos, observar-se-ão, entre outros requisitos de validade, a igualdade entre os administrados e o devido processo legal, especialmente quanto à exigência de publicidade, do contraditório, da ampla defesa e, quando for o caso, do despacho da decisão motivada”).

Em consonância com o princípio ora comentado, o Superior Tribunal de Justiça deliberou da seguinte maneira: Procedimentos administrativos e devido processo legal – O processo administrativo disciplinar não se submete aos rigores do processo judicial, sendo suficiente que seja obedecido o devido processo legal, assegurada ampla defesa e o contraditório (STJ – 5ª Turma – RMS nº 1911-1/PR – Relator Min.

Jesus Costa Lima – Ementário STJ; n.8/055).

O contraditório realiza a igualdade na relação processual, na medida que o interessado ou acusado contraria, por meio de provas e argumentos, as alegações imputadas em seu desfavor, efetivando a dialética tão necessária ao processo. Celso Antônio Bandeira de Melo entende a ampla defesa como asseguramento que é feito ao réu de condições que possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade.

O princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa efetiva-se plenamente quando realizados os seguintes pressupostos: ter ciência da tramitação do processo administrativo em que seja interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos, ser assistido por advogados, obter cópias de documentos, formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, conhecer as decisões proferidas e poder recorrer.

Caso seja suprimido ou cerceado o direito ao contraditório e ampla defesa, ocorrerá nulidade absoluta do processo administrativo disciplinar. Contudo, o Supremo Tribunal Federal deliberou que a nulidade poderá se estender à sindicância, conforme a seguinte jurisprudência: Nulidade-Sindicância não acompanhada pela impetrante, sequer ouvida, mesmo como testemunha – Ofensa ao princípio do contraditório e ampla defesa – Inquérito anulado ad initio – Reintegração da servidora no cargo de que foi demitida – segurança concedida (MS nº 23-013-1-GO. Rel. Min. Sidney Sanches).

Do exposto, conclui-se que a Administração Pública, no emprego do *ius puniendi*, deve observar a garantia constitucional do contraditório e ampla defesa assegurada ao servidor a que foi imputada falta disciplinar. Tal desrespeito acarretará a consequência jurídica supramencionada.

3-Distinção entre sindicância e processo administrativo disciplinar.

A Lei 8112/90, que estabelece o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, determina, em seu artigo 143, que “a autoridade que tiver conhecimento da irregularidade no serviço público é obrigada a promover a imediata apuração, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar”. Observa-se a inexistência da figura do inquérito administrativo comumente confundido com o processo administrativo disciplinar, sendo este e a sindicância os meios empregados pela Administração para apuração de irregularidades e responsabilização dos servidores públicos.

A sindicância é um processo e procedimento administrativo sumários. Serve ela para, de forma sumária e expedita, promover uma investigação preliminar a respeito dos fatos e atos que devam ser alvo de atuação administrativa” (FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson, p.99).

A função precípua da sindicância é o esclarecimento dos fatos por meio da coleta de informações e provas, não contendo em seu bojo caráter punitivo, embora a legislação estabeleça que a autoridade competente possa aplicar pena de advertência

ou suspensão até trinta dias. A sindicância comporta íntima semelhança com inquérito policial.

Seguindo o modelo do delegado de polícia, o sindicante ou a comissão de sindicância, trabalha com três objetivos: verificar se o fato ocorreu, se o fato representa falta disciplinar e quem foi seu autor (ALVES, Leão da Silva, p.5).

Precedendo ao processo administrativo disciplinar, a sindicância é peça dispensável, na medida em que a autoridade administrativa possua elementos probatórios suficientes para instauração daquele. Ainda que na sindicância não exista a realização do contraditório é facultado, ao indiciado, a indicação de provas para a defesa contra a ele imputadas. Ao término do trabalho investigativo constata em relatório a opção pelo arquivamento do processo administrativo disciplinar.

Compreende-se por processo administrativo disciplinar o conjunto de procedimentos cuja finalidade é de responsabilizar o servidor público que tenha cometido falta disciplinar. Pode ser instaurado independentemente de sindicância, haja vista esta se tratar de peça dispensável, conforme acima exposto.

O processo administrativo disciplinar deve obedecer às garantias constitucionais ilegais inerentes ao processo, cabendo ressaltar a importância da realização plena do contraditório e da ampla defesa, que suprimidos ou cerceados o tornarão nulo de forma absoluta.

A Administração Pública, por meio do processo administrativo disciplinar, realiza a pretensão punitiva em face do servidor público que comete a verificada falta disciplinar. Caso seja suprimido ou cerceado o direito ao contraditório e ampla defesa, ocorrerá nulidade absoluta do processo administrativo disciplinar, afastando a penalidade aplicada e restabelecendo todos os direitos ao servidor, se condenado, haja vista grave violação à garantia constitucional que lhe é assegurada.

4-Considerações práticas do processo administrativo disciplinar.

Sendo uma das espécies de processo administrativo, o processo disciplinar materializa-se em cinco fases distintas: instauração, instrução, defesa, relatório e julgamento. A seguir serão expostas as particularidades de cada uma delas, de modo que fique caracterizada a prática inerente ao objeto em estudo.

O processo disciplinar será instaurado mediante portaria ou despacho da autoridade competente. Esta designará uma comissão processante, que possuirá competência para a apuração dos fatos, e será composta por três servidores estáveis, sendo um deles o seu presidente. Essas comissões podem ser permanentes ou especiais. A primeira funciona ordinariamente apurando qualquer tipo de infração disciplinar; ao contrário da segunda que trabalha de forma esporádica para determinadas infrações. Deverão observar alguns impedimentos, consoante, não poderão delas participar cônjuge, companheiro ou parente do acusado, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até terceiro grau, para que seja assegurada a imparcialidade necessária à condução do processo.

Na fase instrutória realiza-se a coleta de provas e elementos para a elucidação dos fatos. A Comissão processante fará a tomada de depoimentos, acareações, investigações, diligências e poderá exigir que sejam feitos laudos periciais. As testemunhas serão intimadas a prestar depoimentos por mandado expedido pelo presidente da comissão. O acusado poderá acompanhar o processo pessoalmente, ou por seu procurador legalmente constituído, tendo o direito a participar da oitiva de testemunhas, produzir provas e contraprovas, para que se defenda das alegações imputadas.

Posteriormente, o acusado será citado por mandado expedido pelo presidente da comissão processante para apresentar a defesa escrita, se não a fizer considerar-se-á revel. Sobre o mandado de citação, Egberto Maia Luz tece o seguinte comentário: “è tão importante a citação que, sem ela, ou por defeito formal nela apresentado, não se poderá obter fundamento para a regular tramitação do processo administrativo disciplinar”. A apresentação da defesa nada mais é do que a satisfação de uma garantia constitucionalmente inculpada, a do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, LV da CF/88) e, vale lembrar, não poderá ser violada sob pena de nulidade do processo.

Ao término da instrução e apresentada a defesa, a comissão processante elaborará um relatório especificando todo o ocorrido durante o processo disciplinar e concluirá pela inocência ou condenação do servidor quanto a conduta apreciada nos autos. O relatório será remetido à autoridade competente para que se inicie o julgamento. Neste haverá um pronunciamento acerca da responsabilidade ou não do acusado pelos fatos analisados. A autoridade julgadora, ao proferir a decisão ou sentença administrativa, deverá fazê-la com base nos fundamentos de fato e de direito. O artigo 168, parágrafo único, da Lei 8112/90 prescreve: “Quando o relatório da comissão contrariar as provas dos autos, a autoridade julgadora poderá, motivadamente, agravar a penalidade proposta, abrandá-la ou isentar o servidor de responsabilidade”.

Nesse sentido, assevera Néelson Nery Costa: “Pode assim haver discordância do julgamento com o relatório, desde que haja a fundamentação devida, sob pena de nulidade da punição aplicada”.

Caso decida pela condenação será aplicada ao servidor a sanção disciplinar, de acordo com a natureza e a gravidade da infração, levando-se em consideração também os danos acarretados ao servidor público. São várias as espécies de sanções, a saber: advertência ou repreensão, suspensão, multa, demissão, demissão abem do serviço público, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e ainda, destituição de cargo em comissão ou função de confiança. Vale ressaltar que os estatutos podem indicar às autoridades competentes para aplicação de determinadas penas, como a de demissão.

Pode o servidor ser isento de punição se agir em legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito ou estrito cumprimento do dever legal, do mesmo modo, se não puder cumprir a pena em virtude de circunstâncias que fazem desaparecer essa obrigação: a prescrição, morte do servidor, a anistia ou exoneração.

Se a autoridade julgadora decidir que o acusado deve ser absolvido, não lhe será aplicada nenhuma sanção disciplinar.

Da decisão administrativa, a qualquer tempo, poderá ser requerida revisão do processo do servidor, ou em caso de falecimento, ausência ou desaparecimento de qualquer pessoa da família. O processo revisional correrá em apartado ao processo original e deverá conter novos elementos ainda não apreciados.

Será competente para julgamento da revisão a autoridade que aplicou sanção disciplinar. Se for procedente o pedido será declarada sem efeito a penalidade, restabelecendo ao servidor todos os direitos. Se improcedente, não haverá agravamento, mantendo-se a anterior.

Contudo, ao punido, a Carta Magna garante o direito de socorrer-se ao Poder Judiciário, conforme o princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV. Mas este terá sua atuação limitada à análise dos requisitos processuais essenciais e a legitimidade da sanção imposta.

5-Conclusão

Em nossos dias atuais, há uma tendência generalizada, nos países de orientação democrática, de assegurar ao agente público uma série infinita de recursos para salvaguarda de seus direitos contra o arbítrio das autoridades as quais se subordinam. Sabe-se que a atividade da Administração Pública é uma atividade eminentemente processual e, portanto, torna-se imperioso esclarecer a tramitação dos atos administrativos, de acordo com os princípios do contraditório e ampla defesa, no sentido de buscar a maior transparência da atividade administrativa.

O processo administrativo disciplinar vem ganhando gradativa importância, no sentido de justificar estudos e investigações teóricas tendentes a esclarecer todos seus contornos, nem sempre nítidos, mas que necessitam de rigorosa e urgente delimitação.

A inexistência de uma disciplina de processo administrativo disciplinar representa expressivo vetor de reforço da autocracia burocrática, dando ensejo ao cometimento de inúmeras arbitrariedades contra aqueles que se socorrem da via administrativa para tutela de algum direito.

Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é converter o processo administrativo em autêntico instrumento de controle, na medida em que ao se permitir a participação do administrado na própria formação da vontade administrativa, estará limitando os poderes dos administradores e, assim, prevenindo os abusos de autoridade.

6-Referências Bibliográficas

ALVES, Léo da Silva. Breve estudo de processo disciplinar. Revista de Direito e Administração Pública, n.58. Brasília: L&C, 2003.

_____. Estudo de Sindicância. Revista de Direito e Administração

Pública, n.67. Brasília: L&C, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Celso Bastos, 2002.

COSTA, Nelson Nery. Processo Administrativo e suas espécies. 8ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

FERRAZ Sérgio e DALLARI, Dalmo de Abreu. Processo Administrativo. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUNIOR, Galdino Luiz Ramos. Princípios constitucionais do processo – visão crítica. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

LIMA, Arnaldo Esteves. O Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

LUZ, Egberto Maia. Direito Administrativo Disciplinar. Teoria e Prática. São Paulo: Edipro, 2002.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CRIMES FUNCIONAIS E A CONCEITUAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA OS EFEITOS PENAIS

Paulo Antoine Pereira YOUNES

Advogado, Mestre em Direito Penal pela PUC/SP

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: Propositadamente mais amplo do que o conceito definido pelo direito administrativo, a complementação exigida nos delitos funcionais, característicos tipos penais abertos, advém de um conceito estritamente normativo do que seja funcionário público para os efeitos penais. Todavia, apesar de sua natureza explicativa, aquela definição legal é objeto das mais variadas interpretações na sua aplicação e subsunção ao caso concreto.

Palavras-chave: funcionário público, crimes funcionais, crimes contra a administração pública.

Ao capítulo primeiro, inserido no título décimo primeiro, constante da parte especial do atual diploma repressivo brasileiro, reserva-se, como rubrica, “Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral”. São os chamados crimes funcionais ou, como querem alguns, crimes de responsabilidade, tipificados nos artigos 312 ao 326 daquela codificação.

Segundo E. Magalhães Noronha, “são ‘delicta in officio’, praticados pelas pessoas que se entregam à realização das atividades do Estado”. O sujeito ativo exigido pelas aludidas tipificações penais somente pode ser o funcionário público.

Mas o que se entende por funcionário público no âmbito da Ciência Penal, já que tais tipificações constituem inequívocos tipos penais em branco?

Andou bem o legislador ao prever a norma explicativa junto ao artigo 327 do Código Penal: “considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Como podemos observar, tal conceituação é deveras mais ampla do que aquela delineada pelo Direito Administrativo. Ney Moura Teles, nesse sentido, adverte: “é funcionário público, para os efeitos penais, a pessoa legalmente investida em cargo público, mas também aquela que exerce um emprego público ou uma função pública.”

Entende-se por cargo público “o posto criado por lei na estrutura hierárquica da administração pública, com denominação e padrão de vencimentos próprios (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, p. 420).

Emprego público é o posto de serviço público, fora dos quadros regulares e para o qual não há necessidade de título de nomeação. É o serviço temporário, com contrato em regime especial ou de conformidade com o disposto na Consolidação das Leis do Trabalho.

E, função pública, de acordo com os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles “é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais”.

Por conseguinte, conclui-se que pode exercer função pública mesmo aquele que não tem cargo ou emprego público. Assim, para os efeitos penais são funcionários públicos o Presidente da República, o Prefeito Municipal, os membros das casas legislativas, inclusive o vereador, o militar, o serventuário de Justiça, o estudante de direito atuando como estagiário junto à Defensoria Pública, mesmo sem designação regular etc.

Não se contentado com isso, o legislador foi mais além, dispensando a permanência e a remuneração. Exemplificando, tanto o jurado quanto o mesário da justiça eleitoral são funcionários públicos para os efeitos penais durante e em razão de seu exercício, apesar de não serem servidores públicos, não estarem investidos de cargo nem ocuparem um emprego público, por exercerem transitoriamente e sem remuneração, uma função de natureza pública.

Enfim, é suficiente que a pessoa exerça uma função pública para ser considerada um funcionário público para os efeitos penais, dispensando-se, por conseqüência, a anterior prestação de um compromisso, a oficialização da posse ou até mesmo, a sua legalidade.

Por se tratarem de crimes próprios, aqueles que só podem ser cometidos por sujeito ativo qualificado ou especial, os delitos funcionais, por força do artigo 30 do Código Penal, obviamente que, na ocorrência de concurso de agentes, permitem a co-autoria ou participação do particular.

Quem, portanto, concorrer com um funcionário público para a realização de qualquer um daqueles tipos penais funcionais, mesmo não sendo funcionário público, responderá em concurso – co-autoria ou participação – pelo crime que é próprio de funcionário público. É claro que isso apenas se o concorrente tiver, pelo menos, previsibilidade quanto a essa circunstância subjetiva de ser seu comparsa um funcionário público.

A lei n.º 9.983, de 14 de julho de 2.000, acrescentou o parágrafo 1.º ao artigo 327, equiparando a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, nos seguintes termos: “equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para execução de atividade típica da Administração Pública.”

Exemplificando, até a entrada em vigor daquela lei (17 de outubro de 2.000), os médicos e administradores de hospitais conveniados pelo SUS não poderiam ser considerados funcionários públicos para fins penais, sob pena de se utilizar uma analogia in malam partem, abominável em Direito Penal.

Todavia, com o advento da modificação legal, não resta dúvida quanto à qualidade de funcionário público daquele médico ou administrador de determinado hospital, que atende pacientes pelo SUS, mediante convênio. Não podemos negar ser essa uma atividade típica da Administração Pública, que pode ser gerida, complementarmente, pela iniciativa privada.

Julio Fabbrini Mirabete elucida: “A nova redação dada ao art. 327 passou a abranger, no conceito de funcionário público, particulares que trabalham em empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. Na ausência de definição legal do que seja ‘atividade típica’ da Administração Pública deve-se considerar como toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.

Assim, extensivamente interpretado, equipara-se a funcionário público a pessoa que exerce cargo, emprego ou função não somente em entidade tipicamente paraestatal, como a autarquia, mas também em sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo poder público. Aliás, é o que se extrai da leitura do parágrafo segundo do mesmo artigo de lei. Esse, o nosso entendimento.

Nesse sentido, Roberto Wagner Battocchio Casolato, conclui: “Não se trata, pensamos, de ‘alargar’ a significação de ‘entidade paraestatal’, mas dar à expressão o seu efetivo significado. Um significado que hoje decorre da lei. Isso mesmo: a lei que vige definiu sim o que se deve entender por elas, entidades paraestatais”. No parágrafo 1.º do art. 84, da Lei n.º 8.666/93, o legislador definiu: “Equipara-se a servidor público, para os fins desta Lei, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, assim consideradas, além das fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, as demais entidades sob controle, direto ou indireto, do Poder Público”.

O próprio parágrafo 2.º do então art. 327, ratifica tal entendimento ao dispor uma majoração de pena aos agentes dos delitos, ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público. Embora o aumento de pena previsto no dispositivo somente se aplique a tais ocupantes, não se pode concluir que a equiparação se refira apenas aos dirigentes.

Em sentido contrário sustentando interpretação restritiva, ou seja, somente a autarquia seria considerada entidade paraestatal, Damásio E. de Jesus, dentre outros.

Por fim, questão tormentosa levantada pela totalidade da doutrina refere-se à equiparação da conceituação de funcionário público ao sujeito passivo do delito. Seguidores de Hungria entendem pela inequívoca restrição ao sujeito ativo, não havendo cabimento estender seu alcance ao sujeito passivo: “Se assim não fosse, o art. 327 teria de figurar como disposição geral do Título XI, e não apenas do respectivo Capítulo I” (Nelson Hungria). Destarte, se alguém, v. g., ofender um empregado de entidade paraestatal, no exercício da função, não comete o delito de desacato (art. 331 do CP).

Outra corrente, apoiada no entendimento jurisprudencial dominante, entende pela impossibilidade de sustentação de tal distinção. Referindo-se a lei genericamente a ‘feitos penais’, não há porque se excluir do conceito de sujeito passivo do crime aqueles que a lei equipara ao funcionário público como agentes do delito.

A norma contida no artigo 327 do Código Penal emite um nítido comando geral, ainda que inserida no Capítulo I daquela titulação, devendo ser aplicada a todas às hipóteses contempladas no ordenamento jurídico penal. Essa é a nossa posição.

Referências Bibliográficas

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. São Paulo: Saraiva, v. 4, 2.004.

CASOLATO, Roberto Wagner Battocchio. Os crimes contra a administração pública – parte I. São Paulo: CPC, 1998.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. Comentários ao Código Penal. São Paulo: Saraiva, v. III, 1989.

HUNGRIA, Néelson. Comentários ao código penal. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978.

LYRA, Roberto. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1942.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Manual de direito penal: Parte Especial. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, Edgard Magalhães. Direito penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4., 2.001.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA, César Dario Mariano da. Manual de direito penal, volume III: parte especial. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2.003.

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Riva Sobrado de FREITAS

Doutora em Direito Constitucional

Mestre em Direito Constitucional

Ediane da Silva ALVES

Aluna do 4º período do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: A Constituição Federal para proteger sua supremacia estipula mecanismos de defesa com o intuito de resguardar a essência da Lei Maior. Além da rigidez de que essas normas são revestidas, há o controle de constitucionalidade que vem exercer um importante papel na preservação do real fundamento das normas constitucionais. Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um dos meios de se controlar as normas infraconstitucionais e emendas constitucionais contra possíveis desacatos aos direitos fundamentais.

Palavras-chave: supremacia, rigidez, preceitos fundamentais, controle de constitucionalidade.

Introdução

O presente artigo vem tratar de uma das formas de controle de constitucionalidade, mais precisamente Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, criado pela Constituição Federal/88 e posteriormente regulamentado por lei infra-constitucional.

Faz-se necessário tecer alguns comentários antes de analisarmos esse instituto recente.

O Direito Constitucional é um ramo do direito Público, tendo como objeto de estudo a Constituição Federal fruto do Poder Constituinte, pertencendo assim ao mais alto estalão do ordenamento jurídico pátrio. Nela encontramos os direitos ou preceitos fundamentais, garantias e a articulação do Estado.

Por ser a Lei Maior, admite-se a idéia de rigidez, para que normas abaixo dela, ou mesmo as emendas constitucionais não exterminem os preceitos basilares que a constituíram, preceitos estes resultantes de um conjunto de valores essenciais a manutenção de um Estado Democrático de Direito.

Assim o texto constitucional nem sempre oferece soluções prontas para determinadas situações, limitando no mais das vezes a fornecer direções gerais. A defesa da Constituição pressupõe a existência de garantias, isto é, meios e institutos destinados a assegurar a observância, aplicação, estabilidade e conservação da Lei Fundamental.

A Constituição, supremacia, rigidez e os preceitos fundamentais.

Setores hegemônicos com certa opinião ideológica estabelecem um pacto social, desse acordo resulta uma Constituição, lato sensu, é o ato de estabelecer, constituir, estricto sensu, é um documento que reflete acordo político jurídico com objetivo de defender ou garantir os preceitos fundamentais, para isso é preciso através de regras estruturar o poder do Estado, a partir de então, ha que se falar em uma superioridade da lei constitucional obra do Poder Constituinte, sobre a lei ordinária, simples ato do Poder Constituído.

Com isso pode-se afirmar que a Constituição é a norma das normas, a Lex Fundamental, do Direito da nação.

Kelsen salienta:

O ordenamento jurídico não é, portanto, um sistema jurídico de normas igualmente ordenadas, mas um escalonamento de várias camadas de normas jurídicas... O escalonamento do ordenamento jurídico coloca a Constituição na mais alta camada jurídico (KELSEN, 2002, p. 103).

Sendo a Constituição a norma fundamental, fruto da concretização dos valores de uma sociedade, demanda assim certa rigidez para o processo legislativo que importe em mudança ou simples complementação de seu texto, esse procedimento é mais complexo e apurado do que o procedimento comum (para norma infraconstitucional), essa rigidez propicia a Constituição maior estabilidade, estabilidade esta que garante uma conservação contra alterações aniquiladoras do seu núcleo essencial.

Adentrando a alguns fatos históricos, ficou provado que os direitos fundamentais surgiram em fins do séc. XVIII, com as declarações de direito na França e nos Estados Unidos da América, consta nas pesquisas que os direitos fundamentais não existiram na Antiguidade grega e romana.

Com a escrituração desse pacto social, os preceitos ou princípios fundamentais são assim por dizer a sustentação da Lex Fundamentalis. A definição do que é preceito fundamental suscita controvérsias entre os doutrinadores, para uns os artigos 1º, 3º, 4º, 5º e 60 parágrafo 4º da CF/88, são preceitos fundamentais, para outros são direitos naturais e inalienáveis do indivíduo, já outros asseguram que são os valores expressos no conteúdo do direito, não podendo ser desacatados.

Persebe-se a divergência contida nesse assunto, o correto seria afirmar que por preceito fundamental entende-se que não são unânimes em todo o mundo, variam de país para país, e em cada região há os valores relevantes para aquele lugar, então cada país adotará os preceitos que lhe for conveniente.

Controle de constitucionalidade

Pelo fato de a Constituição fornecer diretrizes para a legislação, a ela se atribui uma posição de superioridade, não podendo as normas subordinadas estar em desarmonia com esta, assim o controle de constitucionalidade vem a ser um mecanismo estabelecido pela própria Constituição com o intuito de verificar a compatibilidade formal (quanto ao procedimento da lei) e material (quanto ao conteúdo da lei), das normas em face da Constituição.

Há algumas formas de se controlar a constitucionalidade de lei ou ato normativo. O controle preventivo é aquele que durante o processo legislativo sofre uma verificação de constitucionalidade. No controle repressivo a constitucionalidade é verificada após a publicação do comando normativo.

O controle repressivo se divide em;

- 1- controle difuso, onde a constitucionalidade ocorre por via incidental, pois o objeto da ação é a reparação de um direito lesionado, consequência, da lei inconstitucional;
- 2- controle concentrado, o objeto principal da ação é a verificação da inconstitucionalidade da norma.

Pelo controle concentrado há cinco tipos possíveis de ação a serem interpostas junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) são elas:

- 1- ADPF - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão ou perigo de lesão a um direito fundamental. (art.102 parágrafo 1º CF/88 e Lei. 9882/99).
- 2- ADIN – Ação Direta de Inconstitucionalidade com o propósito de expurgar do ordenamento jurídico norma incompatível com a CF/88. (art. 102 I a CF/88 e Lei. 9868/99).
- 3- ADINo – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com finalida-

de demonstrar a omissão (no caso inconstitucional) do legislador ordinário em regulamentar dispositivo da Constituição Federal. (art. 103 parágrafo 2º CF/88).

4- ADINt – Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva almeja o restabelecimento dos princípios constitucionais. (art. 36 III CF/88).

5- ADECON – Ação Declaratória de Constitucionalidade destinada a sanar controvérsia quanto à constitucionalidade da norma analisada. (art. 102 I a CF/88 e EC. n. 3/93).

Nesse estudo nos ateremos a ADPF com maior precisão.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Lei. 9882/99.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu art. 102 parágrafo 1º criou-se um novo instituto, que nas Constituições passadas não havia chamado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, posteriormente regulamentado por lei ordinária L.9882/99.

É um remédio jurídico constitucional para reparar um direito fundamental lesionado ou exposto a perigo de lesão decorrente de ato normativo do Poder Público, como por exemplo, uma decisão judicial (ato do Poder Judiciário), lei ou ato normativo (ato do Poder Legislativo), decreto (ato do Poder Executivo).

Essa lei regulamenta desde o instituto competente até as regras para o ajuizamento da ação.

O órgão competente para processar e julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é o STF.

As hipóteses de propositura da ação são:

1- Evitar (arguição preventiva)* ou reparar (arguição repressiva)** lesão ao direito fundamental resultante de ato do Poder Público, comissivo ou omissivo;

*Arguição Preventiva = com o objetivo de se evitar lesão a princípio fundamental previsto na CF/88;

** Arguição Repressiva = para reparar lesão a direitos e garantias fundamentais previstos na CF/88, quando causados pela conduta comissiva ou omissiva de qualquer dos Poderes Públicos.

2- Quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluindo os anteriores a CF/88.

Observa-se que o legislador ordinário ao elaborar a lei, deixou de enunciar quais são os preceitos fundamentais, passando-os para a jurisprudência do STF, guardião da CF.

Os legitimados para a propositura da ação são os elencados pelo art.103 CF/88:

- I- o Presidente da República;
- II- a Mesa do Senado Federal;

- III- a Mesa da Câmara dos Deputados
- IV- a Mesa da Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V- o Governador de Estado ou o do Distrito Federal;
- VI- o Procurador –Geral da República;
- VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII- partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Quanto ao procedimento da ação, a petição inicial deverá conter;

- 1- a indicação do preceito fundamental que se considera violado, assim como os documentos necessários para comprovar a impugnação do preceito fundamental;
- 2- caso a ação esteja fundada em relevante controvérsia constitucional, a petição inicial deverá ser instruída com prova da divergência.

Como caráter subsidiário, veda a possibilidade de arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, mediante o exposto, afirma-se que a ação é de natureza residual.

Analisado o pedido, o relator (um dos Ministros do STF) solicitará as informações à autoridade responsável pela prática do ato questionado bem como ao Advogado-Geral da União ou ao Procurador-Geral da República.

O quorum necessário para a decisão será de 2/3, pelo menos, dos Ministros.

Julgado precedente a ação, as autoridades ou órgãos responsáveis pela prática do ato questionado serão comunicados, fixando-se as condições e o modo de interpretação do preceito fundamental.

A sentença terá efeito erga omnes (para todos), ex tunc(retroage) e vinculante aos demais órgãos do Poder Público.

Proferida a sentença, essa é irrevogável, não podendo ser objeto de ação rescisória, mas caberá reclamação se a decisão do STF for descumprida.

Conclusão

É sabido que a própria Constituição ao adotar para si preceitos fundamentais também criou garantias constitucionais que se reportam aos cidadãos com o intuito de que estes exijam dos Poderes Públicos a proteção de seus direitos, violados ou apenas ameaçados de violação.

O que deveria ser um instrumento de fácil acesso aos cidadãos para que cobrem seus direitos, tornou-se um mecanismo estritamente politizado.

Ficou mais que comprovado que o Supremo Tribunal Federal no nosso país é o verdadeiro guardião da Constituição Federal, muitas vezes com poderes excepcionais.

O mecanismo de arguição de descumprimento de preceito fundamental possibilita um controle maior dos abusos que em nome da Administração Pública são cometidos.

Referências Bibliográficas

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 6 ed. Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional didático. 9 ed. rev., atual e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. ver . São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MORAIS, Alexandre. Direito constitucional. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

LEI 8.009 DE 29 DE MARÇO DE 1990 E A SÚMULA 205 DO STJ

Rosimeire Ravazi AYER

Advogada, Mestre em Direito Público

Pós-graduada em Direito Processual Civil

Docente do Curso de Direito da UNILAGO

Resumo: O princípio da irretroatividade decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam, resguardando os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, evidentemente. Porém, as normas de ordem pública, por vincularem propósitos estatais cogentes, podem ser aplicadas de imediato, inovando o conteúdo de que tratam a fim de que os objetivos almejados sejam alcançados em benefício geral de seus destinatários, mesmo que violem o direito adquirido, por sua natureza e finalidade.

Palavras-chave: bem de família, impenhorabilidade, irretroatividade, direito adquirido.

No Governo Sarney, por via de Medida Provisória 143, de 8.3.90, transformou em impenhorável o imóvel residencial familiar, aprovado pelo Congresso Nacional, que converteu a medida provisória em Lei 8.009 (DOU 30.3.90), cujo art. 6º declarava que:

“art. 6º. São canceladas as execuções suspensas pela Medida Provisória 143 de 8.3.90, que deu origem a esta lei”.

Não contém, quer a Medida Provisória 143, quer na Lei 8.009, qualquer referência a que tipo de execuções se cancela. Supõe-se, no entanto, que sejam apenas aquelas que tenham por garantia os bens tornados impenhoráveis.

O art. 6º da Lei 8.009, denota a distorção do mandamento legal ao impor o cancelamento das ações executivas, atingindo assim ao próprio crédito em cobrança, ao contrário de oportunizar a substituição da penhora por outro bem livre do devedor.

Concede, portanto, o art. 6º uma remissão de dívida. Não apenas das de natureza privada mas também das de natureza pública, cobradas através de executivos fiscais, sobre os quais não se fez nenhuma ressalva.

Incluídas no cancelamento geral estão também as execuções fiscais a cargo dos Estados e Municípios, representativas de créditos que, por proteção expressa da Constituição, só podem ser remidos por lei específica da entidade tributante (CF art. 150, § 6º), representando, sem dúvida, uma invasão de competência e ruptura no sistema federativo.

Por outro lado, o aspecto retroativo da Lei é inconstitucional, porque significa atingir os direitos dos credores sobre os bens penhorados, direitos que são adquiridos no momento da penhora (CPC, art. 657, 1ª parte, 664, 665, I)

Porém, para regularizar o art. 6º da Lei 8.009/90, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 205 que preleciona:

“A Lei 8.009/90 aplica-se a penhora realizada antes de sua vigência.”

Nesse contexto, insere-se o problema da aplicação da lei, o princípio da vedação das leis retroativas, ou ainda, o princípio da vedação da lei retroeficaz.

Se o passado pudesse sempre voltar à tona ninguém estaria seguro dos atos hoje praticados. A necessidade de segurança e a previsibilidade das condutas humanas sempre foi foro de grandes preocupações jurídicas.

A Constituição Federal de 1988, no que respeita à matéria, assim dispõe no art. 5º, XXXVI:

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

Como se vê, a nossa Lei Magna erigiu e defende, como norma constitucional, a manutenção dos Direitos Adquiridos, tanto de brasileiros como de estrangeiros, de acordo com as leis em vigor.

Ora isto que aos nossos olhos tão simples parece, tal arraigamento que encontra na consciência jurídica e na própria consciência popular brasileira, cumpre, pelo menos nos trabalhos científicos, seja considerado nas suas profundas e graves proporções.

As regras da Lei de Introdução, ao Código Civil, concernentes ao Direito Intertemporal se encontram no art. 6º, de acordo com a redação que lhes deu a Lei n.º 3.238, de 1 de agosto de 1957.

O alcance, portanto, da regra do efeito imediato entre nós, é o de que a nova lei, em princípio, atinge as partes posteriores dos fatos pendentes, com a condição de não ferir o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

Em suma, o limite do efeito imediato é o Direito Adquirido em sentido amplo, de modo a abranger as outras duas noções, de ato jurídico perfeito e de coisa julgada.

No que tange ao Direito Adquirido e a Ordem Pública, a primeira opinião partidária do efeito imediato parece que se deve a Pontes de Miranda, nos seus comentários à Constituição de 34, sendo de se notar, entretanto, que, a seu tempo, a regra respectiva ainda não constituía lei entre nós.

A cada passo – observa – se diz que as normas de direito público, administrativo, processual e de organização judiciária são retroativas ou contra elas não se podem invocar direitos adquiridos. Ora, o que em verdade acontece é que tais normas, nos casos examinados, não precisam retroagir, nem ofender direitos adquiridos, para que incidam desde logo. O efeito que se lhes reconhece é normal, o efeito no presente, o efeito imediato, pronto, inconfundível com o efeito no passado, o efeito retroativo que é anormal. (MIRANDA, 1998, p. 35)

Diante do exposto, cumpre assinalar que a idéia do direito adquirido, tal como consignada na Lei de Introdução, tem aplicação tanto no direito público quando no direito privado. Onde quer que exista um direito subjetivo, de ordem pública ou de ordem privada, oriunda de um fato idôneo a produzi-lo segundo os preceitos da lei vigente ao tempo em que ocorreu, e incorporado ao patrimônio individual, a lei nova não pode ofender.

Porém, alguns doutrinadores entendem haver retroatividade quando as leis de ordem pública.

A exemplo temos o subsídio de Carvalho Santos (1970):

Na doutrina não há discrepância admitindo todos que as leis de jurisdição, de competência e de processo estendem-se aos atos anteriormente realizados, pois são leis de ordem pública, nesse sentido estando firmada a jurisprudência (STF 13-10-1926, Arquivo Judiciário 1/4; 2/48; 3/112 e 419; 8/481; cf. RF 1/12; 8/501; 35/435; 26/160 e 356). (p.3)

Na resenha feita por João Luíz Alves e Faria Pereira (1969), realçamos a seguinte indicação:

“Retroagem as leis de ordem pública, como as de organização judiciária e processuais (Corte de Ap. 18-7-1924; Revista de Direito LXXVI/568; 30-1-1926, LXIX/538; STF 15-11-1928, Arquivo Judiciário, IX/290).” (p. 12)

Caio Mário da Silva Pereira (2002), também dá seu parecer no seguinte sentido:

Quando a regra da não-retroatividade é de mera política legislativa, sem fundamento constitucional, o legislador, que tem o poder de votar leis retroativas, não encontra limites ultralegais à sua ação, e, portanto, tem a liberdade de estatuir o efeito retrooperante para a norma de ordem pública, sob o fundamento de que esta se sobrepõe ao interesse individual. Mas, quando o princípio da não-retroatividade é dirigido ao próprio legislador, marcando os confins da atividade legislativa, é atentatória da Constituição a lei que venha ferir direitos adquiridos, ainda que sob inspiração da ordem pública. (p.107)

A nosso ver, diante do que se acaba de expor, e, sobretudo, à face dos elementos de ordem histórica, reveladores da índole do nosso Direito, em relação à matéria, respondemos que, ainda que se cuide de matéria ligada aos mais altos interesses públicos, não pode haver retroatividade se a lei respectiva não for expressa.

No caso da súmula 205 do STJ, no que se refere à retroatividade da lei, ela ce-deu na medida em que se arrefeceriam os interesses individuais, tendo em vista que, se avultada é a importância pública ou social da norma, nada impede o legislador de determinar a retroatividade de maneira expressa.

Essa temática bem como tantas outras, no que tange ao conflito de leis no tempo e à necessidade de assegurar o valor da segurança jurídica, especialmente no que tange à estabilidade dos direitos subjetivos, inseridos na Constituição, é a certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.

Cumprir a consideração de que, ainda que se cuide de matéria ligada aos mais altos interesses públicos, não pode haver retroatividade se a lei respectiva não for expressa, considerando a possibilidade de que não gere desequilíbrio social e jurídico

A partir do exposto, justifica-se que consideremos a Constituição, assim como todo o sistema de normas interno ao ordenamento jurídico, um conjunto de regras e princípios harmônicos entre si, segundo o qual se deve buscar, no problema a ser solucionado em face da Constituição, confrontar os bens e valores jurídicos que ali estariam conflitando, de modo a, no caso concreto sob exame, se estabeleça qual ou quais dos valores em conflito deverá prevalecer, preocupando-se, contudo, em otimizar a preservação, igualmente, dos demais, evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros.

Referências Bibliográficas:

BRASIL. Código Civil. Organização dos textos, notas remissivas e índices por J.M. de Carvalho Santos.

MIRANDA, Pontes de. Comentários à constituição de 1934. São Paulo: RT, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva,

2003

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Normas para a apresentação de originais

A Revista Pensar o Direito é uma publicação anual de artigos jurídicos produzidos por professores e alunos do curso de Direito da Unilago. Tem por objetivo a disseminação do conhecimento e o estímulo à pesquisa e produção em ciências jurídicas, de modo a contribuir para o desenvolvimento regional.

Os interessados em publicar os seus artigos neste periódico deverão elaborar um texto entre 08 e 12 páginas, respeitada a seguinte formatação:

- a) formato A 5 ;
- b) margens: superior 2,5cm; inferior 1,5cm; esquerda 2cm, e direita 1cm ;
- c) fonte Times New Roman ;
- d) corpo 10 ;
- e) espaçamento 1,5.

O texto do artigo deverá seguir a seguinte estrutura: título centralizado e nome(s) do(s) autor(es) alinhados à direita, com os seus principais títulos acadêmicos. O resumo poderá ter um máximo de 15 linhas e as palavras-chave, de três a seis vocábulos. A seguir, deve constar a introdução, o desenvolvimento do conteúdo e as conclusões. Ao final, eventuais notas e as referências, conforme as normas atuais da ABNT. As notas devem constar após as conclusões e antes das referências, ou seja, as citações não deverão ser registradas em rodapé.

Satisfeitas estas exigências, os artigos poderão ser encaminhados à respectiva Coordenação do Curso, em texto impresso e em mensagem eletrônica, para a avaliação do Conselho Editorial. Na mensagem o autor do artigo deverá autorizar a publicação de seu texto, de acordo com a linha editorial da Unilago. Serão preferidos os trabalhos sobre temas atuais, inéditos e relacionados aos problemas regionais, conforme a ordem cronológica de apresentação.

