

Escola Superior da Defensoria Pública da União

Revista da
Defensoria Pública da União
n. 2

1ª edição

Brasília
2009

Defensor Público-Geral da União em exercício

Leonardo Lorea Mattar

Diretor da Escola Superior da Defensoria Pública da União

Antonio de Maia e Pádua

Conselho Editorial

Antonio de Maia e Pádua

Estevão Ferreira Couto

Holden Macedo da Silva

Esdras dos Santos Carvalho

A Revista da Defensoria Pública da União é uma publicação semestral destinada à divulgação de artigos acadêmicos inéditos na área de (a) acesso à justiça e democracia e (b) garantias fundamentais e direitos humanos. Para submeter um trabalho à avaliação do conselho editorial, envie o texto para esdpu@dpu.gov.br.

2009, 1ª edição

ESCOLA SUPERIOR DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Setor Bancário Sul, quadra 1

Edifício Anexo à Sede da Defensoria Pública-Geral da União

CEP 70070-110 - Brasília – DF

Revista da Defensoria Pública da União, Defensoria Pública da União. __ N.2 (jul./dez. 2009) - __
Brasília: DPU, 2009 – 204p

Semestral

ISSN 1984-0322

1. Jurisprudência - Periódico. 2. Direito - Doutrina - Jurisprudência. I. Brasil. Defensoria Pública da União.

CDDir 340.6

Sumário

<i>Apresentação</i>	5
<i>Editorial</i>	7
<i>Artigos</i>	
Vinicius Diniz Monteiro de Barros , Acesso ao Direito, processo constitucional e Defensoria Pública – interseções	9
Luiz Henrique Miguel Pavan , O controle jurisdicional das provas do concurso público	33
Felipe Dezorzi Borges , A proibição do <i>venire contra factum proprium</i> no processo civil	69
Vânia Márcia Damasceno Nogueira , O direito na era globalizada: novos mercados, função social do contrato e solidariedade social	85
Caio Folly Cruz e João Roberto de Toledo , A inconstitucionalidade da intitulada assistência jurídica voluntária	117
<i>Resenha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</i>	141

Antonio de Maia e Pádua , Apresentação	143
Gabriel Habib , Interrogatório e necessidade da presença de defensor (recurso extraordinário 459.518)	145
Felipe Caldas Menezes , A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis (recurso extraordinário 554.088)	185
Alessandra Fonseca de Carvalho , A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação (recurso extraordinário 407.688)	193
Antonio de Maia e Pádua , A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo Tribunal (<i>habeas corpus</i> 94.701)	201

.....

Apresentação

O segundo número da Revista da Defensoria Pública da União consiste em mais uma grande conquista.

O avanço obtido com o lançamento do volume inaugural deste importante mecanismo de difusão da produção científica poderia se perder se não houvesse um esforço em dar continuidade ao valoroso trabalho iniciado.

O fato do lançamento deste segundo número coincidir com o final do mandato da atual administração da Defensoria Pública-Geral da União é, pois, simbólico e representativo de que muito foi feito e muito ainda há por fazer para que esta Instituição consolide-se no seu papel de instituição essencial à função jurisdicional do Estado e cuja missão é prestar assistência jurídica, judicial e extrajudicial, integral e gratuita, aos necessitados.

E mais, sinaliza que as boas iniciativas não devem ter solução de continuidade. Espera-se, então, que a Revista da Defensoria Pública da União continue a possibilitar a discussão técnica e científica de problemas jurídicos diretamente relacionados com a atuação dos Defensores Públicos da União e as conseqüências intrínsecas a essa, como a democratização do acesso à justiça e o implementar de uma justiça cidadã.

Mais uma vez o leitor poderá deleitar-se com artigos de grande qualidade e com grande variedade de temas o que continua a demonstrar a enorme gama de questões e a diversidade de matérias com as quais lidam com extrema habilidade técnica e

Apresentação

sensibilidade social os Defensores Públicos da União.

O espaço de reflexão e de intercâmbio de idéias continua aberto. Espera-se, assim, que estes primeiros passos sejam úteis à consolidação de uma visão dos institutos jurídicos mais consentânea com a dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, com o Estado Democrático de Direito posto na Constituição Federal de 1988.

Eduardo Flores Vieira
Ex-Defensor Público-Geral da União

.....

Editorial

Após o sucesso do número de lançamento que alcançou grande repercussão no meio jurídico, a Escola Superior da Defensoria Pública da União dá continuidade ao trabalho de divulgação do conhecimento técnico-jurídico desenvolvido por seus membros.

Neste segundo momento, o Conselho Editorial optou por manter a linha adotada no primeiro número, mas já pensa na ampliação do leque de colaboradores da publicação, visando inclusive à diminuição de sua periodicidade. Para isto coloca, desde logo, à disposição de todos os leitores, o endereço eletrônico para eventuais colaborações, qual seja, **esdpu@dpu.gov.br**.

Para os próximos números, tem-se como expectativa, ainda, divulgar peças processuais de destaque representativas da qualidade da assistência jurídica integral e gratuita prestada pelos membros da Instituição.

A elaboração do presente editorial é um dos últimos atos deste Diretor-Geral que está à frente da Escola Superior da Defensoria Pública da União desde 01 de novembro de 2007.

Aproveita-se, pois, o ensejo para agradecer ao Defensor Público-Geral da União, Dr. Eduardo Flores Vieira, e ao Subdefensor Público-Geral da União, Dr. Leonardo Lorea Mattar, pelo apoio e atenção que sempre dedicaram aos projetos da Escola Superior da Defensoria Pública da União criada em sua gestão.

Somente esta iniciativa empreendedora já seria digna de elogios.

Estendo, outrossim, os cumprimentos aos meus colegas de Diretoria da Escola Superior da Defensoria Pública da União, Drs. Esdras dos Santos Carvalho, Holden Macedo da Silva e Paulo Alfredo Unes Pereira que, para além de suas muitas atribuições ordinárias, ajudaram a lançar as bases de um projeto ambicioso e acredito, bem sucedido, que, certamente representa a força e o potencial de crescimento desta Instituição tão jovem.

Felipe Caldas Menezes
*Ex-Diretor da Escola Superior da
Defensoria Pública da União*

.....

Acesso ao Direito, processo constitucional e Defensoria Pública – interseções

Vinícius Diniz Monteiro de Barros*

1. Introdução

Sob diversos prismas é possível avaliar o complexo tema do acesso ao Direito na sociedade brasileira contemporânea, dita pós-moderna¹. À exaustão discutem-se os problemas da motivação das decisões jurisdicionais², enfoca-se a primazia do contraditório sobre a vetusta qualificação do processo como relação jurídica³, alerta-se para a adequação democrática do modelo constitucional de processo⁴ e, quase em uníssono,

* Defensor Público da União em Belo Horizonte.

¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. 2004. P. 303 e ss.

² CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação Jurídica e Decisionismo. *in* SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crise e Desafios da Constituição. 2003. p 522 e ss.

³ GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 1992. esp. P. 78 e ss., 115 e ss.

⁴ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. *In* Revista da Faculdade Mineira de Direito – v. 1, n. 1 (Jan.

identifica-se a crise de efetividade da Constituição do Brasil⁵.

Alguns autores se valem da expressão “acesso à Justiça”, para designar a consequência necessária do princípio constitutivo do Processo expresso no art. 5., XXXV, da CRFB. Dois motivos, porém, impedem que se faça uso da apontada expressão no presente escorço. O primeiro é a equivocidade semântica do vocábulo Justiça, que ocasiona mais confusão do que esclarecimento no debate científico, mormente se, por meio dele, se presume equiparar, em metáfora de grande infelicidade, Órgão (ou Função) Judiciário(a) e Justiça onírica.⁶ O segundo repousa na adequação democrática objetivável daqueloutra “acesso ao Direito”, incorporada por diplomas normativos contemporâneos paradigmáticos, como a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, de 13 de dezembro de 2007, com valor jurídico fundante da Comunidade transnacional no Velho Continente.⁷

Assim, o acesso ao Direito representa pano de fundo com inegável valia para a percepção da distância ainda existente entre as aspirações constitucionais acerca de uma sociedade brasileira democraticamente constituída – decantadas em verso e prosa na seara acadêmica –, de um lado, e o objeto real sobre o qual incidem tais aspirações – a própria sociedade brasileira, que lida, em pleno século XXI, com problemas do teor de epidemias de

– jun. 1998).

⁵ STRECK, Lênio Luiz. Os Meios e Acesso do Cidadão à Jurisdição Constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Crise de Efetividade da Constituição Brasileira. P. 249 e ss.

⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos. 2008. 7. ed. Rev. e atual. p. 68.

⁷ TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas Constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo e MACHADO, Felipe Daniel Amorim (org.). Constituição e Processo – a Contribuição do Processo no Constitucionalismo Democrático Brasileiro

cólera e dengue, no âmbito da saúde pública, por exemplo –, de outro. Nesse contexto, bastante pertinente e lúcida a comparação da situação social brasileira a um ornitorrinco, revivida por SAMPAIO:

É um monstro sem o ser. É o domínio do contraste e do que não era para ser (assim). Algo como um país do agrobusiness, mas com fome no campo; (...) um sistema econômico financeirizado à custa da dívida pública (e social) em detrimento de empréstimos aos setores produtivos.

(...) Também na política ele (o bicho) é um projeto de pólis sem civitas, de uma política como vazio da plebe e o domínio da elite técnico-financeira que alimenta o ornitorrinco econômico. (...)⁸

Esse estado de coisas, a que se costuma denominar crise, longe de condenar os estudiosos ao desânimo, precisa ser antes compreendido como uma inerência da condição humana na sociedade moderna. Em outras palavras, com o advento da Modernidade e o conseqüente abandono da compreensão monológica de vida, ditada pela Igreja, colocou-se o indivíduo no centro das atenções do pensamento humano, em evidente abandono das noções de comunidade, estabilidade e homogeneidade sociais, majoritárias e irrenunciáveis até a época das Iluminuras. Os conflitos entre as percepções individuais de mundo deixam de ocupar uma posição extraordinária, marginal ou herética no seio social, para se tornar o que de ordinário se desprende da convivência humana. Ainda em pauta o brocardo *ubi homo ibi societas*, vê-se que as relações humanas, entendidas como pressuposto da sobrevivência da espécie, merecem, a partir dos influxos modernos, releitura. Esclarece, a respeito,

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Introdução. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Quinze Anos de Constituição. 2004. P. 5.

CARVALHO NETTO:

*Devemos ter presente que vivemos em uma sociedade moderna, uma sociedade complexa, uma sociedade em permanente crise, pois, ao lidar, racionalmente, com os riscos da sua instabilidade, ela faz da própria mutabilidade o seu moto propulsor. A crise, para esse tipo de organização social, para essa móvel estrutura societária, é a normalidade. Ao contrário das sociedades antigas e medievais, rígidas e estáticas, a sociedade moderna é uma sociedade que se alimenta da sua própria transformação. E é somente assim que ela se reproduz. Em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade podemos ter é a sua sempre crescente complexidade.*⁹

Em vez de desânimo, portanto, o reconhecimento dos abismos entre o ser e o dever-ser do Direito Constitucional gera a própria matéria-prima a ser transformada pelos juristas, em prol da construção permanente do Estado Democrático de Direito, que não é um ponto de chegada, mas um infindável devir, um permanente caminhar. CATTONI DE OLIVEIRA é enfático quando ensina:

*(...) Não há, de modo algum, que isentar os operadores jurídicos de sua responsabilidade na realização do projeto constitucional-democrático entre nós. (...) Não podemos nos iludir. A Constituição da República é desafiada a cada decisão que se tome neste País, pois cada decisão pode ser uma reafirmação do projeto que ela vem trazer, ou representar a continuidade de práticas sociais incompatíveis com tal projeto constitucional democrático.*¹⁰

⁹ CARVALHO NETTO, Menelick de. A Constituição da Europa. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crise e Desafios da Constituição. P. 281-282.

¹⁰ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. Argumentação Jurídica e

Nem as críticas acerbas ao texto constitucional, nem a sua entronização ou divinização no cenário institucional brasileiro representam posturas consentâneas com a perspectiva vigente sob o paradigma do Estado Democrático Direito, bem delineada na necessidade de os cidadãos, devidamente engajados, promoverem um permanente constituir. Desse modo, não cabe sustentar a dicotomia entre o ideal e o real, como se expressassem estados inconciliáveis da sociedade, porquanto, a rigor, a noção de ideal defluiu, nos esforços da razão, de um contexto real, ou concretamente condicionado. Em suma, ideal e real condicionam-se mutuamente nesta empreitada de um constante constituir. Logo, deixa-se de lado a abordagem do ideal como algo transcendental, a bem da possibilidade de crítica profícua à realidade, com vistas, mesmo, a transformá-la.

É preciso explorar as tensões existentes nas práticas jurídicas cotidianas e reconstruir, de forma adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito, os fragmentos de uma racionalidade normativa já presente e vigente nas próprias realidades sociais e políticas, pois é exatamente essa dimensão de idealidade destranscendentalizada que torna, inclusive, passível de crítica uma realidade excludente.¹¹

À evidência, o texto ou a Constituição jurídica não se reduz a mera folha de papel, sujeita, por completo, às vicissitudes de uma Constituição real¹², mas, outrossim, não pode ser tido como

Decisionismo. In SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord). *Op. cit.* 2003. P 542-543.

¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (coord). *Quinze Anos de Constituição.* 2004. p. 140-141.

¹² HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição.* Trad. Gilmar Ferreira Mendes. 1991. p. 9 e 11, esp. o trecho: “A idéia de um efeito determinante exclusivo da Constituição real não significa outra coisa senão a própria

o último estágio do desenvolvimento da sociedade que visa reger, ou o termo final da evolução social em um dado lugar. A primeira idéia enseja a desconsideração total da normatividade constitucional, subjugando o texto a um contexto histórico inexorável, invencível e determinante; enquanto a segunda fada-se à frustração, por atribuir ao texto carga excessiva de expectativas nem sempre realizáveis, de pronto, pelos preceptivos escritos, como que colocados em um papel a-histórico, auto-suficiente e, figurativamente, mágico.

Ao afastar de seu mister esses extremos interpretativos (o texto como nada e o texto como tudo), o jurista coloca-se em posição privilegiada para rechaçar os ataques infundados contra a Constituição, que pretendem deslegitimá-la com questionamentos de toda estirpe, desde o processo formal de sua elaboração¹³, perpassando a redação do texto¹⁴, até a defasagem ideológico-estrutural frente a uma cena internacional de globalização, notadamente econômica e pretensamente inarredável¹⁵. Tal postura hostil radica em porquês que fogem, em princípio, à apreciação do presente artigo. Por agora, interessa saber que contra essa “má-vontade de Constituição”¹⁶ levantam-se as mais abalizadas vozes doutrinárias.

A Constituição de 1988 é um marco importantíssimo, se não for o mais importante na nossa história, de um projeto que transcende ao próprio momento de promulgação da Constituição e que lhe dá sentido, de um projeto que é muito

negação da Constituição jurídica.”

¹³ SAMPAIO, José Adércio Leite. Teoria e Prática do Poder Constituinte. Como Legitimar ou Desconstruir 1988 – 15 anos depois. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Quinze Anos de Constituição. 2004. p. 32 e ss.

¹⁴ Idem. P. 49 e ss.

¹⁵ Ibidem. P. 52 e ss.

¹⁶ Ibidem. P. 59 e ss.

*anterior, que vem se desenvolvendo, ainda que sujeito a tropeços, a atropelos, há muito tempo. Numa leitura reconstrutiva, a Constituição reafirma, mais uma vez, porque os reinterpreta, os grandes ideais de autonomia e de emancipação presentes nas grandes revoluções do século XVIII.*¹⁷

Isso visto, cumpre assinalar que o texto da Constituição de 1988, embora represente um marco histórico e cronológico de suma relevância, tem o lugar de um dentre vários elementos passíveis de análise no trato hermenêutico do Direito Constitucional. O efetivo constituir de uma sociedade demanda a inter-relação e a complementação de aspectos sociológicos, políticos e filosóficos, que esclareçam, informem e subsidiem os avanços sociais efetivos, lição a ser ainda memorizada pela maior parte dos juristas, nas palavras de CATTONI DE OLIVEIRA.

*(...) o Direito não é capaz por si só de transformar a realidade ou de transformar o mundo. (...) No máximo, no máximo, a Constituição pode promover mudanças na medida em que a Constituição constitua algo. Que ela seja o centro de mobilização ou de integração de uma sociedade, no sentido do desenvolvimento de um patriotismo constitucional. Mas daí a achar que a Constituição por ela mesma é capaz de transformar a realidade, ou que mais uma emenda constitucional vai resolver o problema da falta de efetividade da Constituição, isso é insistir num equívoco. No equívoco que contribui para mais frustração e para o agravamento do sentimento de fracasso constitucional.*¹⁸

¹⁷ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.* 2004. P. 142.

¹⁸ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. *Op. cit.*

Este trabalho toma de empréstimo, então, das noções acima delineadas os fundamentos epistemológicos para demonstrar, ao fim e ao cabo, a situação de inconstitucionalidade a que se submete o acesso ao Direito no Brasil. Tal situação diz respeito, de forma bem específica, à Defensoria Pública (art. 134 da CRFB), porque instituição de destaque contributivo para a construção do Estado Democrático de Direito, com todas as benesses daí decorrentes, em especial a proteção dos direitos fundamentais dos menos abastados.

A Instituição de que se trata, cuja função primaz é a inclusão jurídico-social dos que comprovem insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV, da CRFB), ainda não mereceu a análise e a efetivação constitucionais adequadas, conquanto já vintenário o texto constitucional. Propõe-se, ora, tangenciar essa análise. Afinal, a obra constitucional brasileira resta inacabada e carente de melhoramentos substantivos e, de preferência, expeditos, de sorte que não é hora, e talvez nunca seja, de “ir embora para casa, vestir o pijama e ver televisão”¹⁹.

2. Dois vetores epistemológicos

2.1. Processo Constitucional e a Indispensável Defesa

Fala-se em Processo Constitucional a partir da premissa segundo a qual o processo é meio discursivo e legitimador da proteção e fruição de direitos. Desde o reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição em

2004. P. 146.

¹⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Op. Cit.* P. 147.

relação às demais normas positivas, torna-se claro que as principais disposições normativas atinentes ao processo encontram-se, explícitas ou implícitas, no texto constitucional. O núcleo dessas disposições consubstancia-se e, ao mesmo tempo, faz-se valer por intermédio do somatório de garantias²⁰, chamadas comumente de fundamentais, porque afirmam a segurança, combatem a incerteza, e formatam meios de defesa da própria Constituição (garantias *lato sensu*) e dos direitos subjetivos (garantia *stricto sensu*).²¹

O objeto de estudo do Processo Constitucional engloba as garantias constitucionais em combinação. De acordo com a combinação hermenêutica que se dê às garantias fundamentais, obtém-se uma síntese peculiar, ou um pensamento-base, do que venha a ser a situação jurídica mínima do Processo constitucionalmente razoável. Vale destacar, quanto ao tema, o escólio de BARACHO, para quem hão de comparecer na estrutura do Processo Constitucional as seguintes características:

(...) o demandado tenha tido a devida notícia ou citação, que pode ser atual ou implícita; todos tiverem tido a oportunidade adequada para comparecer e expor seus direitos, inclusive o de declará-lo por si próprios; se pôde apresentar testemunha, documentos relevantes ou outras provas; o Tribunal, perante o qual os direitos são questionados estiver composto de maneira tal que estejam presentes as condições de honestidade e imparcialidade; deve esse Tribunal ser competente para examinar os conflitos constitucionais.

Essas condições, para o demandante e o

²⁰ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In Revista da Faculdade Mineira de Direito – v. 1, n. 1 (jan. – jun. 1998). P. 89.

²¹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 2004. P. 532-533.

demandado, têm a denominação genérica de ter direito de estar um dia ante o Tribunal (his day in Court).²²

Nesse plexo básico de situações jurídicas a conformar o Processo Constitucional, destaca-se, para os fins deste ensaio, a tutela do direito de defesa, de proximidade umbilical com o direito ao contraditório²³. Ainda que não houvesse previsão expressa no texto da Constituição sobre o contraditório e a ampla defesa, a noção de processo justo (ou *due process of law*) não se perfaria sem essas prerrogativas elementares da atuação endoprocessual das partes.²⁴

A posição central ocupada pelo direito de defesa no âmbito do Processo Constitucional do Estado Democrático de Direito positiva-se na Constituição de 1988 como garantia fundamental em diversos trechos. Quando esse direito de defesa, imprescindível ao efetivo acesso ao direito, diz respeito aos economicamente menos favorecidos (art. 5º, LXXIV, da CRFB), desdobra-se na construção de uma instituição específica voltada, de maneira típica, à prestação de assistência jurídica, judicial ou extrajudicial, integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos (art. 134 da CRFB). Isso porque a Constituição do Brasil não só reconhece as diferenças sociais e a verdadeira dívida histórica carregada pela sociedade brasileira, como paramenta o Estado com instituições direcionadas a enfrentar e sobrepujar os abismos odiosos, mormente os de natureza econômica, que o Estado Democrático de Direito não pode homologar.

A Constituição brasileira de 1988 não só fala de exclusão, senão que se pronuncia contra ela,

²² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 89-90.

²³ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2007. P. 290 e ss.

²⁴ *Idem.* P. 95

*principalmente nos Títulos que tratam dos princípios e dos direitos fundamentais, podendo revelar, portanto, diferentemente de um contraste entre ideal e real, inclusão e exclusão, uma tensão entre texto e contexto. Nessa leitura discursiva, reconstrutiva, pode-se, inclusive, virar o texto constitucional contra a exclusão que, ao contrário de se ancorar numa lei natural, como se não fosse, como disse, também uma construção histórica e social, na verdade permanece vinculada à pré-compreensão social e política, não problematizada, de intérpretes, especializados ou não, que vivenciam essa Constituição.*²⁵

O Processo Constitucional tem objetivo definido. Trata-se de “ampliar as possibilidades de efetividade dos direitos fundamentais em sua plenitude, sem qualquer restrição de ordem econômica ou social, bem como do direito de defesa.”²⁶ Entende-se, assim, que a Constituição, como fonte dos axiomas do Processo, volta-se à proteção dos direitos fundamentais que ela mesma consagra, de forma expressa ou reflexa, bem como daqueles decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou, ainda, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, § 2º, da CRFB). Nesse último caso, abre-se a ordem constitucional para o plano internacional, superando fronteiras, em intercâmbio civilizatório com outras comunidades jurídicas, na busca de “uma comunidade internacional digna desse nome”.²⁷

²⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. O Projeto Constituinte de um Estado Democrático de Direito. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. P. 141.

²⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 98.

²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Direito Constitucional, Novos Paradigmas, Constituição Global e Processos de Integração. In SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. P. 410.

Enfim, mais do que conotação instrumental em face dos direitos subjetivos, o Processo Constitucional encerra verdadeira metodologia de proteção dos direitos fundamentais. Para tanto, tutela o princípio da supremacia constitucional e, do topo do ordenamento jurídico, lança luzes sobre qualquer abordagem processual do Direito.²⁸

2.2. Abandono da Relação Jurídica e Fortalecimento do Contraditório

A figura da relação jurídica, colhida da Pandectística²⁹ do século XIX, embora tenha inspirado gerações de processualistas, não se presta mais a justificar o modelo de processo democrático.³⁰ Tal como importada do Direito Civil para o Direito Processual, sob a sombra do conceito de direito subjetivo³¹, a relação jurídica pressupõe vínculo entre os sujeitos, por meio do qual um pode exigir do outro determinada prestação.

*Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou, ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então seriam os sujeitos passivos da prestação.*³²

A noção de relação jurídica foi cunhada no auge

²⁸ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 118-119

²⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil – Introdução*. 2006. P. 161-162.

³⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 1992. esp. P. 100.

³¹ AMARAL, Francisco. *Op. cit.* P. 189-190

³² GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 97.

histórico do individualismo, com a forma de “vínculo entre sujeitos, (...) que, mesmo quando dito de coordenação” – porque justificado, em sede de direito material, na autonomia da vontade, signo inconfundível da época – “expressava, apenas, momentos alternados de subjugação”³³. Eis a razão da impossibilidade de harmonização entre essa idéia, consubstanciada na prerrogativa de alguém sobre a conduta alheia sob a mediação do ínclito magistrado, e o contexto normativo de um Estado e de um Processo assentados em bases sólidas de liberdade. Subjugações recíprocas entre partes, de um lado, e juízes plenipotentes, de outro, em nada se relacionam com a democracia (ver nota 35, infra).

Evoluiu a Ciência do Processo para reavivar o conceito de procedimento. Antes mera forma, exteriorização inane do processo, simples encadeamento de atos, o procedimento ganha a qualificação substantiva de “seqüência de normas, atos e posições subjetivas”³⁴, que visa à formação de ato de caráter imperativo, o provimento. Cumpre admoestar, a propósito, que qualificar o procedimento como exteriorização do processo significa condenar o próprio processo a uma conformação insuscetível de testificação científica, transformando em qualquer coisa como um pressuposto incontroverso. Em outras palavras, não há como definir-se processo, salvo por uma inteligência superior e inacessível aos discursos democráticos, a partir da sua exteriorização procedimental. Vale lembrar, nesse ponto, a lição de LEAL, com remissões a FAZZALARI:

Entre os seguidores da escola instrumentalista e da relação jurídica (que não é jurídica, mas subjetivo-voluntarista), o “processo é essencialmente teleológico”, um instituto flutuante etéreo,

³³ Idem. P 98.

³⁴ Ibidem. P. 108.

ritualístico, sem qualquer vínculo lógico-jurídico, porque, ao dizerem que o processo é “modo” ou força que impulsiona os atos do procedimento perceptível, o processo seria imperceptível, esotérico e inefável, sequer teria, como a música, a mais abstrata das artes, um modo (maior ou menor) que se distingue pela alteração qualitativa dos intervalos. (...)

*Foi a necessidade de dessacralização dessa nociva e nebulosa mística processual que moveu Fazzalari a repensar o **Processo**, não mais como instrumento etéreo da jurisdição ou a serviço da atividade jurisdicional que, para os instrumentalistas, também tem escatologias redentoras, nas varas mágicas dos juízos, de concorrer para a paz social e a felicidade paradisiaca do homem pelo mito do juiz salvador, ético, irrepreensível, sábio, puro, vestal ou prodigamente justo e talentoso.³⁵*

À nova abordagem do tema ainda se une a reformulação do próprio conceito de direito subjetivo, visto “não (mais) como um poder sobre a conduta alheia, (...), mas como uma posição de vantagem do sujeito assegurada pela norma.”³⁶ Somadas todas essas características, desloca-se, por conseguinte, da ação para o procedimento o foco de atenção do processualista. Haurida de mandamento constitucional expresso, situa-se a garantia do contraditório em patamar metodologicamente privilegiado, na medida em que assegura ao destinatário do provimento a oportunidade de participar na construção desse ato final do procedimento, dotado de coercibilidade e exigibilidade.³⁷ Nada mais democrático do que o destinatário do ato estatal participar de sua construção.

³⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Op. cit.* p. 93.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 106.

³⁷ *Ibidem.* p. 119 e ss.

Um passo adiante, devem-se apontar os contornos firmes do que se entende por contraditório. Se as partes constroem, em conjunto com o magistrado, o provimento, o contraditório de que se cuida há de ser concreto, não apenas formal. Aliás, aqui repousa elemento inextricável da processualidade genuinamente democrática, e não só aparente, pois um simulacro de contraditório conduz à indesejável qualificação dos atos processuais como um teatro de mau gosto, e do Poder Judiciário, no máximo, como “uma legião burocratizada de virtuosos justiceiros de boa-vontade e de notório saber ou (...) um repressor magnânimo.”³⁸

O contraditório substancial e concreto garante a liberdade e a igualdade entre as partes no bojo do processo constitucional e democrático, de maneira tal que não se pode falar neste desvencilhado daquele. Tem-se em mira garantia constitucional irredutível (arts. 5º, LV, e 62, § 4º, IV, da CRFB), que visa, a título nuclear, prover e manter o equilíbrio de participação dos envolvidos no procedimento, futuros atingidos pelo provimento. A igualdade jaz transparente na expressão “participação paritária”, ou naqueloutra “paridade de armas”³⁹, ao passo que a liberdade decorre da submissão de cada participante aos ditames da lei, e não à vontade de outrem. Cumpre relembrar a lição de GONÇALVES sobre a essência da garantia constitucional em pauta:

O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação do direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o conteúdo do ato final. Essa será sua matéria, o seu conteúdo

³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. Ausência de Processualidade Jurídica como Morte pelo Direito. *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. N. 45/ Jul. – Dez. 2004. p. 405.

³⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 94-95

possível.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

É essa igualdade de oportunidade que compõe a essência do contraditório enquanto garantia da simétrica paridade de participação no processo.⁴⁰

Vale reforçar: a palavra-chave da pós-modernidade democrática é participação. Ao Processo que se pretende democrático, objeto de estudo e consideração jurídicos, cabe assegurá-la e promovê-la, em especial no seio dos provimentos estatais. Quando atinente ao processo jurisdicional, destinado a formar, ao cabo, o provimento de nome sentença, a participação tem roupagem certa – o contraditório, alvo das principais preocupações hodiernas quanto à disciplina.

3 – Defensoria Pública

É certo que as análises supra, tangentes a temas que, pela complexidade, já consumiram, sem solução definitiva, rios de tinta, não dispõem da profundidade merecida, porém não perdem, por completo, sua utilidade. Servem, propositadamente, para problematizar a inconstitucionalidade do acesso ao direito no Brasil, em destaque quando concernente aos carentes de recursos financeiros.

O caráter propedêutico dos itens anteriores tem por escopo sustentar a afirmação da Defensoria Pública como garantidora do contraditório efetivo, no âmbito do real (e não

⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Op. cit.* P. 127.

apenas formal) acesso ao direito, a parcela considerável da população brasileira, observada a metodologia do Processo Constitucional. Com isso, a Instituição veicula, na seara jurisdicional (e também fora dela), as pretensões de brasileiros freqüentemente excluídos das potencialidades da cidadania, promove a inclusão social em patente viés democrático e, enfim, abraça sua função republicana.

Pouco adianta proclamar direitos, se eles estão fadados a inexistir na prática, quer porque o Poder Legislativo recalitra em minudenciá-los, quer porque o Poder Judiciário deles não pode conhecer. É tão atentatório à efetividade da Constituição o enfraquecimento das instituições que provocam o Judiciário a concretizar direitos, quanto a teoria da programaticidade dos direitos fundamentais. Em desfavor da Constituição, a primeira atua no âmago da Jurisdição, enquanto a segunda, no espectro da Legislação. De toda sorte, mantêm desguarnecidos os direitos fundamentais, centro do ordenamento constitucional, ora desprestigiando uma Função Estatal, ora outra. Por isso, cumpre combater, com veemência, a prática deletéria dos poderes públicos que, de qualquer forma, impossibilita o exercício real dos direitos fundamentais.⁴¹

Quando a Constituição, em seu Título IV, enuncia as Funções Essenciais à Jurisdição, entre as quais a Defensoria Pública, vincula-as à própria validade da função jurisdicional do Estado. Por inferência, sem a Defensoria Pública, a Advocacia Pública ou Privada e o Ministério Público, descabe falar em Jurisdição. Na mesma esteira, a dilapidação institucional de qualquer dessas Funções Essenciais redundaria em igual consequência para a Jurisdição.

Mero passar d'olhos no texto constitucional revela que

⁴¹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* P. 124-125

o constituinte originário ofereceu tratamento detalhado, quase dedicado, a uma das Funções encontradas no Capítulo IV de seu Título IV, e não às demais. Que esse texto é produto, também, de um amontoado de “lobbies” vencedores na Assembléia Nacional Constituinte, muitos o sabem, embora nem todos o digam⁴². Como ressaltado alhures (cf. nota 17), tal constatação não tem o condão de macular a legitimidade da Constituição de 1988, nem sua importância na história republicana brasileira, porém explica, com substância histórica, o porquê do tratamento especial dado pelo texto da Constituição a uma instituição essencial à Jurisdição, posicionada estrategicamente⁴³ na citada Assembléia, em detrimento das outras. Aliás, frise-se, desde logo e a bem da Ciência, não ter sido o período pré-constituinte da década de 1980 o único em que vicejaram os “lobbies” políticos e institucionais, nem ser o Poder Executivo o único a agir perlocucionariamente.⁴⁴

Sobretudo, a consideração de que o texto representa apenas um, malgrado sua centralidade, dentre os elementos relevantes a serem considerados na hermenêutica de questões constitucionais estimula, a partir de premissas procedimentais, a sempre reler o texto em face do contexto. (cf. nota 25). E, sem temor de engano, impende asseverar que o contexto brasileiro exige a inclusão dos menos favorecidos, a extensão da cidadania a quem não a ostenta, tampouco a exercita, e, enfim, o fortalecimento de instituições incumbidas de semelhante mister.

No mesmo sentido, ao Estado Democrático de Direito

⁴² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Federação e Cidadania: 20 Anos. Palestra no Congresso Nacional de Direito Constitucional – 20 Anos de Constituição Cidadã. 9-10 de abril de 2008. Belo Horizonte – MG.

⁴³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Habermas, Ação Estratégica e Controle de Constitucionalidade Brasileiro. *In* SAMPAIO, José Adércio Leite. Quinze Anos de Constituição. 2004. p. 219 e ss, esp. p. 235 a 237.

⁴⁴ Idem.

repugnam exercícios hermenêutico-constitucionais escabrosos, como o que, diante do tratamento dado pelo texto de 1988 às Funções Essenciais à Jurisdição, sustentasse, por exemplo em sede de Processo Penal, um, por assim dizer, “direito fundamental a ser processado penalmente por instituição bem estruturada”, e desconsiderasse ou relegasse a segundo plano um “direito fundamental a ser defendido, também no processo penal, por instituição igualmente bem estruturada”. A interpretação não pode conduzir ao absurdo.⁴⁵

Mesmo com poucas linhas a ela dedicadas no texto constitucional, a Defensoria Pública sobressai do contexto jurídico nacional como genuína garantia constitucional fundamental (art. 5º, LXXIV, combinado com art. 134 da CRFB). Não deve essa Instituição receber a carga de panacéia da nação, epíteto, aliás, que nenhuma instituição constitucional merece, embora não raras o almejem. A qualificação técnica da Defensoria Pública como garantia constitucional fundamental insere-a no desiderato republicano e democrático da Constituição do Brasil, sob os primados procedimentais da inclusão do outro e da tolerância; promove o acesso ao direito de quem em regra padece das mais elementares privações cívicas e fortalece as bases do Processo Constitucional, em direção à cidadania plena.⁴⁶

4. Conclusão

⁴⁵ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 2006

⁴⁶ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Op. cit.* p. 120-121, esp. o trecho “O devido processo ou o processo justo, o direito de defesa e a assistência legal, o processo como manifestação de igualdade e equilíbrio são aspectos essenciais do desenvolvimento desse tema. (...) As garantias individuais, coletivas e processuais tornam possível o exercício da cidadania plena, através do Processo Constitucional. As garantias individuais e as sociais são consagrações que possibilitam o exercício da pluralidade de direitos.”

Por tudo quanto exposto, o termo da análise ora proposta só pode ser a inconstitucionalidade da situação em que posta e mantida a instituição da Defensoria Pública no Brasil. Vários argumentos teóricos sustentam essa conclusão:

- o direito de defesa integra o rol das garantias fundamentais do indivíduo no plano do processo jurisdicional constitucionalmente adequado, em íntima relação com o exercício pleno do contraditório;
- a falta de condições econômicas de prover e sustentar demandas jurisdicionais não pode excluir o cidadão do gozo de seus direitos, em larga medida efetivado apenas por meio da jurisdição;
- sem defesa e contraditório, que coroam a participação do jurisdicionado na construção do provimento coativo e exigível de que será alvo, impensável o processo democrático concorde com a Constituição.
- atenta às discrepâncias sociais subjacentes ao Estado Democrático de Direito que visa constituir, a Constituição paramentou o Poder Público com instituição voltada, de modo primaz, à assistência jurídica, judicial ou extrajudicial, integral e gratuita, dos economicamente despojados, de forma típica, e dos juridicamente hipossuficientes, de forma atípica.
- a ausência ou o enfraquecimento da Defensoria Pública torna inviável a Jurisdição inclusiva dos menos favorecidos no espectro da cidadania, à proporção que diminuem a promoção e a extensão, via jurisdição, dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados a parcela significativa dos nacionais.

Aos claros apotegmas acima delineados somem-se alguns dados fáticos que beiram o surrealismo institucional. A diferença estrutural (desde servidores a instalações físicas), financeira, orçamentária e de prerrogativas em geral entre o Órgão Público Acusador e o Órgão Público Defensor, manietado e levado a efeito a partir do silêncio do texto de 1988 a respeito da Defensoria Pública, denota, em sede de processo penal, uma violação *a priori* à garantia do contraditório daquele cidadão que, desafortunado, depende da Instituição de Defesa. É verdade que o texto de 1988 não foi com esta tão pródigo como foi com os acusadores, mas onde o contexto?

O Estado Federado mais populoso do País, com o segundo maior Produto Interno Bruto da federação (inferior apenas ao da União), depois de uma vintena de anos da Constituição Cidadã, apenas iniciou a realização de concursos públicos para a formação do corpo de Defensores para lá atuar. Até então, a função estatal de defender os jurídica e economicamente hipossuficientes, extirpada pelo texto da Constituição do setor e da atuação privados, nos mesmos moldes em que ocorreu com o manejo da ação penal pública, era exercida, em parte, por Advogados, de regra recém-formados, mediante convênios com a seccional da OAB; em parte, por Advogados do Estado, a ensejar ininteligível confusão entre as Funções Essenciais à Jurisdição, atribuídas a carreiras distintas.

No plano federal, militam hoje cerca de 300 Defensores Públicos da União, enquanto a Advocacia da União conta com mais de 11.000 membros, divididos em três carreiras (Procuradores da Fazenda Nacional, Procuradores Federais e Advogados da União). O cidadão que, hipossuficiente, se proponha a demandar, por exemplo em matéria previdenciária, contra a Entidade Autárquica responsável deve ter presente que

aderirá a verdadeira batalha de Xerxes, mas do lado dos espartanos. A inconstitucionalidade grassa, destarte, tanto na seara cível quanto na penal.

Não apenas críticas povoam o palco institucional da Defensoria Pública no Brasil. Alguns Estados federados, com destaque ao Rio de Janeiro, dão exemplo de maturação constitucional avançada da entidade, a cuja estruturação física, orçamentária e financeira já se seguiu maior visibilidade do serviço prestado, de sorte a informar e atrair a comunidade de potenciais assistidos às portas da instituição. Fala-se da genuína concreção do *Wille zur Verfassung*, ou vontade de Constituição, que não depende só da atuação dos órgãos de poder constituído, conquanto a pressuponha.

A Emenda à Constituição n. 45, de 8 de dezembro de 2004, alcinhada de Reforma do Judiciário, acresceu parágrafo segundo ao art. 134 da CRFB, reconhecendo autonomia funcional e administrativa, bem como iniciativa de proposta orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais – primeiro passo de longa caminhada. Incompreensível a não-inclusão da Defensoria Pública da União no dispositivo. Projeto de Emenda à Constituição, de n. 487/2005, tramita no Congresso Nacional, com vistas a conferir, enfim (cf. nota 18), ao órgão de defesa prerrogativas iguais ao de acusação. Resistências ciclópicas interpõem-se à aprovação final do referido Projeto de Emenda. Ora, elas advêm de um Poder Executivo centralizador que recalitra em “abrir mão” de fatia do orçamento, como se a prestação de assistência jurídica aos necessitados consubstanciasse favor ou graça aos cidadãos. Outrora, os óbices, velados, partem das demais Funções Essenciais à Jurisdição, quer porque não convém perder a cena política de defensores (?) exclusivos, para não se dizer ungidos, da sociedade a partir do copioso texto de 1988, quer porque a defesa dos que

comprovem insuficiência de recursos mediante convênio com o Poder Executivo provê sustento, por vias transversas e inconstitucionais, a larga monta de filiados regularmente inscritos e adimplentes com suas obrigações corporativas pecuniárias.

E o ornitorrinco (cf. nota 8) mostra outra de suas faces impactantes! Cumpre, em resposta, renovar a vontade de Constituição, para que ela se confirme e reafirme a cada dia (cf. nota 10), também por intermédio da Defensoria Pública, no fomento de práticas democráticas destinadas a ampliar o efetivo acesso ao direito.

5. Referências bibliográficas

AMARAL, Francisco. **Direito Civil – Introdução**. 6ª. Ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria Geral do Processo Constitucional**. In Revista da Faculdade Mineira de Direito. V. 2. n. 3 e 4. 1 e 2 sem. 1999. Belo Horizonte: PUC Minas. P. 89-154.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15ª. Ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª. Ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GALLIEZ, Paulo. **A Defensoria Pública, o Estado e a**

Cidadania. 3^a. Ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 1^a. Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 1992.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)**, Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Ausência de Processualidade Jurídica como Morte pelo Direito.** *In* Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. n. 45 / Jul. – Dez. 2004. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais. P. 401-410.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 19^a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Teoria Geral do Processo.** 7. Ed. revist. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Federação e Cidadania: 20 Anos.** Palestra no Congresso Nacional de Direito Constitucional – 20 Anos de Constituição Cidadã. 9-10 de abril de 2008. Belo Horizonte – MG.

SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e Desafios da Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. (coord.). **Quinze Anos de Constituição.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (coord.). **Hermenêutica e Jurisdição Constitucional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

.....

O controle jurisdicional das provas do concurso público

Luiz Henrique Miguel Pavan*

1. *Do controle jurisdicional do ato administrativo*

A Carta Magna consagrou a divisão dos poderes da República entre legislativo, executivo e judiciário, visando a atingir a harmonia e a independência dos poderes defendidas pelo Barão de Montesquieu.

A separação implica em uma maior proteção dos indivíduos em relação à vontade dos governantes, por meio da descentralização do poder.

Foi criado, nesse contexto, um sistema de freios e de contrapesos (*check and balances*), com o escopo de obter a permanente integração e controle recíproco entre os poderes, impedindo a manifestação soberana de um perante os demais.

O controle jurisdicional dos atos administrativos é, exatamente, uma consequência da tripartição de poderes, servindo como restrição ao poder da Administração Pública.

* Defensor Público da União lotado no Núcleo do Espírito Santo

Com efeito, a Carta Magna assegura que toda lesão ou ameaça de lesão a direito pode ser levada à apreciação do Poder Judiciário, consagrando o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional.

O controle jurisdicional da Administração pode ser caracterizado como o poder de fiscalização exercido pelo Poder Judiciário sobre os órgãos públicos com o objetivo de assegurar a observância dos princípios e regras jurídicas.

No que tange ao controle administrativo do ato vinculado, não paira dúvida a respeito da possibilidade de aferição de seus elementos pelo órgão judicante.

O Poder Judiciário irá examinar os elementos do ato administrativo, discricionário ou vinculado, no adstringente à sua legalidade.

Em relação aos atos administrativos discricionários, prevalece o entendimento de que o Poder Judiciário não pode rever o mérito do ato administrativo, substituindo a vontade do administrador pela sua própria. Somente a Administração Pública pode apreciar o mérito do ato, na medida em que detém os elementos técnicos para examinar a conveniência e a oportunidade na conduta administrativa.

O referido posicionamento é acolhido pela jurisprudência e pela doutrina tradicionais, sob a fundamentação de que a conveniência e a oportunidade dos atos administrativos escapam ao controle jurisdicional do Estado.

Não obstante, a tendência atual da doutrina e dos pretórios é ampliar o controle judicial dos atos discricionários, visando a coibir arbitrariedades e efetivar, de forma plena, o acesso à justiça.

O exercício do poder discricionário pode gerar o arbítrio por parte do administrador, surgindo daí a necessidade de criar contrapesos a fim de conter esse poder.

É necessária, assim, a correção dos abusos cometidos pelo administrador por meio do Poder Judiciário, órgão imparcial e dotado de competência constitucionalmente atribuída para aplicar o direito no caso concreto, pacificando o conflito de interesses.

2. Da possibilidade de correção das provas do certame pelo Poder Judiciário

Passa-se a análise da tormentosa questão atinente à discricionariedade das bancas examinadoras dos concursos públicos e à possibilidade de correção das provas do certame pelo Poder Judiciário

É de se salientar que o concurso público é o procedimento administrativo que visa à escolha dos melhores candidatos para o preenchimento dos cargos e empregos públicos, tendo como fundamento os princípios da moralidade, da impessoalidade, da legalidade e da eficiência. Ele é regulado pelo edital, verdadeiro ato administrativo de caráter concreto, que estabelece as regras básicas do processo seletivo.

É evidente que a discricionariedade impera no momento da confecção do edital, permitindo que a comissão examinadora fixe as disciplinas que serão examinadas nas provas, os critérios de julgamento dos exames, o número máximo de aprovados, a nota mínima para a classificação, a forma de revisão e o cronograma de aplicação dos exames.

Bem como a discricionariedade reside no momento da escolha das matérias que serão abordadas nas provas aplicadas aos candidatos, cabendo à banca optar por dada disciplina no universo de matérias que estavam previstas no instrumento convocatório, como defende Maia:

O poder discricionário residiria na delimitação in concreto do conteúdo programático previsto no edital na ocasião de confecção das provas; É dizer, a banca examinadora, diante do universo de opções constantes do edital, tem a liberdade de valorar e selecionar os trechos das disciplinas, matérias e temas que serão objeto específico de avaliação nas provas.¹

Em seqüência, faz-se oportuna a análise da natureza da conduta administrativa no momento da correção da prova objetiva e sua abordagem pela doutrina e jurisprudência, examinando a possibilidade de controle pelo Judiciário.

Impera o entendimento de que a valoração das notas em concurso público insere-se no campo da discricionariedade administrativa.

A banca examinadora efetua a correção das provas com base em um juízo de valor no qual prevalece a escolha administrativa desde que seja observado o tratamento isonômico a todos os candidatos.

Nesse contexto, a jurisprudência pátria consagrou o entendimento de que o Poder Judiciário não pode substituir a banca examinadora, que detém a competência privativa de atribuir

¹ MAIA, Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 106.

às notas no concurso público. Somente compete ao órgão judicial efetuar o exame da legalidade do edital e do cumprimento das normas contidas no mesmo.

Com fulcro nessa orientação, não caberia ao Poder Judiciário apreciar o critério de formulação das provas e as notas atribuídas aos candidatos em observância à independência e à harmonia que deve reinar em um Estado Democrático de Direito.

A competência é, portanto, limitada ao exame de legalidade, sendo vedada a análise dos critérios subjetivos que pautarem a correção do certame.

Apenas a título exemplificativo, colaciono dois julgados proferidos pela mais alta corte brasileira que adotam o referido entendimento:

Não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (MS 21176, Plenário). Agravo regimental improvido. [STF, RE-AgR 243056/CE, Rel. Min. Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ 06.04.2001]

Recurso extraordinário. Concurso público. - Também esta Corte já firmou o entendimento de que não cabe ao Poder Judiciário, no controle jurisdicional da legalidade, que é o compatível com ele, do concurso público, substituir-se à banca examinadora nos critérios de correção de provas e de atribuição de notas a elas (assim no MS 21176, Plenário, e RE 140.242, 2ª. Turma). Pela mesma razão, ou seja, por não se tratar de exame de legalidade,

não compete ao Poder Judiciário examinar o conteúdo das questões formuladas para, em face da interpretação dos temas que integram o programa do concurso, aferir, a seu critério, a compatibilidade, ou não, deles, para anular as formulações que não lhe parecerem corretas em face desse exame. Inexiste, pois, ofensa ao artigo 5º, XXXV, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido. [STF, RE 268244/CE, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJ 30.06.2000]

Contudo, a referida orientação, até então arraigada na doutrina e na mentalidade dos magistrados, vem sofrendo severas críticas por parte de brilhantes autores. Inclusive, os novos precedentes do Superior Tribunal de Justiça passaram a admitir a anulação de questões da prova objetiva pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a conduta administrativa deve observar, necessariamente, os preceitos constitucionais, incluindo, em especial, os princípios, regras de otimização do sistema jurídico. Bem como todos os atos praticados pelo Poder Público podem ser controlados pelo Judiciário, na forma do art. 5º, XXXV, da Carta Política.

Assim sendo, os princípios da eficiência, da razoabilidade e da moralidade impõem que não subsista qualquer margem de conveniência no momento da elaboração da grade de correção da prova objetiva do certame. A banca examinadora deve, obrigatoriamente, pontuar unicamente as assertivas corretas.

Nessa linha de raciocínio, Almiro de Couto Silva apud Fabrício Marcio Cammarosano averbera que:

[...] o concurso público para admissão nos serviços do Estado é um procedimento sério de

seleção de candidatos, no qual deverá existir, em linha de princípio, a possibilidade de controle – não apenas administrativo, pelos caminhos dos recursos pertinentes – mas também de caráter jurisdicional, dos critérios de correção das provas, sob pena de poder transformar-se em fraude e burla dos interesses dos competidores. Já foi anteriormente ressaltado que a Administração pública não tem o poder incontestável de reputar como certo o que bem lhe parecer, pois isso seria arbítrio.²

A discricionariedade existente na fase interna no certame e no momento da confecção das provas cede lugar à vinculação a critérios técnico-científicos, relativamente ao resultado do certame. A atribuição de nota envolve legalidade, e não liberdade, motivo pelo qual o resultado da prova é um ato administrativo vinculado.

Lenoar Bendini Madalena salienta que:

Inicialmente, cumpre esclarecer que, sem sombra de dúvida, o resultado (gabarito oficial) divulgado pela comissão de concurso é ato administrativo vinculado. Isto porque, indubitavelmente, a única opção da comissão fica limitada em emitir a "*resposta correta/verdadeira*" à questão formulada ao candidato. [...] Da mesma forma, o edital, que é a lei do concurso, não pode conferir qualquer margem de discricionariedade à comissão, no que se refere também ao resultado (gabarito

² MOTTA, Fabrício. Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 178.

oficial) do certame.³

O professor Eros Roberto Grau, atualmente ministro do Supremo Tribunal Federal, teve a oportunidade de examinar a natureza do ato de correção de prova realizada em concurso para professor, salientando que:

O concurso público é instaurado tendo em vista a escolha do melhor candidato ou dos melhores candidatos ao cargo público. A atribuição de notas aos candidatos é que instrumenta essa escolha, procedida – isso é evidente – mediante a formulação de juízo de legalidade e não de juízo de oportunidade. [...] Se admitíssemos que se verificasse, na hipótese, essa transmutação, estaríamos com isso a transformar o concurso público em mero expediente de legitimação de escolha pessoal da banca examinadora – escolha subjetiva, informada pela empatia de seus membros em relação a um ou outro candidato – o que é adverso à sua finalidade.⁴

Com efeito, não é crível que a administração vise à escolha do melhor candidato para obter o ingresso no serviço público e, simultaneamente, permita que a banca examinadora decida entre duas ou mais soluções admissíveis com base na conveniência e oportunidade. A subjetividade não persiste diante dos critérios técnicos inerentes ao concurso, baseados nos critérios

³ MADALENA, Lenoar Bendini. Controle jurisdicional nos concursos públicos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6560>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988, p. 175.

fixados anteriormente no instrumento convocatório.

Nesse mister, Maia defende que a banca examinadora se vincula às conseqüências de sua prévia escolha, visto que as questões formuladas serão avaliadas a partir de sua aplicação, sob enfoque puramente técnico-científico.⁵

Discorrendo sobre a evolução do princípio da legalidade no certame, o professor João Batista Gomes Moreira afirma:

[...] o efeito mais notório de concepção flexível do princípio da legalidade nos concursos e, porém, a abertura para mais extenso controle judicial dos critérios empregados e do conteúdo das provas, senão para substituir critérios de avaliação da banca examinadora, para afastar erros que possam ser verificados de plano, suscetíveis de apreciação em mandado de segurança, ou por meio de pareceres ou exames periciais, estes compatíveis com ação na qual se admite instrução probatória. A questão foi, recentemente, objeto de aprofundado estudo pelo professor Almiro do Couto e Silva, sob o título “Correção de Prova de Concurso Público e Controle Judicial”, concluindo que há espaço para apreciação judicial sobre se o gabarito oficial está em harmonia “com as soluções recomendadas pelo estado atual da ciência, da técnica e da arte.”⁶

Certos autores preferem o entendimento de que ainda persiste a discricionariedade na avaliação das provas, mas que está

⁵ MAIA, 2007, p. 106.

⁶ MOTTA, 2005, p. 135

limitada em adstringência aos postulados gerais do direito e ao conhecimento científico.

O promotor de Justiça Fábio Medina Osório assevera que existem limites à discricionariedade técnica no que se relaciona aos concursos nas áreas jurídicas, enfatizando que:

É que, precisamente, a Ciência Jurídica e as fontes formais do Direito constituem os limites técnicos à discricionariedade da Banca Examinadora na elaboração e correção das provas objetivas em concursos públicos. Se existem limites técnicos, esses limites podem e devem ser controlados e fiscalizados pelo Judiciário. Por isso, quando a jurisprudência menciona a expressão “discricionariedade técnica”, há que se considerar a inarredável presença dos limites técnicos às liberdades de escolhas, pena de esvaziar-se o sentido lógico dessa espécie de discricionariedade, que é mais limitada do que outras modalidades. Essa discricionariedade não é pura, mas sim técnica, o que revela sua maior limitação frente à Ciência e aos paradigmas técnicos de controle e qualidade.⁷

No entanto, é importante salientar que o debate a respeito da natureza jurídica do instituto acaba por se tornar irrelevante no campo fático, diante dos resultados idênticos obtidos ao se defender a natureza vinculada ou discricionária do ato, na

⁷ OSÓRIO, Fábio Medina. Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, nº. 13, abril maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

medida em que ambas correntes permitem a retificação da conduta da Administração pelo Poder Judiciário e implicam na objetividade da avaliação das questões formuladas pela banca examinadora.

De fato, a jurisprudência e a doutrina atuais são assentes a respeito da possibilidade de controle do mérito administrativo a fim de conter abusos e visando à prevalência das regras matrizes do ordenamento jurídico, o que viabiliza a anulação de questões do certame pelo Judiciário independentemente da classificação adotada em relação ao ato administrativo perpetrado pela banca examinadora.

Com efeito, o resultado da seleção deve ser baseado em critérios técnicos e científicos, fornecendo a certeza a respeito da assertiva adequada, motivo pelo qual a Administração somente deve fornecer a resposta correta.

A proporcionalidade e a razoabilidade são princípios de observância obrigatória pelo examinador que impedem a correção das provas com esteio em critérios inadequados e que não guardam relação lógica com as normas técnicas que devem permear a avaliação.

Assim, o Poder Judiciário poderá realizar o exame das respostas conferidas pela Administração Pública.

Pelo exposto, devem ser mencionadas as lições de Maia e Pinheiro de Queiroz:

[...] a construção pretoriana vem, paulatinamente, deixando de aplicar o entendimento acima em situações que evidenciam, de forma patente, o equívoco da banca examinadora na avaliação e na correção

da prova objetiva. Não se trata, neste caso, de substituição dos critérios da Administração pelos do Poder Judiciário, mas de conformação da conduta da banca examinadora aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência, bem como aos parâmetros delineados pela técnica e pelos estados consagrados quando da realização e aplicação das provas objetivas.⁸

O Poder Judiciário poderá anular a questão do concurso público se restar devidamente caracterizado que a assertiva supostamente correta não guarda pertinência com o programa descrito no edital ou se existir erro material na questão.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, corte com atribuição de unificar a jurisprudência infraconstitucional, vem entendendo que é aceitável a anulação da questão objetiva em situações excepcionais, quando o erro se manifesta de forma evidente, perceptível “*primo ictu oculi*”.

Observem-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO – RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – CONTROLE JURISDICIONAL – ANULAÇÃO DE QUESTÃO OBJETIVA – POSSIBILIDADE – LIMITE – VÍCIO EVIDENTE – PRECEDENTES – PREVISÃO DA MATÉRIA NO EDITAL DO CERTAME.

1. É possível a anulação judicial de questão objetiva de concurso público, em caráter excepcional, quando o vício que a macula se

⁸ MAIA, 2007, p. 198.

manifesta de forma evidente e insofismável, ou seja, quando se apresente *primo ictu oculi*. Precedentes. [...]

3. Recurso ordinário provido.

[STF, RMS 24.080/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 29.06.2007]

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANULAÇÃO DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA PELO PODER JUDICIÁRIO. ERRO MATERIAL. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, na hipótese de erro material, considerado aquele perceptível *primo ictu oculi*, de plano, sem maiores indagações, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido. [STJ, REsp 722.586/MG, Rel. Min. Arnaldo Menezes Direito, DJ de 03.10.2005]

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA SUBSTITUTO. INABILITAÇÃO EM TESTE FÍSICO. DECADÊNCIA NÃO CONFIGURADA. TERMO A QUO DATA DA EXCLUSÃO DO CERTAME. CARÁTER IRRECORRÍVEL DO TESTE FÍSICO E DE REDAÇÃO.

INCONSTITUCIONALIDADES
FLAGRANTES. PLEITO DE ANULAÇÃO
DE QUESTÃO DE PROVA OBJETIVA.
IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES
DESTA CORTE. [...]

3. Este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, somente nos casos de flagrante erro material, perceptível de plano, pode o Poder Judiciário, excepcionalmente, declarar nula questão de prova objetiva de concurso público, sob pena de invadir a competência administrativa, substituindo a Banca Examinadora. Precedentes. [...] [RMS 15.742/SC, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 16.10.2006]

ADMINISTRATIVO - RECURSO ESPECIAL
- CONCURSO PÚBLICO - DISSÍDIO
PRETORIANO COMPROVADO E
EXISTENTE – AUDITOR TRIBUTÁRIO DO
DF - PROVA OBJETIVA - FORMULAÇÃO
DOS QUESITOS - DUPLICIDADE DE
RESPOSTAS - ERRO MATERIAL -
PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DOS ATOS -
NULIDADE.

[...]

2 – Por se tratar de valoração da prova, ou seja, a análise da contrariedade a um princípio ou a uma regra jurídica no campo probatório, porquanto não se pretende que esta seja medida, avaliada ou produzida de forma diversa, e estando comprovada e reconhecida a duplicidade de respostas, tanto pela r. sentença monocrática, quando pelo v. acórdão de

origem, afasta-se a incidência da Súmula 07/STJ (cf. AG nº 32.496/SP).

3 – Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação do julgamento de provas (cf. RMS nºs 5.988/PA e 8.067/MG, entre outros). Porém, isso não se confunde com, estabelecido um critério legal – prova objetiva, com uma única resposta (Decreto Distrital nº 12.192/90, arts. 33 e 37), estando as questões mal formuladas, ensejando a duplicidade de respostas, constatada por perícia oficial, não possa o Judiciário, frente ao vício do ato da Banca Examinadora em mantê-las e à afronta ao princípio da legalidade, declarar nula tais questões, com atribuição dos pontos a todos os candidatos (art. 47 do CPC c/c art. 37, parág. único do referido Decreto) e não somente ao recorrente, como formulado na inicial.

4 – Precedentes do TFR (RO nº 120.606/PE e AC nº 138.542/GO).

5 – Recurso conhecido pela divergência e parcialmente provido para, reformando o v. acórdão de origem, julgar procedente, em parte, o pedido a fim de declarar, por erro material, nulas as questões 01 e 10 do concurso ora sub judice, atribuindo-se a pontuação conforme supra explicitado, invertendo-se eventuais ônus da sucumbência (grifos nossos).

[STJ, REsp 174291/DF, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJ 29.05.2000]

Na esteira do exposto, pode-se asseverar que a resposta adequada para a indagação: “Qual é a capital do Brasil?” será, obrigatoriamente, Brasília.

A eventual incorreção na resposta conferida pela comissão para a indagação acima mencionada é aferível de plano, independentemente de perícia ou profunda reflexão intelectual. A resolução da questão é inquestionável e de conhecimento público, não podendo o Administrador adotar qualquer resolução incompatível com a supramencionada. Surge, em verdade, a incoerência em obstar que o Poder Judiciário corrija a conduta administrativa sob a mera alegação de que se trata de mérito do ato administrativo.

É importante salientar que a banca examinadora não tem a conveniência e a oportunidade em adotar como resposta do certame uma orientação isolada, ferindo o posicionamento técnico consolidado, salvo se o enunciado da indagação apontar expressamente o acolhimento da tese minoritária.⁹

Com efeito, não pode ser adotada proposição sem reconhecimento acadêmico, visando ao prestígio de determinado autor ou a beneficiar certo grupo, afrontando a isonomia e a moralidade que devem existir no certame.

Somente poderá ser empregada como critério de correção pela banca a tese minoritária que seja de conhecimento corrente na área de interesse, e desde que o edital aponte as obras que serão empregadas como fundamento para a realização da prova.

A orientação no sentido de que o equívoco cometido na prova objetiva deve ser aferível de plano não implica que o

⁹ MAIA, 2007, p. 108.

magistrado tenha que detectar sozinho a ilegalidade, mas que indivíduo dotado de conhecimento na área objeto de avaliação pelo certame possa aferir, com precisão, o erro após um mero exame da questão.

É fácil para um ministro, com um vasto currículo, analisar a correção a respeito de dada questão jurídica contida em exame para provimento de cargo privativo de bacharel em direito. No entanto, surge um evidente problema a respeito das provas que envolvem disciplinas não jurídicas, como a medicina ou a engenharia.

O perito, detentor de conhecimentos especiais e de nível superior na sua área de atuação, deve, então, ser nomeado a fim de auxiliar o magistrado na resolução das lides concernentes ao concurso público, como defende o Superior Tribunal de Justiça nos precedentes acima citados.

3. Da invalidação das questões de provas objetivas – hipóteses de cabimento

Nesse ponto, deve-se anotar que a doutrina recente busca arrolar as hipóteses em que será possível a invalidação nas questões da prova objetiva pelo Poder Judiciário.

O Promotor de Justiça Fábio Medina Osório veicula lições de suma importância para o tema em foco, salientando que:

[...] uma Banca Examinadora não poderia, num concurso público dominado pela legalidade, igualdade, eficiência e impessoalidade administrativas, adotar qualquer dos seguintes

procedimentos ilícitos:

(a) eleger como correta uma alternativa incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes;

(b) exigir que se assinale a alternativa correta, quando não existem alternativas corretas e não há uma alternativa indicando que todas as demais estão incorretas;

(c) exigir que se assinale a única alternativa correta, quando, em realidade, existem pelo menos duas, gerando, com essa espécie de comportamento administrativo, perplexidade nos candidatos;

(d) propor uma questão/resposta ambígua, que deixe no espírito do candidato fundadas e razoáveis dúvidas quanto ao seu alcance e precisão, gerando perplexidade que dificulte a eleição da alternativa correta, ante a possibilidade razoável de que não esteja correta a alternativa ou que haja outra alternativa igualmente correta na mesma questão.¹⁰

Por sua vez, Lenoar Bendini Madalena apresenta linha de raciocínio semelhante, admitindo a correção da assertiva pelo Poder Judiciário para:

[...] - Verificar o acerto, ou não, da resposta dada pela comissão;

- Verificar o acerto, ou não, da alternativa assinalada pelo candidato (quando existir mais de uma resposta correta);

¹⁰ OSÓRIO, 2002.

- Ou ainda, verificar se a matéria ventilada numa determinada questão está, ou não, contemplada no edital.¹¹

O Superior Tribunal de Justiça também vem acolhendo entendimento análogo, conforme se pode observar no seguinte trecho do voto condutor prolatado pela Ministra Eliana Calmon:

O mero confronto entre as questões da prova e o edital pode ser suficiente para verificar a ocorrência de um defeito grave, considerando como tal não apenas a formulação de questões sobre matéria não contida no edital, mas também a elaboração de questões de múltipla escolha que apresentem mais de uma alternativa correta, ou nenhuma alternativa correta, nas hipóteses em que o edital determina a escolha de uma única proposição correta. [STJ, RMS 24.080/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 29.06.2007]

Percebe-se que a melhor exegese, após as explanações efetivadas acima, é a aplicação conjugada das situações apontadas pelos doutrinadores, devendo ser realizada uma análise individualizada das mesmas.

a) Adoção de alternativa incorreta como correta ou inexistência de alternativa verdadeira

A comissão examinadora tem o dever jurídico de somente pontuar a alternativa correta para certa questão.

É patente a afronta ao princípio da legalidade ao se

¹¹ MADALENA, 2005.

atribuir a alternativa incorreta como correta, permitindo que os candidatos mais despreparados logrem êxito no certame. A eficiência e a moralidade impõem, como já dito, que a Administração somente estabeleça como correta a assertiva acolhida pela maioria dos pesquisadores do ramo selecionado de conhecimento pelo certame, o que pode ser aferido por meio de perícia.

A razoabilidade, que predomina na atualidade, não coaduna com o erro na correção da prova, na medida em que viola o bom senso que não prevaleça à posição acolhida pela maioria, sob o mero fundamento de existência de discricionariedade administrativa, que, em verdade, esconde uma pecha de arbitrariedade.

Para Madalena, “[...] não resta dúvida que se a comissão emitir como resposta aquela que não for a verdadeira, estará ferindo frontalmente o princípio da moralidade pública, tornando o ato imoral e passível de invalidação.”¹²

Adotar entendimento contrário abriria caminho para ilegalidades advindas da concessão de privilégios a determinados grupos que detenham conhecimento a respeito de determinada tese minoritária, implicando em burla a seleção e a competitividade inerente ao certame. De fato, a Administração poderia beneficiar somente os candidatos que apresentassem o conhecimento das posições minoritárias adotadas pelos examinadores, em detrimento da maioria dos candidatos.

Nesse sentido, Maia afirma que:

Quando se afirma que a banca examinadora não pode ‘eleger como correta uma alternativa

¹² MADALENA, 2005.

incorreta à luz da doutrina e jurisprudência dominantes' não se está afirmando, com isso, que a corrente majoritária seja sempre a melhor, mas é a única que oferece elementos mais objetivos e seguros para a preservação da isonomia entre os candidatos e da impessoalidade do certame.¹³

Bem como devo salientar a orientação adotada por Osório:

Não se argumente que a intervenção judicial abalaria o princípio da igualdade, sob o pretexto de que não seria exclusivamente a Banca que estaria a corrigir provas, quebrando a uniformidade de critérios com a introdução dos parâmetros e valorações do Judiciário em detrimento daqueles consagrados pelas autoridades administrativas. A Banca tem o poder primário de elaborar e corrigir as provas, estipulando, discricionariamente, seus critérios. Cremos que ninguém ousaria discutir essa assertiva. O que não se admite é a possibilidade de a Banca efetuar qualquer espécie de correção, inclusive arbitrária, ao abrigo da idéia absolutista e ultrapassada da imunidade aos controles externos, da mesma forma como seria intolerável que a Banca formulasse perguntas sobre matérias não previstas no Edital do concurso. Inexistem imunidades às Bancas examinadoras, porque, como toda e qualquer outra autoridade administrativa, a Banca está submetida ao império da Lei e do Direito, é dizer, seus atos traduzem decisões jurídicas, não de pura força

¹³ MAIA, 2007, p. 109.

bruta. Autoridade não se confunde com autoritarismo.¹⁴

Por fim, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar demanda em que se discutia a ausência de resposta correta em questão da prova objetiva, determinando a anulação da mesma. Observe-se:

Hipótese em que, por perícia judicial, não questionada pela parte ex adversa, foi constatada a ausência de resposta correta em questão de prova objetiva, em flagrante desacordo com o gabarito oficial e com o edital do certame, ferindo o princípio da legalidade. [STJ, REsp 471.360/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJ 16.10.2006]

b) Questão com duas assertivas corretas

Igualmente é nula a questão na qual restam presentes duas alternativas corretas, gerando dúvida fundada no candidato no momento de marcar a alternativa.

Ao abordar o tema em comento, Osório defende que:

Aqui, igualmente, há um problema de legalidade bastante sério. A Administração não pode confundir os candidatos com afirmações e premissas equivocadas. Se o administrador diz que há uma única alternativa correta e, em realidade, ao menos duas existem, a questão é nula, como um todo. A legalidade assim o impõe. O enunciado da questão, em sua origem, resulta equivocado, pois não há uma

¹⁴ OSÓRIO, 2002.

única alternativa correta. Esse equívoco gera perplexidade no candidato, confundindo-o, ensejando maiores espaços aos equívocos, em franca vulneração ao princípio da moralidade administrativa, que abarca exigências de boa fé objetiva da Administração Pública.¹⁵

Sintetizando, Carvalho Filho salienta, brilhantemente, que: “Se o interessado comprova que há mais de uma alternativa, a questão é de legalidade, e o Judiciário deve anular a questão, atribuindo ao candidato os pontos que ele perdeu.”¹⁶

c) A banca examinadora formula questão manifestamente ambígua.

Não se deve admitir que a banca examinadora efetue proposições confusas e incongruentes. Ao contrário, é imperioso a existência de um texto claro, que não gere dúvidas. De fato, o erro que impossibilita os candidatos de apurarem a única alternativa correta viola a legalidade.

A dubiedade pode gerar no candidato a irreal construção intelectual de que a questão mal formulada é, na verdade, um equívoco deliberado da comissão examinadora. É o que pode ocorrer, v.g, se o examinador cambiar, equivocadamente, as expressões mandado e mandato.

Na atual conjuntura do concurso público os candidatos deixam de ser classificados e nomeados por frações decimais, não se podendo admitir que o concursando seja lesado em virtude de

¹⁵ OSÓRIO, 2002.

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 571.

um equívoco na elaboração das proposições pela banca, gerando dúvidas a respeito de sua validade.

Para Medina:

Pode ocorrer que a Banca venha a formular questões/respostas confusas, intoleravelmente ambíguas, recheadas de expressões ambivalentes, equívocas, duvidosas, seja pelo contexto em que inseridas, seja por desacertos semânticos. Aqui, o problema é de interpretação da questão/pergunta, mas não se pode olvidar do fato de que tanto os questionamentos quanto as respostas propostas devem revestir-se de suficientes clareza e precisão, sem deixar margens intoleráveis a dúbias interpretações ou razoáveis perplexidades e incertezas quanto ao alcance e sentido que lhes caracterizam.¹⁷

d) Questão em desacordo com as matérias veiculadas pelo edital.

Por fim, a existência de questão que abrange tema não fixado anteriormente no edital viola patentemente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

É manifesto o erro material cometido pela banca examinadora que elabora questão em desacordo com o edital, introduzindo matéria previamente retirada das disciplinas objeto de exame no concurso.

Não é crível que o candidato após um longo e árduo

¹⁷ OSÓRIO, 2002.

período de estudo, empregando como roteiro o edital, depare-se no momento da relação da prova com questão totalmente dissociada do conteúdo previamente fixado.

O conteúdo programático contido no edital fixa os limites para as disciplinas a serem abordadas nas provas objetivas e discursivas.

Assim, Madalena ressalta que:

É justamente por isso que, em havendo indagações sobre matérias não contempladas no edital, anula-se toda a questão. Antes disso, contudo, compete ao judiciário analisar comparativamente a essência da questão com o conteúdo programático previsto no edital.¹⁸

Não obstante, as modificações legislativas supervenientes à publicação do edital podem ser cobradas no concurso desde que guardem relação com as disciplinas veiculadas no instrumento convocatório. Decorre, implicitamente, do próprio edital que as matérias abordadas no mesmo e que forem objeto de modificação legislativa poderão ser objeto de avaliação.

É o que ocorreu no concurso para o provimento de cargos do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo, no qual as provas continham questões afetas à Emenda Constitucional nº 45/04, publicada posteriormente à elaboração do instrumento convocatório.

Ao apreciar o referido edital, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que:

O fato de a Emenda à Constituição que prevê a reforma do Poder Judiciário ter entrada em

¹⁸ MADALENA, 2005.

vigor após a publicação de edital não inviabiliza a formulação de questões a seu respeito, tendo em vista que o seu conteúdo apresenta pertinência com aquele previsto no edital. [STJ, RMS 21.650/ES, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, DJ 02.10.2006]

4. Do controle sobre a prova discursiva

Inicialmente, deve-se salientar que existe uma acentuada carga de discricionariedade por parte da banca examinadora no momento da confecção e da correção das provas subjetivas.

As provas subjetivas, que abrangem a prova discursiva e a oral, impõem ao concursando apresentação de conhecimento mais minucioso a respeito do tema proposto, permitindo o desenvolvimento do raciocínio dissertativo da resolução.¹⁹ Assim, serão sopesados não apenas os conhecimentos técnicos, mas a coerência e a clareza na exposição do tema proposto.

De fato, a gama de variáveis envolvendo a prova discursiva é evidente, não se podendo fixar, diante dos inúmeros parâmetros técnico e cientificamente aceitáveis, a solução que atenda mais adequadamente ao interesse público e aos critérios valorativos dos examinadores.²⁰

Ao abordar a prova discursiva, Maia e Pinheiro de Queiroz ressaltam que:

¹⁹ MAIA, 2007, p. 105/106.

²⁰ MAIA, 2007, p. 112.

[...] afigura-se de todo inviável, em linha de princípio que a comissão de concurso, previamente, estabeleça todos os parâmetros objetivos para a aferição dos candidatos em sede de provas discursivas, uma vez que uma gama de fatores complexos e inter-relacionados contribuirão para a aplicação, a avaliação e a correção das proposições formuladas, o que impossibilita a confecção de uma solução unívoca e de caráter excludente de outras possibilidades abertas por essa espécie de prova de conhecimento.²¹

É grande a dificuldade em se fixar uma solução única sobre a matéria abordada na prova, sendo que serão observadas, no momento da avaliação, questões que transcendem ao mero conteúdo da prova, englobando o desenvolvimento do texto, a correção gramatical, a capacidade argumentativa e a apresentação do tema.

Os examinadores poderão conceder pontuação elevada para candidatos que não acolheram a tese majoritária a respeito do tema proposto, mas que apresentam uma coerência ao longo de seu desenvolvimento, explanando cientificamente os elementos que o levaram a defender certa teoria. É uma posição sensata diante da divergência de posições científicas e técnicas que reina em alguns ramos do conhecimento, especialmente, nas ciências humanas.

Não se está defendendo que a banca examinadora seja obrigada a acolher todas as teses expostas pelos candidatos, mas que em determinadas situações, em razão do perfil desejado para o cargo, ela pode premiar a capacidade de criação argumentativa e da estruturação do conhecimento, em detrimento da defesa das

²¹ Ibid., p. 112.

posições mais remansosas.

Não obstante, é preferível que a comissão elabore uma resposta-padrão a fim de evitar abusos no momento da correção do exame, dotando de maior objetividade do concurso.

A avaliação do exame discursivo deve ser motivada de forma explícita, contendo os critérios empregados para a correção (chave de resposta) da prova. É um direito dos candidatos que independe de previsão editalícia e viabiliza o exercício do direito de defesa.

Para Carvalho Filho:

[...] a avaliação das respostas levada a efeito pelos examinadores pode levar em considerações vários aspectos além do fator estritamente ligado ao conhecimento. Nesses casos, não há como evitar que as bancas examinadoras sejam dotadas de certo poder discricionário para avaliar as respostas e chegar à sua graduação.²²

No entanto, deve-se efetuar uma ressalva em relação ao tema, aplicando analogicamente a jurisprudência mencionada no decorrer da análise do controle das provas objetivas.

Será cabível o controle a respeito da resposta correta se o equívoco cometido pela banca examinadora for aferível “in locu”, ou seja, quando se tratar de um erro evidente.

Os erros de correção que podem ser aferidos com base em um senso comum devem ser sanados pelo Poder Judiciário.

É uma medida que visa a proteger o candidato de

²² CARVALHO FILHO, 2005, p. 571.

condutas inadequadas perpetradas pela banca examinadora e que encontra fundamento na violação aos princípios cogentes do ordenamento jurídico.

Assim, se a Administração Pública asseverar que houve erro gramatical em certa linha da redação e a mesma se encontra em branco, resta patente que a comissão não adotou, objetivamente, a solução adequada.

Bem como não devem ser admitidas respostas que afrontam o bom senso, implicando em violação à razoabilidade, que estabelece a necessidade da Administração obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional.

Infringe, portanto, a razoabilidade admitir qualquer resposta que se afaste do bom senso.

Veja-se um exemplo que ilustra bem a questão.

Em um concurso para o cargo de professor das primeiras séries do ensino fundamental (1ª a 4ª série), a resposta correta a indagação a respeito do indivíduo que descobriu a América será Cristóvão Colombo. Porém, é viável que o candidato adote outra linha de raciocínio, com base em estudos recentes e que não são de conhecimento da coletividade, afirmando, v.g., que os vikings chegaram a América anteriormente a Colombo, motivo pelo qual os portugueses não foram os primeiros europeus no continente.

O que não é admitido é que a Administração estabeleça essa última corrente como única resposta correta, porque os conhecimentos necessários para o cargo público que exige ensino superior em qualquer área não coadunam com a exigência de erudição aprofundada em história.

Situação diferente ocorreria se o concurso fosse para o provimento de cargo do departamento em história de Universidade Federal, no qual a comissão deve exigir conhecimentos incisivos de história dos candidatos, o que comprova que a razoabilidade deve ser aferida no caso concreto.

Correta é a tese defendida por Maia:

Se é certo, de um lado, que a liberdade outorgada às bancas examinadoras em sede de provas discursivas é imprescindível para resguardar sua autonomia administrativa e para garantir uma seleção adequada e criativa dos futuros agentes públicos, á vista dos conhecimentos técnicos e científicos exigidos para o eficiente exercício dos cargos e dos empregos públicos ofertados no certame, também é verdade, de outra banda, que tal poder discricionário da comissão não se pode converter em manto de impunidade dos examinadores, em ordem a acobertar toda sorte de vícios de legalidade no ato de aplicação e correção das provas dissertativas, como o abuso de poder, o desvio de finalidade e outras condutas inequivocamente lesivas à seara dos direitos subjetivos dos candidatos.²³

O controle jurisdicional é admissível em virtude de seu papel na defesa em razão de violações aos direitos individuais, especialmente sobre o espectro da legalidade e da razoabilidade.

O TRF da Primeira Região reconheceu a possibilidade de anulação de questão discursiva pelo Poder Judiciário no seguinte precedente:

²³ MAIA, 2007, p. 204.

A impugnação por meio de ação judicial a textos de questões, gabaritos e correções de provas objetivas ou discursivas de concursos públicos vêm sendo admitida em relações a erros materiais que não suscitem dúvida ou em casos de flagrante omissão por parte da banca examinadora, pois constatada a falha, é obrigação da comissão promover as correções devidas, pois a observância ao princípio da legalidade torna o ato vinculado, não estando na esfera de escolha do administrador a opção entre manter o equívoco ou promover a correção das questões em que seja constatada falha na formulação ou na resposta indicada como correta. [TRF 1ª REGIÃO, AC 2006.38.00.006344-8/MG, Rel. Desembargadora Federal Selene Maria De Almeida, Quinta Turma, DJ de 19/04/2007]

Insta ressaltar ainda a validade do detalhamento dos critérios empregados na correção da prova subjetiva na planilha de avaliação de provas (grade de resposta) se os critérios gerais estiverem expressos no edital e desde que a planilha guarde coerência com eles. De fato, o edital deve fixar o modo de correção da prova discursiva, mas isso não significa que todos os parâmetros devem estar minuciosamente declarados no instrumento convocatório.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

A divisão dos critérios de avaliação da prova discursiva em subitens, por si só, não gera qualquer ilegalidade, desde que estes não constituam novos parâmetros de correção não previstos na norma editalícia. Desse modo, se os subitens constantes da planilha de correção

apenas detalham o critério anteriormente previsto, guardando total correspondência com o item a que se referem, conforme reconhecido pelo Tribunal a quo, não há qualquer malferimento ao princípio da vinculação ao edital. [STJ, REsp 772.726/DF, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJ 06.08.2007]

5. Da revisão da nota atribuída na prova oral pelo órgão julgante

Finalmente, a prova oral é marcada por um alto grau de subjetivismo, tolhendo de forma acentuada a fiscalização pelo Judiciário em relação à correção da pontuação conferida ao candidato.

Logicamente, o órgão jurisdicional não poderá aferir os critérios de correção adotados pela banca examinadora diante de sua acentuada carga de discricionariedade. É o teor extraído do seguinte precedente:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO
PÚBLICO. PROVA ORAL. OFENSA AO
PRINCÍPIO DA IGUALDADE.
INEXISTÊNCIA.

- O caráter subjetivo é inerente ao exame oral, assim o maior ou menor tempo utilizado depende exclusivamente do conhecimento e de cada candidato, o que não fere o princípio da igualdade.

- A competência do Poder Judiciário se limita

ao exame da legalidade das normas instituídas no edital, sendo vedado o exame das questões das provas, cuja responsabilidade é da banca examinadora. [TRF 5ª REGIÃO, MS 92575, Processo: 200505000404550/PE, Rel. Dês. VÂNIA HACK DE ALMEIDA, DJ 10/05/2006]

É importante ressaltar, em conclusão ao tema, que não é admissível a valoração da nota atribuída ao candidato salvo se, comprovadamente, caracterizada a violação ao princípio da isonomia, o desvio ou o abuso de poder. Portanto, somente em hipóteses excepcionais é que poderá ocorrer a correção da nota atribuída na prova oral.

Controle que foi efetuado pelo Superior Tribunal de Justiça ao apreciar demanda em que certos candidatos foram beneficiados pelo arredondamento de nota na prova oral em detrimento do impetrante. A decisão primou pela observância ao princípio da isonomia, asseverando que o benefício concedido a um concorrente deve ser deferido aos demais, se ambos se encontrarem na mesma situação fática.²⁴

6. Conclusão

Diante do arrazoado, a discricionariedade que existe no momento da confecção das provas cede lugar à vinculação a critérios técnico-científicos quando da correção dos exames pela banca examinadora.

²⁴ STJ, RMS 11999/ES, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 23.04.2001

Os princípios constitucionais impõem que o administrador somente conceda a pontuação para os candidatos que marcaram a assertiva correta com base em padrões técnicos, de maneira que a Administração Pública não pode se valer de uma suposta discricionariedade para eleger a resposta errada como correta.

Em decorrência, a concepção tradicional da jurisprudência no sentido de que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito do ato administrativo e corrigir a prova ministrada no concurso público vem cedendo espaço a orientações mais vanguardistas que asseguram o direito de candidatos lesados pela conduta indevida de bancas examinadoras.

Surge, assim, a possibilidade de anulação da questão do concurso público pelo Poder Judiciário quando restar comprovado o erro evidente perpetrado pela Administração Pública, seja em relação à prova objetiva ou subjetiva.

7. Referências bibliográficas

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 12^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, Conceitos e Normas Jurídicas*. São Paulo: RT, 1988.

MADALENA, Lenoar Bendini. *Controle jurisdicional nos concursos públicos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 637, 6 abr. 2005. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6560>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

MAIA, Márcio Barbosa e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. *O Regime Jurídico do Concurso Público e o seu Controle Jurisdicional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MOTTA, Fabrício. *Concurso Público e Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Os limites da discricionariedade técnica e as provas objetivas nos concursos públicos de ingresso nas carreiras jurídicas*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, n.º. 13, abril maio, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2009.

.....

A proibição do venire contra factum proprium no processo civil

Felipe Dezorzi Borges*

1. Introdução

A crise de fontes normativas, notadamente radicada no Direito em face do positivismo jurídico, impôs uma grave limitação ao cenário jurídico pátrio, consubstanciada na aplicação mecânica das regras jurídicas, sem margem a um positivismo crítico.

A tarefa do Direito, no entanto, demanda a utilização de novas categorias jurídicas para o controle axiológico e o equilíbrio dos interesses, suficientes para a manutenção da segurança e confiança nas relações jurídicas, como se percebe quando da adoção de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e novas categorias da boa-fé objetiva.

A Jurisprudência mais autorizada dá sinais claros quanto à nova compreensão crítica da lei e a necessidade de conformação valorativa do Direito aos princípios gerais, a fim de

* Defensor Público da União

resgatar a substância de Justiça.

Consoante interpretação perfilhada pelo e. STJ, no Resp 881.323/RN, *a aplicação da lei, qualquer que seja o ramo da ciência onde se deva operar a concreção jurídica, deve perpassar por esse tecido normativo-constitucional, que suscita a reflexão axiológica do resultado judicial*¹.

Não destoam a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet:

(...) esta evolução se processa habitualmente não tanto por meio da positivação destes ‘novos’ direitos fundamentais no texto das Constituições, mas principalmente em nível de transmutação hermenêutica e da criação jurisprudencial, no sentido do reconhecimento de novos conteúdos e funções de alguns direitos já tradicionais.²

Esse postulado é também acolhido pela doutrina processualista mais atualizada. Segundo o entendimento de Luiz Guilherme Marinoni:

Se a lei passa a se subordinar aos princípios constitucionais de justiça e aos direitos fundamentais, a tarefa da doutrina deixa de ser a de simplesmente descrever a lei. Cabe agora ao jurista, seja qual for a área da sua especialidade, em primeiro lugar compreender a lei à luz dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais.³

¹ Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJe 31.03.2008.

² A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 56/7.

³ Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2008, V. 1, 3ª. ed., p.47.

É nesse contexto que se impõe a abordagem da tutela da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), seja através de uma conotação de boa-fé objetiva ou princípio implícito, seja como forma de contemporizar a aplicação da legislação civil e processual ao princípio da confiança jurídica.

O estudo é justificado, haja vista a necessidade de tutelar o equilíbrio da relação processual e a confiança inter-partes negando-se a prática do comportamento processual contraditório inesperado e incoerente, bastante comum na lide processual.

Objetiva-se, desse modo, certificar, através da doutrina contemporânea e dos recentes entendimentos jurisprudenciais, o alcance da proibição do *venire contra factum proprium* no campo processual como forma de controle axiológico no equilíbrio de interesses, nada obstante a sua notória aplicação na seara civil.

2. A proibição do venire contra factum proprium

A proteção da confiança e a tutela da segurança jurídica, como sub-princípios do Estado de Direito, assumem valor ímpar ao sistema jurídico, *cabendo-lhes o papel diferenciado na realização da própria idéia de justiça material*.⁴

Inerente aos princípios aludidos está a necessidade de estabilidade das situações jurídicas. A conduta deve guiar-se pela coerência, razão pela qual se repreende o comportamento contraditório, ante os interesses e expectativas depositadas na

⁴ MS n. 24.268-0, Tribunal Pleno, Rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes, in DJU 17-09-2004.

relação jurídica.

Nas palavras de Anderson Schreiber:

(...) ao impor sobre todos um dever de não se comportar de forma lesiva aos interesses e expectativas legítimas despertadas no outro, a tutela da confiança revela-se, em um plano axiológico-normativo, não apenas como principal integrante do conteúdo da boa-fé objetiva, mas também como forte expressão da solidariedade social, e importante instrumento de reação ao voluntarismo e ao liberalismo ainda amalgamado ao direito privado como um todo.⁵

Assim, a juridicidade do princípio da boa-fé e da confiança Jurídica implica, por si só, o reconhecimento de limites por meio da tutela da proibição do *venire contra factum proprium*, no encaixe da concretização axiológica do Direito e da preservação das relações jurídicas e da efetividade dos princípios como um todo.

A tutela da proibição do *venire contra factum proprium* ou proibição do comportamento contraditório surge, pois, como uma eficácia em favor do comportamento jurídico coerente⁶.

É desdobramento lógico dessa regra que a ninguém é dado agir em contradição com seus atos anteriores em razão de um

⁵ A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2ª. Ed., p.95.

⁶ Consoante doutrina contemporânea, a tutela da proibição do *venire contra factum proprium* está implícita no art. 422 do Código Civil quando afere que: Art. 422. *Os Contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

dever de coerência quando se avalia o comportamento dos sujeitos de uma relação jurídica.

Nesse passo leciona Judith Martins-Costa:

*O venire contra factum proprium serve como modelo ensejador de conduta. Esses são revelados no caso concreto, à luz de suas circunstâncias, em especial da finalidade do contrato, mas, como regra geral, admite-se incidirem quanto já surge uma situação jurídica ocorrida pelo factum proprium, situação da qual decorre benefício, ou expectativa de benefício, para a contraparte, à qual segue-se uma contradição, originada por um segundo comportamento pelo autor do factum proprium.*⁷

Da mesma Autora:

Na proibição do venire incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (o factum proprium) contrariado pelo segundo.⁸

A proibição do *venire contra factum proprium* não tutela, pois, *dois comportamentos da mesma pessoa, diferidos no*

⁷ A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: RT, 2000, p.471.

⁸ A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n° 376, p. 110.

tempo, sendo o primeiro contrariado pelo segundo.⁹

Nesse sentido laborou o STJ, nos autos do AgRg nos EDcl no Recurso Especial nº 762.031/MG,¹⁰ quando vetou o *venire contra factum proprium* de comportamento de instituição financeira. O ente financeiro irresignara-se contra decisão judicial que determinara a repetição capitalizada de valores indevidamente cobrados de mutuário. Entendeu o e. Tribunal Superior que o requerimento da instituição financeira para afastar a capitalização do ônus de repetição contraria o seu próprio comportamento quando lança mão, quando credora, da cobrança capitalizada de encargos.¹¹

De modo equivalente, o STJ, nos autos do Resp 396.483/PR,¹² entendeu patente a proibição do *venire contra factum proprium* (comportamento contraditório) da União Federal ao exigir pagamento maior de alíquota de tributo de empresa, tendo como justificativa a tentativa de desqualificar sua situação jurídica como “produtora de sementes”, muito embora regularmente registrada e deste modo previamente qualificada pelo Ministério da Agricultura.

Nos dois casos citados, o comportamento incongruente gerou uma expectativa fruto da primeira conduta, motivo pelo qual

⁹ Antonio Manoel e Menezes Cordeiro, in *Da Boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001, p.745.

¹⁰ Rel. Min. Nancy Andrichi, em 28 de junho de 2006.

¹¹ A vedação do *venire contra factum proprium* está consagrada nos Tribunais Superiores, seja na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (MS-AgR 25742, Min. Cezar Peluso; Recurso Extraordinário 86.782, Min. Leitão de Abreu), seja no STJ (REsp n. 95.539-SP, DJ de 14/10/96, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 37.859-PR, DJ de 28/4/97, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 141.879, DJ 22/6/98, relator Ministro Ruy Rosado; REsp n. 47.015, DJ de 9/12/97, relator Ministro Adhemar Maciel).

¹² Rel. Min. Humberto Martins, em 02 de agosto de 2007.

os atos contraditórios à conduta inicial implicam quebra da confiança depositada, sendo mister a repreensão, como perfilhado pelo STJ. Tem-se, pois, a proteção de uma parte da relação jurídica contra a posição contraditória assumido de outra.

Segundo a doutrina, pode-se indicar quatro pressupostos para a aplicação do princípio de proibição ao comportamento contraditório: (i) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (ii) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido inicial desta conduta; (iii) um comportamento contraditório com este sentido inicial; e, finalmente, (iv) um dano, ou potencial de dano, a partir da contradição.¹³

Esses elementos são observados no caso, v.g., do servidor público demandado pela Administração Pública para repetir o pagamento indevido de verba pública recebida em face de progressão funcional equivocada. Não obstante, tem-se a impossibilidade de a Administração Pública repetir a verba paga, pois implica prevalecer-se de situação por ela própria criada (*factum proprium* contraditório) para exigir o pagamento das quantias percebidas de boa-fé.¹⁴

No mesmo sentido, o Executado que alega a nulidade do título executivo instrumentalizado em confissão de dívida, a qual anuiu livremente. Tendo ocorrido o devido protesto das duplicadas originadas da confissão de dívida, ausente qualquer insurgência do devedor, seu comportamento posterior não corrobora a alegação de nulidade daquela, a denotar comportamento contraditório.¹⁵

¹³ Anderson Schreiber, op. cit. p.132.

¹⁴ TRF4, AC 2001.72.00.003286-3, Quarta Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, D.E. 01/09/2008.

¹⁵ TJRS, AC 70026306472, 12ª. Câmara Cível, Relator Judith dos Santos Mottecy, DJ 20/11/2008.

Ainda, justificada a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* para afastar a pretensão de candidato aprovado em concurso público consubstanciada em pedido de remoção para acompanhar cônjuge quando, à evidência, o afastamento do núcleo familiar fora ocasionado pelo próprio candidato ao anuir com o edital do concurso, o qual não previa vaga para a localidade judicialmente almejada¹⁶.

Observa-se a interdição do direito postulado quando o requerente emite novo ato próprio em contradição com seu comportamento anterior.

Com base nesses pressupostos, sentenciou o Juízo Federal da 14^a. Vara Federal Cível de São Paulo, que, nos autos do Processo 96.0017436-9, reconheceu o direito à equiparação salarial (diferenças remuneratórias) em favor de servidor público em desvio de função. Muito embora afastasse a possibilidade de reenquadramento de cargo, reconheceu que o desvio de função não autoriza a Administração de furtar-se do ônus de arcar com as ineficiências ao prover cargos públicos. Assim, em face da tutela da proibição do *venire contra factum proprium* decidiu que:

De acordo com este princípio, a ninguém é dado agir em contradição com seus atos anteriores. Esse dever de coerência impede que a Administração se valha da força de trabalho de uma pessoa e, posteriormente, recuse-se a remunerá-lo pelas tarefas que excedem suas atribuições legais.

O *nemo venire contra factum proprium*, como visto alhures, unge-se de contornos principiológicos, cuja eficácia

¹⁶ TRF2, AMS 2000.5101.031774-9, 8^a. Turma Especializada, Relator Poul Erik Dyrllund, julgado em 03/10/2006.

normativa é observada quando perpassa à interdição do direito postulado, salvaguardando a relação jurídica da emissão de novo ato próprio em contradição com um comportamento anterior.

Outrossim, a proibição do ato próprio contraditório não destoaria do seu caráter instrumental aos princípios da Confiança Jurídica e a Boa-fé objetiva, por se tratar de elemento de proteção à razoável expectativa alheia e de *consideração dos interesses de todos aqueles sobre quem um comportamento de fato possa vir repercutir*.¹⁷

3. A tutela do venire contra factum proprium no Processo Civil

A eficácia e validade da relação processual também afigura-se amparada pela proibição do *venire contra factum proprium*, no sentido de tutelar condutas que se opõem aos princípios éticos e inspiradores do sistema processual.

Isso porque não se tutela a surpresa na relação processual civil. O rompimento injustificado da confiança processual, em virtude de uma atitude contraditória do litigante, não pode ser angariado como ônus em prejuízo de uma das partes.

Muito embora em sede de Processo Civil o comportamento contraditório possa render azo à própria responsabilidade processual da parte - o que compreenderia a intenção malévola e a própria ética - a tutela do *nemo venire contra factum proprium* dá lastro fundamental à sedimentação de institutos processuais, v.g., os fenômenos da preclusão lógica, interesse processual.

¹⁷ Anderson Schreiber, op. cit. p.283.

Consoante a lição de Anderson Schreiber:

Os tribunais portugueses são ricos em decisões relativas à proibição do comportamento contraditório mesmo em âmbito processual, ao contrário do que ocorre no Brasil, onde a maior parte das cortes não despertou para as enormes potencialidades da aplicação da boa-fé objetiva e suas manifestações ao processo.¹⁸

Nada obstante, o cenário jurídico nacional amadureceu para o emprego da proibição do comportamento contraditório em sede processual, passando a figurar como importante instrumento de saneamento do processo e tutela da lealdade processual.

Nesse sentido, o STJ, recentemente, nos autos do Resp 1085.257/SP,¹⁹ deduziu ser incoerente a permissão de que entes públicos rediscutam os fundamentos de sentença não recorrida no momento oportuno, mediante a interposição de recurso especial contra o acórdão que manteve a sentença em sede de reexame necessário. Segundo extrai-se da decisão:

Assim, há que se prestigiar a ocorrência de preclusão lógica na espécie, que tem como razão de ser o respeito ao princípio da confiança, o qual disciplina a lealdade processual (a proibição de venire contra factum proprium).

No mesmo passo, o TRF-5ª. Região afastou recurso de apelação cível, consubstanciado em pedido de nulidade dos cálculos acolhidos em sede de execução, tendo em conta a impertinência da alegação, haja vista o precatório expedido em

¹⁸ Op. cit. p. 240.

¹⁹ Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 9/12/2008.

favor dos apelantes ter se amparado em cálculos elaborados pelos próprios. Assim, entendeu o relator que:

Por essa razão, não é pertinente a impugnação à forma de aplicação dos juros de mora em cálculos por eles mesmos realizados. Trata-se de hipótese típica de preclusão lógica, face à incompatibilidade do primeiro ato processual e a faculdade exercida.

(...)

De par com isso, obsta ainda a pretensão o princípio da lealdade processual, que, calcado na noção de confiança, preconiza a vedação de venire contra factum proprium.²⁰

Desse contexto, observam-se ocorrências contemporâneas de vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) a sustentar a resolução da pretensão processual amparada em hipóteses de preclusão lógica – decorrente da *incompatibilidade do ato processual e a faculdade exercida*²¹ - e a interdição à novel faculdade em contradição com ato próprio anterior.

Consoante afere o professor José Carlos Barbosa Moreira, se o obstáculo originou-se de ato praticado por aquele mesmo que pretende impugná-lo, não se mostra factível usar-se das vias recursais e prossegue:

(...) no fundo, trata-se de aspecto particular do princípio que proíbe o venire contra factum

²⁰ TRF5, AC 2007.05.00.067194-8/CE, 1ª. Turma, Relator Francisco Cavalcanti, julgado em 09/10/2008.

²¹ TRF5, AC 2007.05.00.005461-3, 1ª. Turma, Relator Francisco Cavalcanti, julgado em 19/07/2007.

proprium, e o impedimento ao recurso, em perspectiva dogmática, subsume-se na figura denominada preclusão lógica, que consiste, como é sabido, na perda de um direito ou de uma faculdade processual pelo fato de se haver realizado atividade incompatível com o respectivo exercício.²²

A questão do *venire contra factum proprium* no processo civil, no entanto, não se resume a instrumentalizar o fenômeno da preclusão lógica. A tutela da proibição do *venire contra factum proprium* sustenta a coerência processual, o princípio da confiança e a lealdade processual.

É o caso da rejeição do Agravo de Instrumento interposto contra decisão de Magistrado que determinou a retenção do mesmo nos autos na forma retida, tendo em conta a existência de pedido expresso e anterior do próprio Agravante nesse sentido²³.

No mesmo passo, o *venire contra factum proprium* proíbe a conduta de devedor que propõe demanda anulatória de arrematação de imóvel, muito embora, anteriormente, tenha oferecido o próprio bem à penhora e, ainda, concordado com os valores dos lanços na arrematação²⁴. É também o caso do credor que concorda expressamente com a penhora realizada sobre o bem imóvel e, em momento posterior, oponha-se àquela, aduzindo hipótese de impenhorabilidade pela Lei 8.009/90.²⁵

²² Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 10 ed., Vol. V, p. 340.

²³ TJRS, AI 70015731029, decisão monocrática, Relator Carlos Alberto Etcheverry, julgado em 22/06/2006.

²⁴ TJRS, AC 700009261132, 2ª. Câmara Cível, Relator Adão Sérgio do N. Cassiano, DJ 14/09/2006.

²⁵ TJRS, AC 70016547606, 2ª. Câmara Cível, Relator João Armando B.

Essas ocorrências denotam posições jurídicas tuteladas pela proibição do *venire contra factum proprium*. A proteção do ato congruente favorece a confiança, a lealdade processual e a boa-fé e, secundariamente, desqualifica comportamentos torpes, sendo prescindível, para tanto, considerações de ordem subjetiva (não-intencional) ou demonstrações de dolo ou culpa.

Acerca disso, a doutrina de Ruy Rosado de Aguiar Júnior para quem:

A inter-relação humana deve pautar-se por um padrão ético de confiança e lealdade, indispensável ao próprio desenvolvimento normal da convivência social. A expectativa de um comportamento adequado por parte do outro é um componente indissociável da vida de relação, sem o qual a mesma seria inviável.²⁶

Desse modo, a aposição de duplo comportamento do litigando em lide, estando o primeiro (*factum proprium*) em flagrante oposição ao segundo - lícito ou não e diferidos no tempo – justifica a tutela da proibição do *venire contra factum proprium*, a fim de tolher o comportamento contraditório e re-equilibrar a relação processual.

Esses elementos foram acolhidos pelo TRF-4^a. Região consoante assenta a seguinte ementa (grifei):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. INCIDENTE MANIFESTAMENTE

Campos, julgado em 21/11/2007.

²⁶ Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor- Resoluções. Rio: Aide Editora. 2003, 2^a. Edição, p. 244.

INFUNDADO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

(...)

4. Ademais, no presente caso, a atitude sinaliza uma evidente incoerência de posições adotadas pela executada, que, em um primeiro momento, oferece em garantia da execução os títulos da Eletrobrás, nada mencionando a respeito da necessidade - a seu sentir - de intimação da CVM, e, já em um segundo momento, após a aceitação do bem oferecido, requer a nulidade de todos os atos praticados desde então, pela suposta falta de intimação da autarquia controladora do mercado mobiliário. Dessa forma, configura comportamento contraditório, e viola o princípio da lealdade processual, que possui como máxima a vedação ao venire contra factum proprium, ou seja, coíbe a adoção de conduta contraditória com o comportamento até então adotado.

5. Destarte, aplicável à hipótese o disposto no artigo 17, inciso VI, do CPC, não merecendo retoques a decisão que condenou o procurador da executada ao pagamento de multa por litigância de má-fé em 1% do valor da causa (art. 18 do CPC).

6. Agravo de instrumento improvido.²⁷

Veja-se, no mesmo sentido, excerto extraído dos autos da AMS 2004.5101.008953-9, oriundo do TRF-2ª. Região, quando

²⁷ TRF4, AG 2008.04.00.016721-5, Primeira Turma, Relator Joel Ilan Paciornik, D.E. 02/09/2008.

do exame de pretensão recursal da Infraero em face de sentença favorável a ex-servidor demitido, com ordem de reintegração liminar, por força do art. 273, CPC e previsão da Lei 8.878/94 (Lei de Anistia):

Quanto ao recurso da Infraero, o requerimento de ‘reforma total da r. sentença’ não está acompanhado de uma argumentação correspondente, que tenha alguma relação de sentido lógico com a demonstração da existência de interesse recursal, por parte da infraero. Ou seja, primeiro a Apelante informa ao Juízo que cumpriu o julgado, o que implica a sua resignação com o decisum, momento em que restou operada a preclusão lógica. Depois, contudo, requer a reforma total da sentença. Patente, pois, a ausência de suporte lógico do apelo, à luz do postulado da **proibição do venire contra factum proprium**, tudo a conduzir ao não conhecimento do apelo da Infraero, por ausência de interesse recursal. (grifei)²⁸

Veja-se que a posição jurídica adotada pela Infraero, então amparada em comportamento processual contraditório a fato próprio anterior, embasa o não conhecimento do apelo recursal, a ponto de justificar a falência do interesse recursal.

Fato similar restou albergado pelo TJRS, nos autos do AI 70027911957. Na oportunidade, aquele e. Tribunal acolheu a carência de interesse recursal em desfavor de Agravante, o qual argumentava a impossibilidade de conversão do pedido de obrigação de fazer em perdas e danos. Entendeu-se que a

²⁸ 8ª. Turma Especializada, Relator Poul Erik Dyrland, julgado em 27/11/2007.

insurgência apresentada caracterizou verdadeiro *venire contra factum proprium*, haja vista que:

Na peça nominou como ‘execução de sentença’- fls. 18/50, o agravante postula o depósito dos valores correspondentes às ações a que entende fazer jus. Portanto, ele mesmo já convertia o pedido em perdas e danos, sendo absolutamente incongruente que agora se insurja contra a determinação do juízo para que assim se proceda. Aliás, na petição inicial já foi formulado pedido alternativo (fls. 11/17).²⁹

Na mesma senda o STJ, consoante a seguir ementado (grifei):

PROCESSUAL CIVIL.
PREQUESTIONAMENTO. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA
DECLARAR PREQUESTIONADOS OS
DISPOSITIVOS LEGAIS SUSCITADOS.
INSUFICIÊNCIA. NECESSIDADE DE
EFETIVO ENFRENTAMENTO DOS
TEMAS. "VENIRE CONTRA FACTUM
PROPRIUM".

I - O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Não examinada a matéria objeto do especial pela instância a quo, mesmo com a oposição dos embargos de

²⁹ 19^a. Câmara Cível, Relator Guinther Spode, julgado em 12/12/2008.

declaração, incide o enunciado 211 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

II - Tendo a parte suscitado embargos de declaração para provocar a manifestação do Tribunal de origem a respeito dos temas que pretendia discutir no Recurso Especial, é porque reconheceu, naquela oportunidade, que eles não estavam devidamente prequestionados. **Assim não pode, posteriormente, afirmar o contrário, pois a ninguém é dado "venire contra factum proprium".**

Agravo regimental improvido.³⁰

Teve-se, pois, como não prequestionadas as matérias levadas ao Recurso Especial ante a ausência de enfrentamento dos temas na origem. A solução para o entrave, no entanto, encontrou azo no ato próprio incongruente da parte quando, em momento anterior, pugnara na origem o prequestionamento dessas novas questões, através de embargos de declaração, admitindo, pois, a ausência de discussão prévia da matéria atacada no recurso especial.

Desse modo, o comportamento processual da parte não compadece ao ato contraditório. A confiança despertada não pode ser desfeita a título do exercício de uma segunda posição jurídica em flagrante oposição ao comportamento processual adotado anteriormente.

4. Conclusão

³⁰ AgRg no Ag 892068/RS, 3ª. Turma, Relator Min. Sidnei Beneti, DJe 01/12/2008.

Diante desse contexto, notadamente a jurisprudência contemporânea, o *venire contra factum proprium* veta qualquer faculdade jurídica de um “voltar atrás”, incompatível com conduta processual anteriormente manifesta. Ampara e justifica, pois, a aplicação de dogmatismos e garantias de processo, como, por exemplo, o interesse recursal e a preclusão lógica.

A tutela da proibição do comportamento contraditório apresenta-se como fundamento ao princípio da confiança, da lealdade processual e da boa-fé, as quais não podem ser afligidas por um ato próprio desconforme e incongruente da parte em lide, sob pena de impedir o seu exercício ou faculdade.

Assentado nessas premissas, pode-se inferir que a proibição do *venire contra factum proprium* apresenta-se, hodiernamente, como uma categoria jurídica de controle axiológico a fomentar o equilíbrio dos interesses, em conformação valorativa aos seus princípios formadores e à visão crítica demandada pelo Direito contemporâneo.

5. Bibliografia

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor- Resoluções*. Rio de Janeiro: Aide. 2003, 2^a. ed.

MANOEL, Antonio; CORDEIRO, Menezes. *Da Boa-fé no Direito Civil*. Lisboa: Almedina, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São

Paulo: RT, 2008, V. 1. 3^a. ed.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 2000.

_____. *A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, n^o 376.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 10 ed., Vol. V.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHREIBER, Anderson. *A Proibição de Comportamento Contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 2^a. ed.

.....

*O direito na era globalizada:
novos mercados, função social
do contrato e solidariedade
social*

Vânia Márcia Damasceno Nogueira*

Sumário: 1.Introdução. 2.O direito e a globalização. 3.O direito e a economia. 4.O novo mercado. 5.Função social do contrato. 6.Financiamento de projeto. 7.Conclusão. 8.Bibliografia.

1. Introdução

Na nova era globalizada, o estudo sistemático e integrado entre direito e economia contribui para uma melhor interpretação e aplicação efetiva e eficaz de ambos, melhor compreensão de seus institutos, sua evolução e necessidades. Há uma interferência direta do sistema legal e jurídico na economia e vice-versa, que por sua vez afeta a eleição, pelos empresários,

* Defensora Pública da União. Pós-graduada em Direito Público pelo Centro Universitário de Goiás - UNI-ANHANGUERA. Mestranda em Direito Empresarial pela Universidade de Itaúna/MG - UIT.

sobre em qual bem e país irão direcionar seus investimentos.

Com a utilização cada vez maior da rede mundial de computadores (*internet*), nasceu um novo conceito de mercado, mais célere e dinâmico que exigiu que o foco da circulação de riquezas saísse definitivamente da propriedade, estática como é, para o contrato. Crescente a importância do contrato no direito e na economia, cresce também a necessidade de se estudar e interpretar seus institutos, notadamente a função social e o princípio da boa-fé objetiva.

O modelo do *Project finance* é apontado, em breves considerações, como exemplo desta importância auferida pelo contrato e a complexidade atual dos atos negociais, provocando um feixe de situações interligadas, onde prevalece uma espécie de solidariedade empresarial necessária para que seja exitoso o empreendimento.

Sabe-se que o desenvolvimento social não é tarefa exclusiva da economia ou do direito, mas de ambos, pois sem a redução das desigualdades sociais, observar-se-á nestes, uma interferência negativa direta relacionada, principalmente à segurança pública. Resta saber se há como criar uma nova dogmática jurídica-empresarial para respaldar de fato o princípio da solidariedade social nestas duas searas da vida em sociedade.

2. O direito e a globalização

A globalização não é apenas um processo de afetação econômica. A vida social e cultural de um país também é

extremamente afetada com o fenômeno da globalização e conseqüentemente, o direito, posto que este é, ou deveria ser, um reflexo fiel da sociedade. As velozes mudanças socioeconômicas que afetam as sociedades contemporâneas, pautadas pelo consumismo, aumento progressivo da violência, informações e transportes cada vez mais velozes, avançada tecnologia e expansão de mercados certamente tiveram enorme contribuição do processo de globalização, no entanto, não cabe aqui discorrer se foram benéficos ou maléficos ao ser humano, mas sim, como afetou a ciência do direito.

A globalização da economia sempre viu a expansão de mercados, o aumento do comércio exterior como um aumento de eficiência no consumo, na concorrência e conseqüente aumento de riqueza com uma suposta equidade na distribuição de renda. O sistema de teleconferências e o avião diminuíram as barreiras físicas mercadológicas, mas a *internet*, propiciou uma verdadeira revolução no conceito de mercado e introduziu uma nova *lex mercatoria* adaptada ao mundo globalizado de natureza supranacional.

O velho conceito de mercado como sendo o local de troca e venda de mercadoria já não existe. Algumas atividades comerciais realizadas pela *internet* sequer possuem uma localização geográfica para encontro entre os negociantes. É virtual. E nesta esteira, a *lex mercatória*, ou seja, o sistema jurídico e de usos e costumes que regulavam as transações comerciais desde a idade média também se modificou. A *internet* propicia negociações em tempo real a milhares de quilômetros de distância, cujos documentos e contratos que regem as relações comerciais são redigidas em línguas alienígenas, por isso é necessária uma nova *Lex Mercatoria*. Uma ordem jurídica apta a disciplinar as relações empreendidas no comércio internacional, transnacional,

universal, anacional, independente e autônoma.¹

A *internet* abriu fronteira e mercados. Propôs intercâmbio de informações, mercadorias, capital, tecnologia, investimentos, conhecimento e não obstante haja discussões se a globalização contribuiu ou não para a equidade sócia econômica, a *internet*, um dos produtos do processo de globalização, certamente contribuiu para a redução da exclusão social. Através da *internet* crianças de variadas camadas sociais, de variados países são capazes de aumentar seus conhecimentos sobre lugares e personagens famosos mesmo fora das escolas. A famosa *Lan house* possibilita até ao mais excluído economicamente viajar para outro país através da *internet*. Pelo menos no momento em que estiver sentada diante da tela de um computador, toda criança estará incluída no contexto social.

Sendo o fenômeno da globalização altamente complexo e mutável, o direito na tentativa de acompanhá-lo e disciplinar as relações humanas decorrentes, cria e modifica institutos jurídicos necessários à regulação das atividades, principalmente na seara econômica. Neste sentido esclarece Tiago da Silva Saes que a “atividade empresária não é abstrata, mas concreta e mutável, em constante movimento, e cabe às normas jurídicas acompanhar o seu desenvolvimento: não são as normas jurídicas que disciplinam a atividade empresária, é a atividade empresária que disciplina as normas jurídicas.”² Também neste

¹VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva. O que é Nova Lex Mercatoria. Disponível em < <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-privado/direitocomerciointernacional/o-que-a-nova-lex-mercatoria-esclarecimentos-gerais/>>. Acesso em 19 de novembro de 2008.

²SAES, Thiago da Silva. A atividade empresária e a adaptação às disposições do Código Civil de 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8034>> . Acesso em 22 de

sentido, Welber Barral explica que o direito é uma reação retardada aos fenômenos econômicos e sociais.³

É sabido que vários institutos brasileiros foram inspirados em teorias alienígenas, como as teorias que originaram a responsabilidade civil do Estado no direito administrativo, oriunda do direito Francês, ou a influência do direito Italiano no campo processual, mas a influência do direito estrangeiro no direito nacional expandiu-se muito na última década, devido à globalização e as facilidades e especificidades do comércio pela *internet*. Há uma gama de produtos, marcas, idioma, valores e cultura estrangeira que foram introduzidas no país. E muitas vezes, sequer existe tempo de adaptar estes novos institutos ao direito brasileiro.

Por mais que se assimilem as novas práticas comerciais e expressões lingüísticas alienígenas, há necessidade de regular as transações comerciais através de diversificados contratos e adaptar os novos conceitos e institutos ao direito nacional. Alguns, continuam marcados pelo estrangeirismo até no nome, mesmo após sua introdução no direito brasileiro, a exemplo do *leasing, factoring, know how, warrant, antidumping, antitrust*, etc. Outros, embora já traduzidos para nossa língua e em uso no Brasil, como o projeto de financiamento, ainda não foram positivados, como se verá adiante.

3. O direito e a economia

novembro de 2008.

³ BARRAL, Welber. O comercio internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

Sabe-se que devido à complexidade da era contemporânea, o homem passou a estudar as ciências de forma interdisciplinar. Já não se pode ignorar o fato de que uma ciência interaja e produza efeitos sobre outra, de modo que seu estudo pode ser facilitado se for integrado. Tal fato ocorre com frequência no campo da ciência jurídica e econômica. O direito e a economia se interagem de forma a ficar cada vez mais tênue a linha divisória destas duas ciências. Fábio Nusdeo afirma que é difícil dizer até que ponto o direito determina a economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele.⁴

Sendo a economia uma ciência que estuda como se administrar a escassez, uma análise econômica do direito em muito contribui para identificar como as normas jurídicas interferem nesta escassez de forma positiva ou negativa e como se deve buscar normas mais favoráveis para se evitar este fenômeno econômico. Portanto, a análise econômica do direito pode propiciar a identificação da função econômica de certas normas e simultaneamente pode-se dar um aspecto social aos fatos econômicos por natureza, outrora unicamente voltados para o lucro. É o que se verá adiante no estudo da função social do contrato.

Embora o direito deva ser estudado em conjunto com outras ciências como a sociologia e a economia. A interação entre as duas deve respeitar uma interpretação específica segundo os princípios de cada ciência. José Virgílio Lopes Enei afirma que algumas teorias econômicas, podem ser aplicadas no direito, mas como se resumem em fórmulas matemáticas alheias ao estudo da ética, da moral e da justiça, não podem ser aplicadas no direito da

⁴NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 3 ed. Ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.19.

mesma forma que na economia, sob pena de se afastar da perseguição salutar do ideal de justiça e igualdade que deve buscar a ciência do direito ao pretender normatizar a sociedade. A análise econômica do direito pode sim, auxiliar o sistema jurídico e seus interpretes, mas não constituir o único ponto de referencia do sistema.⁵

A importância na interação entre o direito e a economia é observada na interferência direta do sistema legal e jurídico na escolha feita pelos empresários, no momento de definir qual país investir seus recursos e como esta interação é determinante no ritmo de crescimento e do desenvolvimento econômico do país. Um poder judiciário moroso prejudica a escolha de investimento. Por outro lado, judiciários eficientes estimulam o crescimento econômico. Arnaldo Castelar Pinheiro afirma que “judiciários fortes, independentes, imparciais, ágeis e previsíveis estimulam o investimento, a eficiência e o progresso tecnológico”.⁶

Desta forma, é notório que um bom judiciário interfere no desempenho da economia. E o que seria um bom judiciário? Verificar-se-ia apenas o critério da celeridade? Este autor, citando Ibrahim Shihata, afirma que “um bom judiciário é aquele que assegura que a justiça seja acessível e aplicada a todos, que direitos e deveres sejam respeitados, além de aplicados com um baixo custo para a sociedade.”⁷

⁵ ENEI, José Virgílio Lopes – Project Finance .Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins.São Paulo:Editora Saraiva, 2007. p. 185-187.

⁶ PINHEIRO, Arnaldo Castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto? Disponível em < http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em 22 de novembro de 2008.

⁷ SHIHATA, Ibrahim F.*Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform*, in Rowat et al., 1995. in Pinheiro, Arnaldo

A interdisciplinaridade⁸ envolvendo o direito e a economia é tida por Gustavo Franco como um desafio. Os economistas trabalham com a matemática e este modelo não pode ser visto como único idioma relevante, há marcos institucionais e jurídicos de um Estado de Direito que devem ser observados. O advogado deve aprender que o Direito não é imune ao que se passa no mundo prático da economia, devendo olhar a realidade observada pelos economistas com o auxílio de instrumentos jurídicos. Ou seja, “a realidade do mercado de trabalho saberá valorizar o profissional que sabe olhar além dos limites de sua própria especialização.”⁹

Outro fator de relevância para o sistema econômico é a segurança jurídica, seja ela relacionada à estabilidade das instituições, seja ela relacionada à garantia que o indivíduo tem de satisfazer em paz e sem medo suas necessidades mais elementares, como andar nas ruas, ir ao banco, etc.. Ricardo Antônio Lucas Camargo explica que empresas e empresários de países desenvolvidos rotulam de “mercados perdidos” aqueles países instáveis na questão de segurança, estrangulados por conflitos sociais ou ambientais.¹⁰

castelar. Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?.Disponível em: < http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf> Acesso em 18 de novembro de 2008.

⁸ Ronald Coase, ganhador do prêmio Nobel de economia em 1981, muito contribuiu para as pesquisas da interdisciplinaridade através de seus estudos sobre a importância das instituições e seus reflexos na economia.

⁹ FRANCO, Gustavo H. B.. Celebrando a Convergência.Disponível em : < <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Prefacio%20livro%20direito%20e%20economia.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2008.

¹⁰ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas.Direito Econômico, direitos Humanos e Segurança Coletiva.Porto Alegre:Núria Fabris Editora, 2007.p.35.

Vários são os fatores criminógenos que aprofundam o liame entre a ciência econômica e jurídica: má distribuição de renda e demográfica, lutas armadas, ausência de planejamento e desagregação familiar, formação de favelas e cortiços, desconsideração de minorias (crianças, idosos, negros, deficientes), tráfico de drogas, exploração política, abandono da saúde e educação, desemprego, inflação, êxodo rural, violência urbana.

No entanto, em que pese estes fatores influenciarem de forma negativa o desenvolvimento econômico da sociedade, por incrível que possa parecer, pode influenciar de forma positiva alguns setores específicos da economia que se desenvolvem justamente porque a população muda seus hábitos de vida devido à insegurança jurídica em que vivem. As necessidades de locais mais seguros para atividades de compra e lazer, tornam crescente a construção de *Shopping centers*. Crescem também os serviços de entrega em domicílio, serviços de correio, compras pela *internet*, escolas de defesa pessoal, serviços de segurança privada, blindagens de carros, sistemas de alarmes, dentre outros. São atividades que auferem lucro com o crescimento da insegurança jurídica no mundo moderno.

4. *Um novo mercado*

A ciência econômica estuda as necessidades humanas empregando recursos escassos na produção de bens e serviços para atender a uma infinidade de necessidades humana. Para melhor atender a estas necessidades é necessário que exista diversidade de ofertas e produtos, encontrados em um ambiente propício denominado de mercado. É extremamente importante para o

desenvolvimento das atividades econômicas o conceito de mercado.

Embora o conceito medieval de mercado, como sendo o local de trocas e vendas de mercadorias tenha se modificado muito, é certo que ainda é o ambiente, mesmo que artificial e não físico, onde são empregados os recursos produtivos para atender as necessidades humanas, equilibrados pela lei da oferta e da procura. Como ocorre nos ambientes virtuais, onde sequer há um local específico identificado como sendo um endereço de um determinado mercado.

O volume das operações, a velocidade com que se realizam e o crescimento das bases geográficas em que se processam estas operações levam à necessidade de se pensar o mercado como um sistema e não como um local. Um sistema de relações reguladas e construídas pelo direito e pela economia. Um sistema que embora criado, rege por si mesmo, pelas leis da economia. Desde os primórdios do comércio o mercado sempre teve como principal papel agrupar vendedores interessados em vender e compradores interessados em comprar, ou seja, cria uma interação entre as pessoas, cujos interesses se atraem e se autoregulam. Este papel não foi modificado.

Rachel Sztajn conclui que “talvez o maior benefício do mercado seja a aproximação de muitas pessoas ao mesmo tempo, de forma que se amplifica o número de operações (consultas) entre elas.” Porém, atualmente, “pelo fruto do avanço tecnológico, o local físico em que se processam as trocas seja o menos importante, razão pelo qual se prefere destacar a repetição das relações que se apresentam uniformes, que se reproduzem em massa.”¹¹ Para Judith Martins Costa não há mercado fora das

¹¹ SZTAJN, Rachel. Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e

decisões políticas e escolhas legislativas de uma sociedade: o mercado é o regime normativo da atividade econômica.¹²

Ainda que as necessidades básicas do homem não tenham se modificado ao longo de sua existência (comer, vestir, morar, etc), outras necessidades surgiram na sociedade de consumo. Tal fato associado à era da velocidade (informações, transportes, transações, conhecimento, tecnologia, etc) fez com que novos mercados surgissem, mesmo que apresentem características de outrora, o mercado também se tornou célere, um sistema planejado, intencional e flexível, adaptado aos usos e costumes da contemporaneidade.

O planejamento de mercado é um dos aspectos mais importantes do sucesso econômico, principalmente para transpor as dificuldades encontradas na era globalizada. Tantos documentos redigidos e enviados instantaneamente pela *internet* ou típicos de adesão, com as dificuldades dos idiomas e regulamentos diversificados, podem causar prejuízos irreparáveis no setor econômico casos não sejam observados a tempo e modo. Temos o exemplo da Ford que introduziu no mercado brasileiro um carro que não vendia de forma alguma. Ao fazer um rápido estudo mais aprofundado verificou-se que o nome nacional dado ao carro: “Pinto” era o motivo de seu insucesso. Bastou a empresa substituir o nome por “Corcel” para as vendas aumentarem.¹³

mercados. São Paulo: Atlas, 2004. p. 36 e 39.

¹² COSTA, Judith Martins. Mercado e solidariedade social entre cosmos e táxis: A boa-fé nas relações de consumo. *In* : A reconstrução do direito privado. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2002. p. 617.

¹³ MARTINS, Marta T. Motta Campos. Globalização dos mercados. Disponível em : <<http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/relacoespublicas/transmarketing/0002.htm>>. Acesso em 23 de novembro de 2008.

Atualmente existem vários modelos de economia de mercado, cuja análise não será objetivo deste trabalho, não obstante as diferenças, todas se caracterizam por ter em comum a valoração da iniciativa privada, da liberdade, da divisão do trabalho, dentre outros aspectos que têm suas origens no *system of perfect liberty* analisado por Smith há mais de três séculos.¹⁴ Os defensores árdios do modelo liberal esclarecem que o Estado deve interferir o mínimo possível, apenas como regulador da vida econômica de um país. No entanto, não raro, na prática, observa-se o contrário e muitas vezes levando a um desequilíbrio provocado.

Antônio Ermírio de Moraes, ao analisar a questão da economia chinesa, esclareceu que: "O mundo não está conseguindo competir com a China", devido suas condições imbatíveis: imensidão de trabalhadores trabalhando por salários irrisórios (US\$ 0,64 por hora, enquanto nos Estados Unidos o salário por hora está em US\$ 20 e, na Alemanha, em US\$ 30) e o pior, usando e abusando dos subsídios garantidos pelo Estado comunista. Por isso consegue produzir muito mais barato do que o resto do mundo. A Europa e os Estados Unidos não conseguem superar as vantagens chinesas e também partem para o protecionismo estatal".¹⁵

A intervenção estatal pode ser vista pelos liberais como um empecilho ao livre mercado e suas forças invisíveis, no entanto, existe outro modo de intervenção estatal que pode ser um indicador positivo na economia de um regime democrático. O

¹⁴OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. A economia de mercado como um *sistema de perfeita liberdade*: notas a partir do pensamento de Adam Smith. Disponível em : < <http://www.espacoacademico.com.br/088/88oliveira.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2008.

¹⁵ MORAES, Antônio Ermílio de. Folha de São Paulo. Coluna opinião, domingo, 6 de março/05.

mercado, embora implique em liberdade, implica também em planejamento, ordem e regulação. Natalino Irti afirma que “ausente o sistema normativo, os mercados não prosperam, pois mercado é a norma que a disciplina e constitui.”¹⁶ A intervenção do Estado no domínio econômico gera uma certa estabilidade e segurança para os que dele participam.

Por mais que se deseje a liberdade econômica, Estado e economia são indissolúveis. Desde os tempos em que eram realizadas as feiras medievais, tendo por mercado o local, nestas feiras, onde as trocas e vendas eram feitas, que a economia precisou de proteção estatal. Não por acaso que os senhores feudais cediam os locais em seus feudos, sob tutela de seus exércitos, para que a burguesia fizesse seu comércio e a população se divertisse. Em troca da segurança, o soberano cobrava impostos.

Tanto a propriedade quanto o contrato interessam ao mercado, posto que ambos são fatores de circulação de riquezas. As normas que regulam o modo de transferência da propriedade, e dos variados modelos contratuais aliados aos novos princípios funcionais destes institutos (função social) são fiscalizados constantemente, ou deveriam ser, pelo Estado. Não é essa uma forma de intervenção do Estado no domínio econômico? Regulamentação e fiscalização não devem ser específicas para leis de combate à eliminação da concorrência, dominação de mercados e lucro abusivo, deve ser feita ainda com fim a realizar os princípios idealizadores da atividade econômica (artigo 170 da CF), dentre os quais a função social da propriedade e do contrato.

¹⁶ IRTI, Natalino. *L'ordine Giuridico Del mercato*. Laterza, 1998. p.12 *in* : SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40.

5. Função social do contrato

Judith Martins Costa afirma que há uma relação íntima entre mercado e solidariedade social,¹⁷ pois no Brasil vigora a concepção normativista de mercado, criado pelo direito, é o que se extrai nos artigos 1º, 3º e 170 da Constituição Federal. Os fundamentos da dignidade humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa aliada aos objetivos fundamentais da República (construção de uma sociedade justa, livre e solidária) e aos princípios da ordem econômica conformam o modelo de mercado eleito por este Estado de Direito.

Não se pode conceber o direito como meras regras de caráter técnico e instrumental, é preciso entender as normas e os princípios como regras de conduta a serem seguidas, mas também de fins a serem perseguidos pelo Estado. Fim não de conteúdo meramente programático, pois se estaria esvaziando a expressão sociedade solidária, mas um fim dirigente, de norma-objetivo¹⁸, cuja implementação por meio de políticas públicas pelo Estado se faz imperativo. São normas vinculantes e dotadas de concretude e assim devem ser interpretadas.

A propriedade é e sempre foi um importante instrumento do direito econômico, mas a era atual demanda que os valores sejam trocados, circulados para a verdadeira produção de

¹⁷ COSTA, Judith Martins. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis: A boa-fé nas relações de consumo. in: A Reconstrução do Direito Privado: Reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 620.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. Uma Questão de Princípio. São Paulo : Martins Fontes Editora Ltda, 2001.

riqueza, desta forma o contrato se apresenta como o mais forte indicador econômico de produção e circulação de riqueza. Enquanto a propriedade é estática, o contrato é dinâmico. Enzo Roppo afirma que o contrato é a “veste jurídica das relações econômicas” e por isso o instituto central da economia capitalista.¹⁹ Em virtude dos novos mercados introduzidos na era globalizada, o contrato passou de coadjuvante a personagem principal da economia mundial.

No Brasil, o direito de empresa pós-Código Civil (CC) de 2002 mudou significativamente sua posição acadêmica, aderindo à teoria da empresa apresentando novas diretrizes presentes na legislação empresarial consubstanciada no novel diploma civil²⁰, principalmente para os princípios que norteiam o instituto do contrato, através da boa-fé objetiva (art.422 do CC) e da função social (art. 421 do CC). Paulo Luiz Netto Lobo afirma que o princípio da função social é a mais importante inovação do direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil.

Para ele, a função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social. O art. 170 da Constituição brasileira estabelece que toda a atividade econômica – e o contrato é o instrumento dela – está submetida à primazia da justiça social e a função social do contrato surge relacionada à

¹⁹ ROPPO, Enzo. *in*: COSTA, Judith Martins. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Taxis: A boa-fé nas relações de consumo. *in*: A Reconstrução do Direito Privado: Reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 631

²⁰ SAES, Thiago da Silva. A atividade empresária e a adaptação às disposições do Código Civil de 2002. Disponível em : <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8034>>. Acesso em 22 de novembro de 2008.

"liberdade de contratar", como seu limite fundamental. Princípios antagônicos que exigem interpretação harmônica. A função social é um limite positivo que se harmoniza com a nova regra interpretativa do art. 112 do CC. Houve um abandono da intenção subjetiva dos negociantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível, ainda que contrarie aquela.²¹

A boa-fé objetiva importa em uma regra de conduta ética e moral, baseadas na honestidade e lealdade, enquanto que o princípio da função social importa num sentido de colaboração, de solidariedade social, pois implica que as partes contratantes determinem seus interesses em conformidade aos interesses da sociedade, posto que existem inúmeros interesses envolvidos numa simples relação contratual. Principalmente na atualidade onde não raro um contrato se vincula a outro ou vários, envolvendo inúmeras pessoas e situações, como se verá adiante no financiamento de projeto.

Mesmo entre estas partes contratantes não há uma relação de interesses opostos, mas sim convergentes. Interesses que convergem ao objetivo de satisfação de necessidades, transação e redução de custos. Há exigência de uma cooperação na relação contratual, que impede o sacrifício econômico de uma das partes, ou seja, o desequilíbrio a ser evitado pressupõe por si só a solidariedade social. Esta deve ser a interpretação doutrinária e jurisprudencial diante do novo direito contratual.

O princípio da boa-fé objetivo além de ser uma norma concretizadora da solidariedade social, vale ainda como elemento

²¹ LOBO, Paulo Luiz Netto. Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil. Elaborado em 02.2002.

Disponível em : < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 19 de novembro de 2008.

de interpretação. Sua função hemenéutica-integrativa auxiliam os operadores do direito e porque não da economia, a dissolverem ou anteciparem possíveis lides, possibilitando que o contrato realmente realize a função de circular riqueza e diminuir as desigualdades sociais.” Toda e qualquer reconstrução dogmática está, em primeiro lugar, atada aos valores e diretivas do ordenamento, que exigem do juiz não apenas ato de vontade, mas, fundamentalmente, ato de conhecimento e de responsabilidade.”²²

6. Financiamento de projeto

A importância que o contrato assumiu no mundo moderno é tão grande, que se expandiu também a sua função jurídico-econômica. Poder-se-ia dizer resumidamente que enquanto os contratos possuíam a função imediata de circulação de riqueza, algumas formas societárias, tais como a sociedade anônima, possuíam a função imediata de captar grandes volumes de capitais para o desenvolvimento da atividade empresarial, ficando a função assecuratória (garantia) aos títulos de crédito. Mas agora pode ser dito que, tanto a empresa quanto o contrato possuem, de forma mediata, uma função social, não obstante, o contrato também possa apresentar como função imediata, tal qual a sociedade anônima, a captação de recursos com fim a financiar um empreendimento.

Esta função contratual de captação de recursos se dá

²² COSTA, Judith Martins. Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis: A boa-fé nas relações de consumo. in: A Reconstrução do Direito Privado: Reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 657.

através do tipo negocial denominado de “financiamento de projeto”²³, configurando-se numa rede de contatos coligados, que visa alocar riscos aos contratantes a fim de permitir que a parte patrocinadora do empreendimento capte recursos para construir e explorar o referido empreendimento. Ou seja, o foco é o empreendimento, assim entendido como uma grande obra, ou várias interligadas, enfim um grande projeto, cujos recursos de grande monta não seriam viáveis ao patrocinador, necessitando este, de financiamento para custear seu objetivo.

Ocorre que um financiamento (empréstimo) nem sempre está a disposição e alcance de toda empresa. Primeiro porque o empreendimento pode ser de vulto maior que as garantias ou capital disponíveis, segundo porque a empresa pode não merecer de bom conceito econômico (solidez ou histórico) no mercado financeiro, suficiente a possibilitar-lhe conseguir um empréstimo, seja qual for sua modalidade.

Ademais, vários motivos poderiam inviabilizar a decisão estudada e planejada de uma determinada empresa de desenvolver um projeto de grande monta, a começar pelos riscos da atividade, ela pode não querer ou poder assumir o risco sozinha, negligenciando o pericimento de seu patrimônio; Taxas de mercado desproporcionais à sua capacidade de endividamento; ausência de capital e recursos necessários; realização simultânea de outros empreendimentos, etc. Para que esta empresa venha a desenvolver seu projeto, ela terá que efetuar um contrato de financiamento, como tantos conhecidos no direito brasileiro²⁴, e

²³ Ou *Project finance* como é concebido no sistema anglo-saxão do *common law*.

²⁴ Embora o Código Civil Brasileiro não tenha tratado especificamente do contrato de financiamento, senão de uma de suas modalidades (mútuo), leis esparsas apresentam outras espécies: Decreto-lei n. 167/67 (financiamento

como dito, nem sempre disponíveis , ou, ela terá que se associar a outras empresas com o fim de buscar patrocínio para implementar o projeto.

É importante salientar que não se pode confundir um “contrato de financiamento” (mútuo mercantil) com o “projeto de financiamento”. No primeiro, a empresa realiza um contrato de financiamento, normalmente com uma instituição financeira, um banco por exemplo, pelo qual responderá pessoalmente com todo seu patrimônio, independentemente de estar todo ele relacionado com o empreendimento financiado, ademais, o histórico da empresa, as garantias e a solidez definem a concessão ou não do crédito, neste caso, estar-se-ia falando, literalmente de um empréstimo. Como o financiador, garantido pelo patrimônio da empresa ou empresário, não precisa se preocupar em demasia com a destinação dos recursos, ele também não fiscaliza o sucesso da utilização dos recursos financiados.

No caso do financiamento de projeto, a empresa que idealizou o projeto (empreendimento), cria uma sociedade subsidiária (patrocinadora), com o fim específico de desenvolver o projeto fim. A concessão do crédito nem sempre será um contrato de mútuo, pode ser um contrato de *leasing* ou título de crédito por exemplo, mas sempre será baseada na confiança de sucesso do empreendimento, na certeza de que o projeto será lucrativo o suficiente para pagar o seu próprio financiamento. Por isso, o financiador, neste caso, fiscaliza com afinco a destinação dos recursos tomados a serem empregados exclusivamente no projeto fim .

Esta certeza de sucesso do projeto não se baseia, rural); Lei n. 9.514/97(Sistema Financeiro Imobiliário); Decreto-lei 911/69 (alienação fiduciária); Lei n. 6.313/75 (financiamento à produção de bens à exportação); Lei n. 4.595/64 (Lei do Sistema Financeiro).

lógico, exclusivamente na relação de confiança entre o financiador e o(s) empreendedor(es) ou patrocinador(es), baseia-se em inúmeros contratos coligados, efetuados por estes com terceiros, para mitigar os riscos do empreendimento. Ademais, o financiamento do empreendimento não provém exclusivamente do financiador (banco) provém ainda dos patrocinadores (empresas associadas) ou do próprio empreendedor, que ao criar a empresa subsidiária, subscreve e integraliza seu capital, cujo patrimônio também será uma das garantia do financiamento, embora possa existir financiamento de projeto sem recursos do patrocinador ou de garantias limitadas.

O empreendedor realiza por exemplo contratos de empreitada, cuja responsabilidade e entrega da obra em determinado prazo, sob pena de multa, já é uma atenuante para o referido risco. Assim como inúmeros outros contratos que, de alguma forma, diminuem os riscos ou suportem os prejuízos da atividade, suficientes a impedir que estes venham a prejudicar o sucesso do empreendimento, tais como: contratos de garantias reais, fianças, fornecimento de produtos; fornecimento de serviços; seguros variados, monitoramento e fiscalização dos serviços, etc., todos coligados entre si, visando exclusivamente garantir o financiamento do projeto e seu sucesso. Por isso, a concessão de crédito do *Project finance* não é baseada na capacidade de crédito do credor (empreendedor), mas na capacidade de lucro, receita e sucesso do próprio projeto.

José Virgílio Lopes Enei, esclarece que o instituto do financiamento de projeto disseminou consideravelmente desde a década de setenta, com a clássica obra dos financistas *Project financing* de Peter K. Nevitt e Frank Fabozzi. Embora a obra do advogado inglês Graham Vinter seja referência sobre o tema, é do advogado norte-americano Scott L. Hoffman, um conceito mais

preciso, porém restrito, sobre o financiamento de projeto; “captação de recursos por meio de uma combinação de empréstimos, integralização de capital e outros instrumentos de crédito destinados á construção, ou ao refinanciamento de determinada instalação empresarial, capacitação esta caracterizada pelo fato de que os mutuantes baseiam sua decisão de crédito na capacidade de a referida instalação gerar receitas quando explorada comercialmente e não no patrimônio geral ou na credibilidade pessoal do explorador do empreendimento.”²⁵

Independente de uma precisa conceituação de *project finance*, o certo é que esta técnica passa o foco financeiro de concessão de crédito da empresa ou empresário para o empreendimento, ou seja, esta rede contratual de financiamento de projeto e alocação de recursos, como já dito, apresenta uma nova função do contrato na era moderna –captação de recursos, querendo ou não, baseada dentre outros no instituto da confiança e colaboração.

Segundo Enei, este tipo negocial estaria afirmando o conceito econômico de empresa dado por autores como Coase e William Meckling, que sequer dedicaram aos estudos do financiamento de projeto, mas afirmavam que a empresa seria um feixe de contratos celebrados pelos sócios, empregados, fornecedores, clientes e demais participantes da atividade empresarial.²⁶

O *Project finance* é um clássico exemplo da

²⁵ ENEI, José Virgílio Lopes – Project Finance .Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins.São Paulo:Editora Saraiva, 2007. p. 21-23.

²⁶ ENEI, José Virgílio Lopes – Project Finance .Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins.São Paulo:Editora Saraiva, 2007. p. 193.

importância que o contrato assumiu na era globalizada. Não se pode conceber atualmente o estudo da economia desassociada do direito, principalmente pela necessidade efetiva de aplicar os princípios contratuais da função social e boa-fé objetiva, diminuindo e evitando as lides provenientes destes complexos atos negociais recentes. A intenção contratual de circulação de riquezas é prioritariamente satisfazer as necessidades humanas e conferir qualidade de vida. Tal objetivo somente será alcançado em sua plenitude com a redução das desigualdades sociais. Talvez a solução esteja na aplicação de uma nova dogmática ao estudo do direito e da economia, para inclusão definitiva e concretizadora da solidariedade social em todos os setores da sociedade.

7. Conclusão

Restou demonstrado que direito e economia devem ser estudados e interpretados conjuntamente. A globalização afetou de forma direta a ambos e mudou o conceito restrito de mercado. Deve-se pensar doravante o mercado como um sistema e não como um mero local de troca de mercadoria, principalmente pela utilização contínua da *internet*.

Sendo a propriedade estática e o contrato dinâmico por excelência, este passou de coadjuvante a personagem principal da economia mundial, com inúmeros modelos e formas, introduzindo princípios que norteiam tanto o direito quanto a economia. Destes princípios, não restam dúvidas o reconhecimento pela doutrina de que a boa-fé objetiva e a função social do contrato tornaram-se ícones de inúmeras transformações sociais decorrente do novo olhar que deve ser lançado na interpretação das lides empresariais.

O *Project finance* é um ótimo exemplo de como as relações estão interligadas, exigindo um sentido de cooperação e solidariedade entre as partes contratantes e até entre terceiros, posto que, em épocas atuais, um mero contrato pode envolver inúmeros interesses sociais distintos.

O que se pode concluir e esperar é que seja utilizada uma nova dogmática jurídico-econômica baseada no princípio da solidariedade social, que assim como o princípio da função social do contrato, venha a respaldar o caminhar da nova era globalizada, definindo um mundo com menos desigualdades sociais e mais qualidade de vida a todos na sociedade contemporânea.

8. Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996 ou 2008.

AMARAL, Francisco. *O Direito Civil na Pós-modernidade*. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. *O Direito nas Sociedades*. GALVÃO, Maria Ermantina (trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BARRAL, Welber. *O comercio internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BARROSO, Lucas Abreu. *A Demonstração da Função Social da Propriedade como Pressuposto da Concessão de Tutela de*

Urgência em Ação Possessória. In HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (coord). *A outra face do poder judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigma*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.v.1.

_____. *Situação atual do artigo 4º da lei de Introdução ao Código Civil*. Revista Brasileira de Direito Constitucional, São Paulo, n 5, p. 236-242, jan./jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 8º ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2º ed. São Paulo : IBDC, 1999.

BUARQUE, Cristovam. *A Desordem do Progresso: o fim da era dos economistas e a construção do futuro*. Rio de Janeiro, Paz e terra, 1990.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Direito Econômico, Direitos Humanos e Segurança Coletiva*. Porto Alegre: Núria Fabris Editora, 2007.

CASTELLS, Manuel. *Fim do Milênio*. Tradução Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COSTA, Judith Martins. *Mercado e Solidariedade Social entre Cosmos e Táxis: A boa-fé nas relações de consumo*. In: *A Reconstrução do Direito Privado: Reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes Editora Ltda, 2001.

ENEI, José Virgílio Lopes. *Project Finance*. Financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, leveraged buy-outs e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, decisão, dominação*. 6º ed. São Paulo, Atlas, 2008.

FRANCO, Gustavo H. B.. *Celebrando a Convergência*. Disponível em : < <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/Prefacio%20livro%20direito%20e%20economia.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2008.

GALDINO, Flavio. *Teoria dos custos no direito: Direito não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

GRAYSON, D.; HODGES, A. *Compromisso Social e Gestão Empresarial*. São Paulo: PubliFolha, 2002.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e Contras da Globalização*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Direito da empresa no código civil de 2002: teoria do direito comercial de acordo com a Lei n. 10.406, de 10.1.2002*. 3ª ed. São Paulo: Editora Juarez de Olivera, 2005.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Tendências do Direito Civil no Século XXI*. In FIUZA, César; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire (coord.). *Direito Civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

IRTI, Natalino. *L'ordine giuridico Del mercato*. Laterza, 1998. p. 12. In: SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 40.

KAPAZ, Emerson. Instituto Ethos. *Entrevista à Revista Fae Business*. n. 9. Set. 2004. Disponível em: http://www.fae.edu/publicacoes/pdf/revista_fae_business/n9/01_rs.pdf>. Acesso em 19 de novembro de 2008.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Elaborado em 02.2002. Disponível em : < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 22 de novembro de 2008.

LORENZETTI, Ricardo. *Las nuevas fronteras de la responsabilidad civil: análisis económico – responsabilidad civil – protección de la parte débil* – Separata 26 trabalhos, 12/310.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios sociais dos contratos no CDC e no novo Código Civil*. Elaborado em 02.2002. Disponível em : < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em 19 de novembro de 2008.

MANKIW, N. Gregory. Introdução à economia. Princípios de Micro e Macroeconomia. Tradução por Maria José Cyhlar Monteiro, da 2º ed. Americana, 18º tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARTINS, Marta T. Motta Campos. Globalização dos mercados. Disponível em < <http://www.portal-rp.com.br/bibliotecavirtual/relacoespublicas/transmarketing/0002.htm>>. Acesso em 23 de novembro de 2008.

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito econômico. 3º ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p.19.

OLIVEIRA, Ivan Tiago Machado. A economia de mercado como

um *sistema de perfeita liberdade*: notas a partir do pensamento de Adam Smith. Disponível em <http://www.espacoacademico.com.br/088/88oliveira.htm>>. Acesso em 24 de novembro de 2008.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Catoni; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e Processo*. A contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

PALERMO, Carlos Eduardo de Castro. *A Função Social da Empresa e o Novo Código Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 7, n. 62, fev. 2003. Disponível em:< <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3763>>. Acesso em 24 de junho de 2008.

PESSOA, Maiana Alves. *A Função Social da Empresa como Princípio do Direito Civil Constitucional*. Disponível em <<http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/civil/funcao-social-empresa-maiana-alves.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2008.

PINHEIRO, Arnaldo Castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?* Disponível em < http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf> Acesso em 22 de novembro de 2008.

RODRIGUES, Frederico Viana. *Direito de Empresa no Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SAES, Thiago da Silva. *A atividade empresária e a adaptação às disposições do Código Civil de 2002*. Disponível em

:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8034>. Acesso em 22 de novembro de 2008.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*, 11º ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

SHIHATA, Ibrahim F. *Legal Framework for Development: The World Bank's Role in Legal and Judicial Reform*, in Rowat et al., 1995. in Pinheiro, Arnaldo castelar. *Direito e Economia num Mundo Globalizado: Cooperação ou Confronto?*. Disponível em: http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf> Acesso em 18 de novembro de 2008.

SILVA, Paulo Ferreira Dias. *Responsabilidade civil e administrativa na legislação do mercado de capitais*. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/ie_ufrj_cvm/Paulo_Ferreira_Dias_da_Silva.pdf> Acesso em 20 de novembro de 2008.

SOARES, Mário Lúcio Quintão e Barroso, Lucas Abreu. *A Dimensão Dialética do Novo Código Civil em uma Perspectiva Principiológica*. In; Lucas Abreu Barroso (org.). *Introdução crítica ao Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURELLI, Caroline de Camargo Silva. *O que é Nova Lex Mercatoria? Esclarecimentos Gerais*. Disponível em <http://aldeiajuridica.incubadora.fapesp.br/portal/direito-privado/direitocomerciointernacional/o-que-a-nova-lex-mercatoria-esclarecimentos-gerais/>Acesso em 18 de novembro de 2008.

.....

*A inconstitucionalidade da
intitulada assistência jurídica
voluntária: usurpação de
atribuição da Defensoria
Pública e invasão de
competência do Poder
Legislativo*

Caio Folly Cruz*

João Roberto de Toledo**

1. Introdução. 2. Constituição Federal – A missão institucional da Defensoria Pública. 3. A usurpação da competência legislativa concorrente prevista no art. 24, inciso XIII da CF/88. 4. CNJ, Órgão com destinação constitucional estabelecida no art. 103-B da CF/88. 5. O art. 10 da Resolução não afasta a sua inconstitucionalidade. 6 Dificuldades práticas na operacionalização da Resolução 62/2009-CNJ. 6.1 O problema em torno da responsabilidade das instituições de ensino pela adequação de espaços para prestação de AJV. 6.2 A ausência de sanções

* Estagiário de Direito da Defensoria Pública do Núcleo da Defensoria Pública da União em Juiz de Fora/MG

** Defensor Público da União no Núcleo da Defensoria Pública em Juiz de Fora/MG

pelo descumprimento dos deveres previstos na Resolução e a qualidade dos serviços prestados. 6.3 A falta de fiscalização da não propositura de ações na AJV. 7 Eventual oposição da Defensoria Pública à AJV poderia ser vista como corporativismo? 8. Conclusões. 9. Bibliografia.

1. Introdução

O CNJ aprovou, pela maioria de seus conselheiros, na sessão plenária do dia 10/02/09, a resolução nº. 62, originada de proposta do *Conselheiro Antônio Umberto de Souza Júnior*, a qual disciplina os procedimentos relativos ao cadastramento e à estruturação de serviços de assistência judiciária gratuita. O início da vigência da resolução ocorreu, nos termos de seu art. 20, na data de sua publicação, qual seja, 12/02/2009.

A rigor, a resolução em análise tem como principal objeto a prestação de assistência jurídica aos cidadãos necessitados, por advogados e estagiários voluntários, estes em conjunto com aqueles, sem a percepção de qualquer contraprestação pecuniária dos assistidos ou do Estado.

Diante disso, busca-se demonstrar, através do presente estudo, o caráter inconstitucional de que se reveste o mencionado ato normativo, na medida em que não apenas constitui usurpação às atribuições da Defensoria Pública, mas também configura invasão à competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre assistência jurídica e Defensoria pública.

Além disso, pretende-se evidenciar as diversas

dificuldades práticas na operacionalização da Resolução, as quais decorrem principalmente da inexistência de sanções pelo descumprimento dos deveres previstos na mesma e da ausência de mecanismos eficazes de fiscalização dos serviços prestados pelos advogados voluntários.

2. CF – A missão institucional da Defensoria Pública

Consoante estabelece o art. 134, caput, da CF/88, incumbe à Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV. Tal dispositivo, por seu turno, dispõe no sentido da obrigatoriedade da prestação, pelo Estado, de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Assim sendo, nítida é a intenção do constituinte originário de atribuir exclusivamente à Defensoria Pública a função de concretizar o direito fundamental esculpido no inciso LXXIV, do art. 5º, da Lei Maior, o que deve ser feito através da orientação jurídica e da defesa, em todos os graus, dos cidadãos necessitados.

Assim, impossível, até mesmo por meio de lei, quanto mais mediante simples resolução, instituir uma espécie alternativa de assistência jurídica integral e gratuita, transferindo à iniciativa privada um serviço público atribuído pela Carta Magna a uma instituição constitucionalmente delineada.

Cumpre memorarmos, ademais, que a Defensoria Pública tem o mesmo status constitucional que, por exemplo, o

Ministério Público, estando ambas as instituições, inclusive, previstas no mesmo capítulo do título IV da CF/88, qual seja, aquele que trata das funções essenciais à justiça. Da mesma forma, há de se ponderar, a Defensoria Pública não está em patamar inferior, pelo menos constitucionalmente falando, a outros órgãos como a Advocacia Pública, os componentes do grupo Segurança Pública, bem como ao próprio Poder Judiciário.

As aludidas instituições constitucionais também possuem insuficiência de quadros dentre outras deficiências organizacionais e operacionais, mas não se expediu nenhuma resolução que criasse a magistratura voluntária, a atividade ministerial voluntária, ou que retornasse à época em que existiam delegados de polícia ad hoc. Talvez porquanto, em se tratando de Defensoria Pública, a clientela é a mais carente e, via de regra, a menos instruída, aceitando pacificamente, por esta razão, o que lhe for oferecido pelo Poder Público, como se fosse um ato de gentileza e não uma obrigação imposta pela Constituição Federal.

Cabe observar, ainda, que a Resolução em testilha utiliza, aparentemente sem critério, ou talvez propositalmente, não se sabe, as expressões assistência jurídica (art. 1º e primeiro parágrafo dos *consideranda*) e assistência judiciária (último parágrafo dos *consideranda*), malgrado estas não configurem conceitos idênticos. Como se sabe, a assistência jurídica integral é bem mais ampla, compreendendo, além da assistência judiciária, que está relacionada à isenção das custas processuais e honorários de advogado, outras atividades, tais como a promoção extrajudicial da conciliação entre as partes em conflitos de interesses e a orientação jurídica em geral (art. 4º da LC 80/94).

O fato é que a utilização das expressões de forma

indiscriminada oferece margem a uma exegese no sentido de que a finalidade do ato normativo questionado, mascarada sob o pretexto de resolver o problema carcerário no país, é justamente transferir à iniciativa privada um serviço público destinado exclusivamente à Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, nos termos da Constituição.

Ademais, não se deve olvidar que a assistência jurídica integral e gratuita *de qualidade* para os que não dispõem de recursos financeiros suficientes, por ser um direito individual, não pode ser abolida nem mesmo por emenda constitucional (art. 60, §4º, da CF/88). Destarte, tendo em vista, sobretudo, a referência expressa do art. 134, caput, ao inciso LXXIV, do art. 5º, ambos da CF/88, *cláusula pétrea*, não é possível sequer ao poder constituinte reformador deliberar no sentido da supressão, alteração para pior, como no presente caso, através de simples transferência à iniciativa privada, da atribuição constitucional exclusiva da Defensoria Pública. Em outras palavras, só mediante a instauração de nova ordem constitucional é que se pode atribuir, seja a outro órgão público, seja à iniciativa privada, a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados.

3. A usurpação da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da CF

A CF/88, em seu art. 24, inciso XIII, enuncia caber à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre assistência jurídica e Defensoria Pública.

É de clareza solar, pois, a invasão à competência do Poder Legislativo para reger o assunto relativo à prestação de

assistência jurídica. Nesse sentido, data vênia, andou mal o Conselho, extrapolando os limites de sua competência, a qual, conforme será demonstrado a seguir, sequer abrange a atividade jurisdicional, restringindo-se às funções de controle administrativo e financeiro do Poder Judiciário, bem como de fiscalização do cumprimento dos deveres funcionais pelos magistrados.

Saliente-se, por oportuno, que a Resolução cuja constitucionalidade se discute não guarda qualquer relação com o já sedimentado sistema de controle recíproco entre os poderes (freios e contrapesos). Isso porque inexistente dispositivo constitucional indicando sequer a fiscalização, pelo Conselho Nacional de Justiça, dos Poderes Legislativo e Executivo, quanto mais autorizando que este Conselho exerça a normatização de matéria que, além de inserida na esfera de competências legislativas do primeiro poder mencionado, integra, em caráter exclusivo, a seara de atribuições de instituição vinculada, em princípio, ao segundo.

Como se evidenciará no item subsequente, tanto a competência fiscalizatória, quanto as demais competências atribuídas constitucionalmente ao CNJ, estão restritas ao Poder por ele integrado, qual seja, o Poder Judiciário.

4. CNJ, órgão com destinação constitucional estabelecida no art. 103-B-CF

Preliminarmente, há que se reiterar que a competência atribuída constitucionalmente ao CNJ não abarca a regulamentação

do exercício da advocacia, nem tampouco o funcionamento do serviço público de prestação de assistência jurídica aos necessitados, direcionado expressamente à Defensoria Pública.

Dessa forma, a edição da resolução 62/2009-CNJ representa flagrante violação ao princípio da harmonia e separação dos poderes, inserto no art. 2º da CF/88, visto que, como dito, um órgão de gestão e fiscalização administrativa e financeira do Poder Judiciário não pode normatizar atividade que é reservada pela Constituição Federal à instituição que está vinculada, pelo menos em princípio, ao Poder Executivo.

Ademais, a própria CF/88, ao delimitar o plexo de atribuições do CNJ no art. 103-B, §4º, alínea “i”, dispõe que tal órgão pode expedir atos regulamentares, *no âmbito de sua competência*, ou recomendar providências.

Certamente que as providências a serem recomendadas também devem estar compreendidas no âmbito da competência daquele conselho, sob pena de invalidade. Assim estabelece o aludido dispositivo constitucional, *verbis*:

art. 103-B (...)

§ 4º compete ao conselho o controle da atuação administrativa e financeira do poder judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo estatuto da magistratura:

(...)

i - zelar pela autonomia do poder judiciário e pelo cumprimento do estatuto da magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no

âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Não obstante essa expressa delimitação das competências do Conselho, o quarto parágrafo dos *consideranda* da resolução aduz no sentido da importância da ação conjunta de órgãos que compõem o que ali se designou “sistema de justiça”.

Neste particular, partindo da premissa de que o “sistema de justiça” é composto não somente pelo Judiciário, mas também pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pelas polícias civil e federal e pelas Advocacias pública e privada, forçoso reconhecer que o CNJ está, de certo modo, se auto-atribuindo a função de emitir regras sobre o funcionamento de cada uma destas instituições, ignorando a determinação constitucional de que tal regulamentação deve se limitar ao corpo de servidores do Poder Judiciário.

Sim porque, se entendermos que o “sistema de justiça” mencionado nos *consideranda* da resolução compreende todas estas instituições e seus serviços e que o CNJ pode regrá-los como fez com a assistência jurídica neste caso, então o Conselho realmente se transformou num órgão supra-constitucional que, sobrepujando o constituinte originário, vem disciplinar a seu bel prazer instituições de status constitucional, bem como se imiscuir no gerenciamento de suas atividades, que lhes foram acometidas pela Lei Maior.

A extrapolação de competências pelo CNJ é tão absurda que o art. 17 da Resolução 62/2009 chega a estabelecer que as disposições desta aplicam-se, no que couber, ao voluntariado nas áreas de assistência social, psicologia, medicina, contabilidade e pedagogia, o que torna clara a pretensão do

Conselho de regular não apenas a assistência jurídica, mas toda e qualquer atividade voluntária.

Ora, se o próprio STF não reconhece nem mesmo a possibilidade jurídica do CNJ intervir na função jurisdicional do Poder Judiciário, instituição à qual pertence e à qual tem a função de reger e fiscalizar administrativa e financeiramente, como se poderia admitir a intervenção na prestação de assistência jurídica gratuita que, frise-se, ainda outra vez, não é atribuição daquele poder, mas da Defensoria Pública? O trecho selecionado do julgado abaixo transcrito bem retrata a interpretação da excelsa corte sobre os limites de atuação do CNJ:

CNJ - Natureza Jurídica - Controle da Função Jurisdicional – Inadmissibilidade (Transcrições) MS 27148 MC/DF RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO*

*(...) Não se desconhece que o Conselho Nacional de Justiça – embora incluído na estrutura constitucional do Poder Judiciário – qualifica-se como órgão de caráter administrativo, não dispondo de atribuições institucionais que lhe permitam exercer fiscalização da atividade jurisdicional dos magistrados e Tribunais. ** Esse entendimento – que põe em destaque o perfil estritamente administrativo do Conselho Nacional de Justiça e que não lhe reconhece competência constitucional para intervir, legitimamente, em matéria de índole jurisdicional (SERGIO BERMUDEZ, “A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional nº 45”, p. 19/20, item n. 2, 2005, Forense) – foi bem sintetizado na lição de NELSON NERY JUNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY (“Constituição*

Federal Comentada e Legislação Constitucional”, p. 302, item n. 2, 2006, RT): “Conselho Nacional de Justiça. Natureza jurídica. O CNJ é órgão do Poder Judiciário (...), mas ‘sem jurisdição’, vale dizer, é órgão judicial mas não jurisdicional. Órgão administrativo de controle externo do Poder Judiciário e da atividade da Magistratura (...), o CNJ não tem função jurisdicional, cabendo-lhe fiscalizar a gestão financeira e administrativa do Poder Judiciário e o cumprimento do dever funcional dos juízes (...). *Ao CNJ não cabe controlar a ‘função jurisdicional’ do Poder Judiciário e de seus membros, razão por que não pode rever nem modificar decisão judicial, isto é, não tem competência recursal (...).*”**

Essa orientação doutrinária, por sua vez, fundada no magistério de autores eminentes (UADI LAMMÊGO BULOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 1.089/1.094, item n. 6.8.1, 2007, Saraiva; NAGIB SLAIBI FILHO, “Reforma da Justiça”, p. 283/284, item n. 3, 2005, Impetus; ERIK FREDERICO GRAMSTRUP, “Conselho Nacional de Justiça e Controle Externo”, “in” “Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004”, coordenação de TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER, LUIZ RODRIGUES WAMBIER, LUIZ MANOEL GOMES JR., OCTAVIO CAMPOS FISCHER e WILLIAM SANTOS FERREIRA, p. 193/194, item n. 4, 2005, RT; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, “Curso de Direito Constitucional”, p. 733, item n. 6.2,

2007, Elsevier; WALBER DE MOURA AGRA, “Curso de Direito Constitucional”, p. 471/474, item n. 26.18, 2007, Forense), tem o beneplácito da jurisprudência que o Supremo Tribunal Federal firmou a propósito da matéria ora em exame (...) *Ministro CELSO DE MELLO Relator*

**decisão publicada no DJE de 26.5.2008*

***grifou-se*

5. O art. 10 da Resolução não afasta a sua inconstitucionalidade

O art. 10 da Resolução em análise aduz literalmente: “O exercício da advocacia voluntária, nos termos desta resolução, dar-se-á na ausência de atuação de órgão da defensoria pública”.

Sugere a norma que a AJV somente ocuparia espaços onde a Defensoria Pública não estivesse presente, ou nas localidades em que não tivesse estrutura para absorver a demanda por assistência jurídica, de forma que, dentro desta visada, não existiria usurpação das atribuições da Defensoria Pública por pessoas estranhas aos seus quadros.

Ocorre que criar esse mecanismo de suprimento da ausência de Defensores Públicos não implicará, necessariamente, como demonstrado acima, no atendimento *de boa qualidade* das necessidades da população mais carente, seja por falta da devida capacitação dos profissionais e estudantes que prestarão a AJV, seja pela ausência de mecanismos de controle e fiscalização eficientes dos atendimentos iniciais realizados, quando o advogado

entender não ser o caso de ingressar com ação judicial, ou de recorrer em favor do assistido.

Nem se argumente que a OAB exercerá a contento o papel de órgão fiscalizador da AJV, visto que não tem esta importante instituição de índole constitucional cuidado sequer de fiscalizar a qualidade dos cursos jurídicos, que proliferam de forma descontrolada por todo o território nacional, formando diuturna e precariamente novos bacharéis, que não logram sequer aprovação nos exames para adquirir o *status* de advogado.

De mais a mais, permanece a inconstitucionalidade da norma editada por falta de competência do CNJ para disciplinar a matéria, bem como em razão de usurpar competência legislativa da União, dos Estados e do Distrito Federal, assim como já se demonstrou.

6. As dificuldades práticas na operacionalização da Resolução 62/2009-CNJ

Além do ato normativo em discussão, como já se evidenciou, revestir-se de caráter flagrantemente inconstitucional, são inúmeras as dificuldades práticas na operacionalização do mesmo, entre as quais se destaca a incerteza acerca de quem atribuir a responsabilidade pela reparação de eventuais danos sofridos pelos assistidos em decorrência de assistências prestadas de forma insatisfatória.

No afã de se eximir de tal responsabilidade e, até mesmo por comodidade, as instituições de ensino provavelmente

não contratarão advogados, cuja capacitação desconhecem, para a prestação da assistência jurídica voluntária, assim como sugere o art. 6º, §1º da Resolução 62/2009-CNJ. Pelo contrário, lançaram mãos dos professores que já ministram as aulas de prática forense em seus quadros.

A instituição de ensino, certamente, não correria o risco de admitir que advogado estranho aos seus quadros de pessoal prestasse serviços nas dependências de seus estabelecimentos, podendo atrair para si responsabilidade civil por ato danoso causado aos assistidos.

Oportuno indagar: será que tal postura tem o condão de afastar das instituições de ensino a responsabilidade pela reparação das lesões sofridas pelos assistidos? Nesse caso, a quem então deveria ser atribuída a responsabilidade?

É certo que a malsinada resolução não possui qualquer disposição nesse sentido, nem tampouco, consoante se demonstrará, estabelece sanções pelo descumprimento dos deveres nela contidos. O Código Civil de 2002, por sua vez, dispõe, em seu art. 932, inciso III, que o empregador ou comitente é responsável pela reparação dos danos causados por seus empregados ou prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele. Por outro lado, não se pode esquecer que a instituição de ensino atua por delegação constitucional, uma vez que o ensino superior constitui típico serviço público. Do mesmo modo, a assistência jurídica gratuita aos necessitados, enquanto dever do Estado (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88), ensejaria a responsabilização objetiva do Poder Público pelas lesões eventualmente causadas aos assistidos.

O fato é que, no caso das Defensorias, havendo dano ao assistido em decorrência de ação/omissão do defensor, não há

dúvidas de que a responsabilidade pela reparação do mesmo recai sobre o Estado/União (art. 37, parágrafo 6º, da CF/88).

6.1. O problema em torno da responsabilidade das instituições de ensino pela adequação de espaços para prestação de AJV

Outro empecilho na implementação das disposições do ato normativo em questão está relacionado à necessidade de disponibilização de espaços, pelas instituições de ensino, para a prestação de AJV.

Convém lembrar que a União e os Estados mal cuidam de organizar como deveriam os espaços para funcionamento das unidades judiciárias (os juizados especiais são exemplo disso e mesmo as varas comuns dos fóruns estaduais e federais), pelo que se supõe que as instituições de ensino não terão qualquer auxílio do Poder Judiciário na estruturação dos espaços para a prestação de AJV e que, por conseguinte, não conseguirão cumprir a contento as determinações feitas nesse sentido pela Resolução 62/2009 – CNJ.

6.2. A ausência de sanções pelo descumprimento dos deveres previstos na resolução e a qualidade dos serviços prestados

Nos exatos termos do art. 12 da resolução sob análise, “O descumprimento das condições estabelecidas nesta resolução, pelo advogado ou estagiário voluntário, no patrocínio dos interesses do assistido, ensejará a exclusão do cadastro, sem

prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

O transcrito dispositivo, forçoso admitir, é claro quanto a sanção a que se submetem os advogados e estagiários voluntários quando do descumprimento das condições impostas pela resolução, qual seja, a simples exclusão do cadastro. Isso sem mencionar o fato de que nenhum órgão é designado para exercer a fiscalização da atuação dos advogados e estagiários enquanto prestadores da AJV, o que torna a mencionada sanção, além de pouco rigorosa, totalmente inócua.

Diante de tais circunstâncias, mister ressaltar que o constituinte originário, ao reservar para o Estado, por intermédio da Defensoria Pública, a tarefa de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, foi motivado não apenas pelo fato de que uma atividade sem fins lucrativos não fomenta a atuação da iniciativa privada, mas também pela razão de que pessoas carentes geralmente são menos instruídas, tendo menos condições de constatar eventuais lesões a seus direitos, o que impõe um sistema de fiscalização mais incisivo e melhor estruturado através do Poder Público.

Outra questão que não merece ser aviltada concerne à qualidade dos serviços a serem prestados na AJV. Neste passo, é sabido que durante anos o serviço público de assistência jurídica aos necessitados fora abandonado exclusivamente aos cuidados de advogados dativos que nem sempre se mostraram devidamente qualificados para tal mister.

Ao contrário, os Defensores Públicos são submetidos a rigoroso concurso público de provas e títulos, sendo certo que apenas os melhores candidatos ingressam nos quadros da Defensoria Pública, o que garante aos assistidos a qualidade dos serviços prestados.

Por outro lado, é imperioso reconhecer que os advogados que se predisporão a prestar a chamada AJV certamente não serão aqueles que se encontram estabelecidos no mercado com escritório próprio ou como advogado empregado. Ou seja, inevitavelmente, a AJV será, via de regra, prestada por profissionais que se encontram à margem do mercado de trabalho, porque não encontraram colocação no mesmo e que têm como desiderato o recebimento de honorários sucumbenciais, cuja percepção não é vedada pela resolução.

Isto não torna certo que a qualidade dos serviços prestados na AJV serão de menor qualidade sempre, mas é um indicativo de que, na maioria das vezes, os melhores profissionais da área jurídica não estarão à frente das causas de interesse das pessoas necessitadas.

Obviamente que se poderá argumentar no sentido de que é melhor ter algum advogado, independentemente de sua qualificação, do que não ter advogado nenhum. Ocorre que tal raciocínio é perigoso. Quem milita no foro sabe que a perda de um prazo, ou a condução equivocada do processo, por exemplo, pode, na prática, retirar o direito de quem em tese o tem.

A parte que tem ao seu lado um profissional devidamente selecionado e capacitado tem maiores chances de obter um resultado mais proveitoso, ainda mais se considerarmos o quão intrincado e amplo é nosso ordenamento jurídico.

Apenas para se ter idéia, no último concurso para preencher 61 vagas de Defensor Público da União, apresentaram-se 13.193 candidatos, resultando numa concorrência de 216,28 candidatos por vaga, conforme dados constantes do *site* da

Defensoria Pública da União na internet.

Nessa perspectiva, não há dúvidas de que o processo seletivo é rigoroso e que o candidato ao final aprovado dispõe de qualidade profissional devidamente aferida, estando, portanto, apto a representar judicial e extrajudicialmente os interesses dos assistidos.

Igualmente, os estagiários que laboram nos quadros da Defensoria Pública da União são selecionados mediante processo seletivo de caráter público, o que garante a qualidade do trabalho desenvolvido sempre sob a supervisão do Defensor Público.

Sem querer desmerecer os advogados e estagiários que se habilitarem à prestação da AJV, é forçoso concluir que tal fórmula de prestação de assistência jurídica aos necessitados nem de perto se compara, em termos de garantia de qualidade, ao sistema de “staff” adotado pelo constituinte de 1988, com a instituição da Defensoria Pública como órgão responsável pela assistência jurídica integral aos necessitados.

6.3. Falta de fiscalização da não propositura de ações na AJV

Consoante estabelece o art. 11 da Resolução 62/2009-CNJ, o advogado voluntário, quando entender que não cabe a propositura de determinada ação, tem o dever de apresentar ao assistido justificção própria, por escrito.

Ora, a supracitada norma só faz reforçar o argumento de que não há qualquer mecanismo efetivo de fiscalização das atividades a serem desenvolvidas pelos advogados voluntários, seja porque nenhuma instituição ou órgão é designado para realizar

a análise da aludida justificação, seja porque o assistido, em função de sua pouca instrução, muitas vezes nem mesmo será capaz de identificar lesões aos seus direitos.

Na Defensoria Pública da União, por exemplo, existe um rigoroso controle de arquivamentos em que o Defensor Público, ao indeferir o pedido de assistência jurídica que lhe fora apresentado pelo cidadão e arquivá-lo, deve levar o respectivo ato ao conhecimento do Defensor Público Geral da União – DPGU - para que este possa analisá-lo.

Caso o ato de indeferimento não seja referendado, o DPGU devolve o caso aos cuidados da unidade da Defensoria de origem para prestar a assistência jurídica nos termos que forem estabelecidos, respeitada a independência funcional do Defensor que indeferiu a assistência originalmente.

No caso da AJV, tendo em vista os termos em que a resolução se encontra redigida, parece mesmo que o assistido ficará sem propor a ação pretendida, muitas vezes possível e viável do ponto de vista jurídico, porquanto não há qualquer ato de revisão do atendimento inicial realizado por advogados e estagiários voluntários.

7. Eventual oposição da Defensoria Pública à AJV poderia ser vista como corporativismo?

Alguns podem entender que eventual posicionamento contrário dos Defensores Públicos à Resolução 62/2009-CNJ constituiria simples corporativismo por parte dos mesmos,

argumento que, consoante se demonstrou, não prospera, posto que tal ato normativo não usurpa apenas as funções da Defensoria Pública, mas do próprio Poder Legislativo.

O que não se pode aceitar é que a culpa pela situação calamitosa da assistência jurídica no país, bem como pelo caótico sistema carcerário brasileiro, que é apresentado como justificativa para a edição da malsinada resolução, seja atribuída, ainda que à sorrelfa, exclusivamente à Defensoria Pública, a qual possui um orçamento anão se comparado ao do Poder Judiciário ou ao do Ministério Público.

Notório que esta conjuntura se deve muito mais ao número insuficiente de juízes, o que torna o processo penal quase interminável, levando muitas vezes presos provisórios a praticamente cumprirem toda a pena a que seriam condenados, ou boa parte da mesma, antes mesmo de qualquer condenação em definitivo.

Além disso, a própria legislação processual penal brasileira colabora para que um elevado número de presos provisórios se amontoe nas cadeias e penitenciários do país, visto não estabelecer tempo máximo para cumprimento da prisão preventiva, por exemplo, de modo que a segregação do acusado, que deveria ter natureza cautelar e efêmera, somente para instrumentalizar a persecução criminal, acaba se tornando definitiva, enquanto o processo se estende por longos anos sem solução definitiva, contrariando o direito do acusado de ser julgado num tempo razoável, previsto no art. 5º, inciso LXXVIII da Constituição.

O pior é que o ônus pela demora do processo, de responsabilidade do Estado, é carreado ao próprio acusado, que permanece preso provisoriamente, sem prazo para ser libertado e

sem saber quando seu processo chegará ao final.

Ainda, e neste ponto o CNJ não tocou ao editar a resolução apreciada, não se pode olvidar da existência dos “juízes ativistas”. São aqueles que, frustrados pela ineficácia do sistema penal como um todo, assolados pela sensação de impunidade, assumem para si a tarefa de afastar do meio social, a qualquer custo, ainda que sem fundamentos concretos nos autos, os acusados que, ao seu exclusivo alvedrio, e antes de condenação definitiva, não podem permanecer livres.

Prisões cautelares desnecessárias, que somente são desfeitas pelas cortes superiores, após anos de tramitação de recursos e *habeas corpus* por todas as instâncias judiciais - pelo menos para os cidadãos que não são banqueiros.

Disso o CNJ não tratou. Significaria interferir na atividade jurisdicional dos magistrados, que têm independência funcional garantida pela Constituição.

8. Conclusões

Do que acima se expôs, algumas conclusões devem ser realçadas:

1. O CNJ, importante órgão de fiscalização, controle administrativo e funcional dos juízes, transbordou dos limites constitucionalmente impostos à sua atuação, vulnerando o princípio da harmonia e separação dos poderes (art. 2º da CF/88), assim

como o disposto nos artigos 5º, LXXIV e 134 da CF/88, no que se refere à atribuição constitucional à Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral aos necessitados;

2. Não fosse a inconstitucionalidade da resolução acima demonstrada, a operacionalização da AJV se mostra de duvidosa qualidade e apresenta problemas no que pertine à efetiva fiscalização da atividade dos profissionais e estudantes que efetivamente a prestarão à população carente e à preservação dos direitos dos assistidos;
3. É lamentável que a Defensoria Pública, seja por seus órgãos de cúpula, ou pelas associações de âmbito nacional que representam os defensores públicos, em todos os níveis, estadual/distrital e federal, não tenha se oposto formalmente, *até o momento*, à maneira como fora instituída a AJV, perdendo mais uma vez a chance de exigir do Estado, ainda que jurisdicionalmente (art. 103, inciso IX da CF) - não de suplicar - o reconhecimento de suas prerrogativas constitucionais e de honrar o papel que a Constituição lhe reservou com exclusividade, qual seja, curar pela observância dos direitos dos cidadãos necessitados, os maiores prejudicados pela implantação de um modelo híbrido e, portanto, inconstitucional de prestação de assistência judiciária gratuita, visto que o modelo engendrado pelo Constituinte Originário fora o de *staff*, a ser operacionalizado exclusivamente por defensores públicos concursados;

4. Resta saber se o Ministério Público, responsável pela defesa da ordem jurídica e que tem como uma de suas funções institucionais promover a ação de inconstitucionalidade, nos termos da Constituição (arts. 127 *caput* e 129, inciso IV), manterá a tradição que vem sendo observada no cenário jurídico nacional, de ser independente e firme no cumprimento de sua missão institucional, propondo a medida judicial necessária, junto ao STF para expurgar do ordenamento jurídico a inconstitucional Resolução 62/2009 do CNJ.

9. Bibliografia

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça, Resolução nº. 62/2009. Disponível em: http://www.cnj.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=6577:resolucao-no-62-de-10-de-fevereiro-de-2009&catid=57:resolucoes&Itemid=512>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Defensoria Pública da União, 3º Concurso Público para Defensor Público da União – 2007. Disponível em: http://www.dpu.gov.br/concursos/2007/DPU_07_DEMANDA_2.pdf>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Presidência da República, Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2009.

BRASIL. Presidência da República, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2009.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, MS 27148 MC/DF.* Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=CNJ%20Natureza%20Juridica%20Controle%20Função%20Jurisdicional%20\(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.\)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=CNJ%20Natureza%20Juridica%20Controle%20Função%20Jurisdicional%20(CELSO%20DE%20MELLO.NORL.)%20NAO%20S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

Defensoria Pública-Geral da União

Resenha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

#5

- 1. Interrogatório e necessidade da presença de defensor,
por **Gabriel Habib** (RE 459.518)*
- 2. A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos
direitos sociais e individuais indisponíveis, por **Felipe
Caldas Menezes** (RE 554.088)*
- 3. A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei
8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador
do contrato de locação, por
Alessandra Fonseca de Carvalho (RE 407.688)*
- 4. A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo
Tribunal, por **Antonio de Maia e Pádua** (HC 94.701)*

Brasília, 20.11.2008

Apresentação

Neste quinto volume da Resenha contamos com a colaboração de três colegas que, gentilmente, dedicaram parte de seu tempo à elaboração de artigos e comentários sobre algumas importantes decisões do Supremo Tribunal.

Logo de início está o artigo do professor Gabriel Habib, do Rio de Janeiro, que trata com impressionante acuidade da participação do defensor no interrogatório do réu processado criminalmente.

Em seguida, o diretor de nossa Escola Superior, Felipe Calda Menezes, comenta decisão em que o tribunal afirmou a legitimidade do Ministério Público para a defesa dos direitos sociais individuais.

A colega da categoria especial Alessandra Fonseca, por sua vez, aborda a penhorabilidade do bem de família do fiador e, encerrando o caderno, fiz algumas considerações sobre decisão que, apesar da súmula vinculante 9, reconheceu o direito aos dias remidos pelo trabalho.

Esperamos que, ao estimular o debate sobre decisões de relevo do Supremo Tribunal, tenhamos servido de alguma forma ao aprimoramento do serviço público levado à efeito pela Defensoria Pública, contribuindo para o desenvolvimento do espírito crítico que deve pautar o trabalho de seus integrantes.

Por fim, reafirmamos o convite a todos os interessados em contribuir para a realização do próximo número da Resenha com o encaminhamento de comentários, notas, observações ou artigos sobre decisões do Supremo Tribunal para o correio eletrônico antonio.padua@mj.gov.br.

*Antonio de Maia e Pádua,
Defensor Público Organizador da Resenha*

Referência: recurso extraordinário 459.518

Interrogatório e necessidade da presença de defensor

Gabriel Habib

Defensor Público da União

Pós-graduado em Direito Penal Econômico Internacional pelo Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu (IDPEE) da Universidade de Coimbra, Portugal. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ.

Sumário: 1. Delimitação do tema; 2. Processo penal democrático; 3. Natureza jurídica do interrogatório; 4. A tríplice função do defensor na audiência de interrogatório; 5. Interrogatório como ato personalíssimo do juiz e o princípio do contraditório; 6. Ausência de defensor no interrogatório e nulidade absoluta; 7. Interrogatório e aplicação da pena; 8. Interrogatório antes e depois da lei 10.792/2003. 9. Conclusão.

1. Delimitação do tema

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal julgou o Recurso Extraordinário nº 459.518-4/RS, interposto pela Defensoria Pública da União, que teve como relator o

Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, no qual se discutiu a imprescindibilidade da presença do defensor na audiência de interrogatório.

Tratava-se, no caso concreto, de recurso extraordinário interposto contra decisão proferida pela Câmara Especial Criminal do Tribunal de Justiça gaúcho, que, por sua vez, afastara a preliminar de nulidade argüida ao fundamento segundo o qual o interrogatório não está sujeito ao princípio do contraditório, uma vez que é ato privativo do magistrado, sendo, portanto, absolutamente dispensável a presença do defensor.

Nas razões do recurso extraordinário, a Defensoria Pública da União apontou a violação do princípio do contraditório positivados no art. 5º, LV, da Constituição da República, requerendo, por fim, o provimento do recurso, com a conseqüente reforma do acórdão recorrido para anular o processo em razão da ausência do defensor na audiência de interrogatório.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal, por meio da sua Procuradoria-Geral, opinou pelo desprovimento do recurso extraordinário, ao argumento de que o interrogatório realizado antes do advento da lei 10.792/2003 não exigia a presença de defensor, na forma do art. 187 do Código de Processo Penal, por se tratar de ato personalíssimo do magistrado.

Ao final, o Excelso Pretório conheceu do recurso interposto, dando-lhe provimento para declarar a nulidade do processo, acatando a tese da Defensoria Pública da União, ficando assim, a decisão ementada:

“PROCESSO PENAL - INTERROGATÓRIO - ASSISTÊNCIA TÉCNICA. A exigência de defesa técnica para observância do devido processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado. Não bastasse o disposto no art. 261 do Código de Processo Penal, a lei nº 10:792/2003 apenas explicitou a formalidade de cunho nitidamente constitucional - artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal.”
Recurso Extraordinário nº 459.518/RS
Primeira Turma. Relator Min. Marco Aurélio.

Julgamento: 23/10/2007.

Publicação: 01/02/2008.

Ressalte-se, desde já, o acerto da decisão, que será melhor tratado à luz de alguns temas relevantes acerca do interrogatório.

2. Processo penal democrático

O princípio do devido processo legal, positivado no art. 5º, LVI, da Constituição da República de 1988, exige do processo penal brasileiro a característica de verdadeiro instrumento de democracia.

Conforme sustenta Bobbio¹,

“Direitos do homem, a democracia e a paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos o homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”

¹ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 1992.

Reconhece-se, há algum tempo, a instrumentalidade do processo penal, como meio de tornar efetivo o direito material, possibilitando às partes os meios pelos quais o juiz formará a sua convicção acerca da imputação deduzida pelo órgão acusador.

Não se vê o processo como um fim em si mesmo, e sim como uma técnica desenvolvida para a tutela do direito material. Essa visão instrumentalista do processo estabelece uma ponte entre o direito processual e o direito material².

Com a consciência de que o processo penal constitui verdadeiro instrumento garantidor da democracia processual, o operador do Direito precisa enxergá-lo como instrumento a serviço da ordem constitucional, refletindo as bases do regime democrático, que encontra respaldo no sistema acusatório, onde estão bem definidas e separadas as funções de acusar, defender e julgar, dividindo-as em três pessoas distintas.

² DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 2007.

Conforme salienta Fauzi Hassan Choukr³,

“Desta maneira, é lícito concluir que o processo penal não se conforma com a mera existência formal do equilíbrio das partes ou, mais exatamente, com a simples presença simbólica da defesa e do defensor técnico, como é próprio do modelo inquisitivo de relação processual, mas clama pela efetivação do contraditório por meio de defesa técnica (ao lado da auto-defesa) de modo a vivificar a denominada acusatoriedade, com a separação nítida de papéis entre acusador, julgador e defensor, além de conferir ao acusado um status diferenciado, como titular de direito a não como objeto da persecução.”

Entretanto, deve-se ter em mente que o processo penal não é um instrumento colocado somente a serviço da única finalidade de satisfação da pretensão punitiva estatal⁴.

O processo penal moderno não pode mais ser encarado como mero instrumento para a aplicação do direito penal, e sim como verdadeiro meio de garantia e de efetivação dos direitos humanos fundamentais do acusado,

³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Temas de Direito e Processo Penal*. 2004.

⁴ LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal (Fundamentos da instrumentalidade Garantista)*. 3ª ed. 2005.

que funcionam como escudos que o protegem contra o arbítrio estatal.

Por outro lado, quer nos parecer que, na realidade, o processo não deve visar somente a satisfação da pretensão punitiva, e sim ser um instrumento de exercício de jurisdição, que tem a característica da substitutividade, pela qual o Estado, ao apreciar a *res in judicium deducta*, substitui a vontade das partes, aplicando a norma jurídica ao caso concreto.

Dessa forma, por meio do processo, o Estado não tem por finalidade, principal, acessória ou sucessiva, exercer o *jus puniendi*, aplicando uma sanção penal ao acusado, e sim, exercer a jurisdição, para condenar ou absolver o acusado, após analisar as provas constantes dos autos e ouvir as alegações da acusação e defesa, tudo em homenagem aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, o que só é possível em um processo penal democrático.

3. Natureza jurídica do interrogatório

Em primeiro lugar, deve-se perquirir qual é a natureza jurídica do interrogatório. Embora a questão esteja quase pacificada em doutrina e jurisprudência, discute-se, ainda hoje, qual a sua natureza jurídica.

Três correntes em doutrina disputam esse tema. Para uma primeira corrente doutrinária, trata-se de *meio de prova*, ao argumento de que o interrogatório está topograficamente localizado no capítulo das provas do CPP. Para uma segunda corrente doutrinária, o interrogatório constitui verdadeiro *meio de defesa*⁵, uma vez que é por meio do interrogatório que o juiz formará a sua convicção fazendo perguntas ao acusado para buscar a verdade real dos fatos. Já uma terceira posição da doutrina, vê no interrogatório dupla natureza jurídica, sustentando que se trata primordialmente de *meio de defesa*, sendo em segundo plano *meio de prova*.⁶

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 2001.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 6ª. Ed. 2007.

De acordo com o atual estágio do processo penal brasileiro parece mais razoável e compatível com a dogmática processual conferir ao interrogatório a natureza jurídica de *meio de defesa*.

Com efeito, o interrogatório constitui na oportunidade que o acusado tem de apresentar sua versão dos fatos ocorridos ao julgador. Trata-se da primeira e única oportunidade em que o juiz terá contato direto com o réu, na qual poderá formular perguntas ao acusado, formando a sua convicção para se chegar o mais perto possível, com base nas palavras do réu, da verdade real dos fatos.

Como afirma o Mestre Tourinho Filho⁷,

“É pelo interrogatório que o Juiz mantém contato com a pessoa contra a quem se pede a aplicação da norma sancionadora. E tal contato é necessário porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena.”

⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 2001.

Ademais, no processo penal a tese defensiva a ser deduzida em alegações finais começa a ser formada no interrogatório, o que justifica a obrigatoriedade da presença do defensor na audiência para a sua realização. Não é outra a razão da redação do art. 185, §2º, do CPP, que dispõe a obrigatoriedade dirigida ao juiz de permitir que o réu se entreviste com o seu defensor antes da audiência⁸. Note-se que a lei utilizou a expressão “assegurar^á”, denotando obrigatoriedade.

Dessa forma, fica nítida, de forma clara a todas as luzes, a natureza de *meio de defesa* do interrogatório.

4. A tríplice função do defensor na audiência de interrogatório

No processo penal brasileiro, o defensor posiciona-se como representante do imputado, assistindo-o tecnicamente. Estamos com José Frederico Marques, para quem a função

⁸ “Art. 185 (...) § 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.”

do defensor é uma função *sui generis*, uma vez que vela pelos interesses do representado, mesmo contra a vontade desse⁹.

Na audiência de interrogatório, vislumbramos uma **tríplice função do defensor**, quais sejam: 1) *garantir o respeito dos direitos constitucionalmente assegurados ao acusado no processo penal democrático brasileiro*; 2) *evitar os abusos que podem eventualmente ser cometidos pelo órgão acusador e pelo órgão julgador*; 3) *orientar o acusado antes do interrogatório para que seja traçada uma linha de defesa a ser seguida em seu depoimento*.

No que tange à primeira função, no sentido de *garantir o respeito dos direitos constitucionalmente assegurados ao acusado no processo penal democrático brasileiro*, a presença do defensor é de extrema importância, na medida em que visa a evitar a prática de atos incompatíveis com os princípios constitucionais, dentre outros o *nemo tenetur se detegere* (*princípio da não auto-incriminação*) e o princípio do

⁹MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal. 1960.

direito ao silêncio, não podendo jamais ser interpretado em prejuízo do acusado. Cite-se, ainda, o respeito ao princípio da isonomia, que garante a igualdade entre a acusação e defesa. No processo penal brasileiro, deve-se buscar sempre a igualdade de armas.

Entretanto, tal afirmação não exclui a possibilidade de, em determinadas situações, conferir a uma das partes tratamento especial para de alguma forma compensar eventuais desigualdades, suprindo-se o desnível da parte processualmente inferiorizada, a fim de se buscar tal paridade de armas¹⁰. Notadamente, essa parte processualmente mais fragilizada é o acusado, que se vê diante de um Estado acusador fortemente armado com material humano, tecnológico e administrativo para a realização das investigações e para a dedução da acusação em juízo.

É por essa razão que preferimos trabalhar com o princípio da isonomia não somente com a idéia de *garantidor* da paridade de armas entre o acusado e Estado, mas sim

¹⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 3ª. Ed. 2002.

como princípio *reestabelecedor* da igualdade de tratamento a paridade de armas.

Em relação à segunda função exercida pelo defensor na audiência de interrogatório, que consiste em evitar *os abusos que podem eventualmente ser cometidos pelo órgão acusador e pelo órgão julgador, torna-se necessária e obrigatória a presença do defensor*, por diversos motivos. Dentre outros, estão, lamentavelmente, as hipóteses infelizes, que, diga-se, não são raras, em que o órgão acusador tenta inserir subliminarmente alguma informação que seja interessante à acusação na mente do acusado, fazendo com que o mesmo, que já se encontra emocionalmente fragilizado naquele ato, a fale com suas próprias palavras, o que se chama na prática de *“fazer o réu falar o que a acusação quer ouvir”*. Lamentavelmente, tal prática também é exercida por juízes, que, algumas vezes, insistem na tentativa de buscar informações para incrementar (ou até encontrar) fundamentos para um decreto condenatório.

Nessas hipóteses que, repita-se não são raras na prática forense, deve o defensor intervir de imediato para determinar ao acusado que faça uso do seu direito ao silêncio, advertindo o órgão acusador ou julgador acerca dessa prática ilegítima, ilegal e, sobretudo, imoral.

Por fim, há a terceira função exercida pelo defensor na audiência de interrogatório, no sentido de *orientar o acusado antes do interrogatório para que seja traçada uma linha de defesa a ser seguida em seu depoimento*. Como dito anteriormente, é no ato de interrogatório que a tese defensiva começa a ser construída, devendo o defensor orientar o réu a fazer afirmações relevantes que denotem a verdade real dos fatos. Em caso de confissão da prática do injusto penal, deve-se orientar o acusado no sentido de dizer ao julgador os motivos que o levaram a prática da conduta.

Basta pensar no furto famélico, em que o réu dirá ao juiz que furtou o alimento por ser o único e último meio que encontrou naquele momento de satisfazer a sua necessidade vital de alimentação, demonstrando verdadeiro estado de necessidade, causa que exclui a ilicitude da conduta do

acusado, resultando na sua absolvição, com base no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Outro exemplo, que ganha relevo é o corriqueiro delito de apropriação indébita previdenciária, tipificado no art. 168-A, do Código Penal, em que o agente deixa de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. É muito comum a prática de tal conduta em razão das dificuldades financeiras pelas quais o agente passava no momento da conduta, gerando a absolvição do acusado pela tese de inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, hoje aceita pela jurisprudência brasileira¹¹. Nesse caso, é de extrema

¹¹ PENAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADAS. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

I – O apelado foi denunciado por ter deixado de recolher aos cofres do INSS os valores referentes à contribuição social descontada dos salários de seus empregados, no período de janeiro de 1995 a novembro de 1998. Materialidade e autoria comprovadas.

II – O tipo em questão é omissivo puro, de modo que a prática da conduta verificasse com a simples omissão, com o deixar de fazer o que está determinado na norma penal. Outrossim, o dolo exigido é o genérico, consistindo na intenção voluntária e consciente de deixar de repassar ao INSS os valores descontados

relevância que o acusado forneça ao juízo detalhes importantes das dificuldades financeiras pelas quais a sociedade empresária passava, para que a referida tese seja construída já no interrogatório.

Note-se, ainda, que no direito penal brasileiro, a culpabilidade do agente é o fundamento da pena. Em caso de condenação, o julgador considerará o grau de reprovabilidade da conduta do agente para a fixação da pena, o que pode ser aferido também, e desde logo, no momento do interrogatório.

Outra hipótese em que é importante a presença do defensor na audiência de interrogatório para orientar o réu, reside nas circunstâncias atenuantes da pena, positivadas

dos salários dos empregados a título de contribuição previdenciária, não sendo necessário o animus rem sibi habendi.

III – As dificuldades financeiras ficaram comprovadas para que se reconheça que não era exigível do apelado um atuar conforme o Direito. Neste caso, configura-se a inexigibilidade de conduta diversa como causa de exclusão da culpabilidade, eis que não se poderia determinar que o agente atuasse de outra maneira que não infringindo a norma penal.

IV – Absolvição mantida. (grifamos).

TRF, 2ª. Região. Apelação Criminal nº 4095. Rel. Des. Federal Abel Gomes. DJU 04/05.2005.

nos arts. 65 e 66 do Código Penal. Basta pensar na atenuante do art. 65, III, *b*¹², em que o agente, logo após a prática do crime, procura minorar as suas conseqüências, como no caso do previsto no art. 1º, I da lei 8.137/90¹³, em que o agente procura o Fisco para restituir o tributo que sonegara. Com efeito, tal conduta de querer reparar o dano causado ao Fisco pela sonegação denota a verdadeira intenção de minorar as conseqüências do crime praticado, fazendo *jus* à mencionada atenuante.

Dessa forma, nota-se que a presença do defensor na audiência de interrogatório é sempre um ato de cautela, que visa a privilegiar o exercício da defesa e seus consectários.

¹² “Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena:

(...)

III - ter o agente:

(...)

b) procurado, por sua espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as conseqüências, ou ter, antes do julgamento, reparado o dano.”

¹³ “Art. 1.º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

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

5. Interrogatório como ato personalíssimo do juiz e o princípio do contraditório

O acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça gaúcho, impugnado pelo recurso extraordinário, utilizou como fundamento nas razões de decidir o fato de ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz, e por tal razão não se sujeitaria ao princípio do contraditório, justificando, portanto, a desnecessidade da presença do defensor na audiência de interrogatório.

Ao que parece, aquele E. Tribunal fez nítida confusão entre uma característica do interrogatório de ser ato personalíssimo do juiz e o princípio do contraditório.

Com efeito, ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz significa que somente o juiz pode praticá-lo e somente o acusado pode ser interrogado, não sendo possível a representação¹⁴. Se somente o juiz pode interrogar o

¹⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. 2001.

acusado, ninguém mais poderá fazê-lo. É, portanto, nesse sentido que se afirma ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz, o que não se confunde com estar o ato processual submetido ou não ao princípio do contraditório.

O interrogatório até pode ser realizado por outro juiz, como no caso corriqueiro da prática forense de o acusado ser interrogado em outro Estado, por meio de carta precatória. Entretanto, ainda assim, somente um juiz do órgão judiciário deprecado poderá realizar tal ato.

Aliás, afaste-se desde logo o grave equívoco em afirmar que o indiciado é *interrogado* em sede policial. Se o interrogatório é ato personalíssimo do juiz, autoridade policial não pode realizá-lo. E realmente não o realiza. O que a autoridade faz é tão somente *ouvir* o indiciado, nos exatos termos contidos no art. 6º, V, do Código de Processo Penal que dispõe que autoridade policial deverá *ouvir o indiciado*¹⁵.

¹⁵ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

(...)

V - *ouvir* o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto do Capítulo III do Título VII, deste livro, devendo o respectivo ser assinado por duas (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura”.

O princípio do contraditório, positivado no art. 5º, LV, da Carta da República, corolário do princípio do devido processo legal, deve ser entendido como a possibilidade de influenciar a decisão final a ser proferida pelo julgador.

Segundo Alexandre Câmara¹⁶, o princípio do contraditório pode ser entendido sob dois enfoques: um político e outro jurídico. Do ponto de vista jurídico, afirma o renomado autor que não existe um “mundo jurídico” isolado da realidade e que o Direito deve ser visto como uma ciência que deve retratar a realidade e o mundo dos fatos, e não somente como ciência interpretativa e normativa. Do ponto de vista jurídico, o princípio do contraditório consiste na garantia de ciência bilateral dos atos ocorridos no processo com a possibilidade de manifestação sobre os mesmos. O princípio do contraditório pode ser, portanto, entendido como um binômio: *necessidade de informação mais possibilidade de manifestação*¹⁷.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 6ª ed. 2ª tiragem. 2002.

¹⁷ Gonçalves, Aroldo Plínio. Técnica Processual e Teoria do Processo. 1992. *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 6ª ed. 2ª tiragem. 2002

Atualmente, afirma-se em doutrina que não existe processo sem contraditório¹⁸.

Se é verdade que o contraditório é representado pelo binômio necessidade de informação mais possibilidade de manifestação, não é menos verdade que isso somente existe para possibilitar às partes o exercício de suas manifestações para que as mesmas possam influenciar a decisão final do julgador.

Quer-se com isso sustentar que o ato processual do interrogatório traz em si uma carga de contraditório. Com efeito, tal carga de contraditório está positivada no próprio Código de Processo Penal, art. 188, *in verbis*:

“Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”.

Qual seria a razão para tal previsão estar prevista na lei? Por que é relevante que as partes façam perguntas que

¹⁸ Dinamarco, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 2ª ed. 1990.

acharem necessárias? Por que a lei agora faculta ao juiz indagar das partes se restou algum ponto relevante a ser esclarecido? A resposta é uma só: para se buscar a verdade real e influenciar a decisão final do juiz.

Se o interrogatório é, como sustentado acima, meio de defesa, o acusado, ao fornecer sua versão dos fatos, está tendo, além da necessidade de informação, a possibilidade de manifestação, para influenciar a decisão final do juiz. Da mesma forma, se o defensor do réu pode realizar perguntas que entender necessárias e pertinentes, isso também constitui necessidade de informação e possibilidade de manifestação, para formar o convencimento do juiz ao proferir a sentença.

Note-se que o contraditório deriva do direito de defesa. A possibilidade de ser interrogado, bem como a de o defensor fazer perguntas, é para garantir um processo justo e democrático, aproximando o juiz ao máximo possível da verdade real.

Ressalte-se, ainda, que há diversos atos do juiz, que embora personalíssimos, se sujeitam ao princípio do contraditório. O caso mais emblemático no processo penal brasileiro é a sentença, seja absolutória, seja condenatória, que embora seja ato personalíssimo, a sua formação se sujeita ao princípio do contraditório.

Ninguém no processo penal brasileiro, além do juiz, pode proferi-la. A sentença judicial nada mais é do que a formação da opinião do julgador sobre os fatos e fundamentos trazidos pela acusação e defesa, com base nos elementos constantes dos autos do processo, sobre os quais as partes se manifestam a todo momento, seguindo os atos processuais sucessivos até a sentença. Durante todo esse momento, o juiz não pode estar psicologicamente envolvido com uma das versões do jogo, uma vez que a sua tarefa mais importante, qual seja, decidir a causa, é fruto de uma consciente e meditada opção entre duas alternativas, em relação as quais se manteve, durante todo o tempo,

eqüidistante¹⁹. Embora eqüidistante das partes, o julgador precisa do contraditório das partes para formar a sua convicção. Portanto, Estamos diante de um ato personalíssimo do juiz que tem sua formação sujeita ao princípio do contraditório.

Portanto, repita-se, ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz em nada influencia o princípio do contraditório, uma vez que estamos diante de temas diferentes com naturezas distintas, razão pela qual não merece prosperar o argumento do acórdão impugnado pelo recurso extraordinário, o que demonstra mais uma vez o acerto do Supremo Tribunal Federal.

6. Ausência de defensor no interrogatório e nulidade absoluta

O E. Tribunal de Justiça gaúcho, partindo de premissa equivocada, afirmou ainda que não houve prejuízo ao réu,

¹⁹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. 2ª ed. 2001.

forte no argumento de que o interrogatório não se sujeita ao princípio do contraditório. *Data venia*, novamente laborou em equívoco.

Como visto acima, o interrogatório constitui verdadeiro meio de defesa, por ser a primeira e única oportunidade que o acusado tem de apresentar sua versão dos fatos ocorridos ao julgador dentro do procedimento comum ordinário, podendo o juiz formular as perguntas que entender necessárias para se chegar o mais perto possível da verdade real dos fatos.

Temos, portanto, no interrogatório, verdadeira manifestação do princípio da ampla defesa, ato que confere ao processo penal o caráter de processo democrático, com a participação do acusador, julgador, acusado e defesa.

Concessa venia, quer nos parecer que qualquer violação aos princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal, já carrega, por si só, a semente da nulidade absoluta, justamente por se tratar de violação de princípios constitucionais que visam a assegurar

o desenvolvimento de um processo justo e democrático, afastando qualquer tipo de arbítrio estatal.

Não se pode admitir que em um Estado de Direito, tido como aquele Estado que se auto-organiza sob suas leis, sendo o primeiro a se sujeitar e a obedecê-las, a violação dos princípios que o afirmam como tal, possa ser encarada como mera irregularidade processual ou nulidade relativa exigindo-se a demonstração de prejuízo. Em nossa opinião, a violação de tais princípios já traz em si mesma, e por si só, a presunção de nulidade.

Assim, sequer deve-se perquirir se a violação ao princípio do contraditório gerou nulidade, devendo a mesma ser presumida de forma absoluta.

7. Interrogatório e aplicação da pena

Dissemos acima que é no interrogatório que a tese defensiva começa a ser construída. Mesmo em caso de

condenação, as declarações do acusado podem influenciar a decisão, no momento de o juiz aplicar a pena criminal.

Dessa forma, o interrogatório do acusado gera conseqüências no próprio princípio da individualização da pena, positivado no art. 5º, XLVI da CR/88. Esclareça-se, desde logo, que tal princípio perpassa toda a persecução penal, desde a sua primeira fase, que é a investigatória, até o término do cumprimento da pena pelo condenado.

Após o legislador cominar a pena abstratamente na lei, o julgador tem que aplicá-la ao acusado, individualizando-a.

Segundo Guilherme de Souza Nucci²⁰,

“Individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico...”

Atualmente, a doutrina reconhece que o princípio da individualização de pena comporta três fases distintas, quais sejam, *fase legislativa*, *fase judicial* e, por fim, *fase executória*.

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Individualização da Pena. 2005. Pág. 31.

A primeira fase é a denominada *fase legislativa* da individualização da pena. Nessa fase, a pena é individualizada pelo legislador, de forma abstrata, ao cominar a pena para cada tipo penal. Sabe-se que no Brasil, a finalidade do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, tidos como os mais importantes para a coletividade. A tarefa de selecionar os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal é exclusiva do legislador, bem como a tarefa de cominar sanções penais correspondentes, de acordo com a valoração que é feita sobre aquele bem jurídico protegido. Por exemplo, no momento em que o legislador for cominar abstratamente a pena para um delito que protege o patrimônio, ele jamais poderá cominar uma pena maior do que a pena estabelecida para os delitos que protegem o bem jurídico vida humana. É como se o legislador dissesse: “como eu tenho a tarefa exclusiva de cominar as penas e estabelecer os regimes de cumprimento, eu quero que o homicídio, por ser um crime contra a vida, seja punido com pena de 6 a 20 anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e essa pena deve ser maior do que o crime de roubo, que é um delito contra o patrimônio”.

A segunda fase do princípio da individualização da pena é a denominada *fase judicial*. Nessa fase, a pena é individualizada pelo julgador ao proferir a sentença condenatória, aplicando a pena em concreto de acordo com as condições pessoais do acusado, na forma do critério trifásico de aplicação da pena, previsto no art. 68 do Código Penal, partindo da pena-base, passando pelas agravantes e atenuantes e terminando nas causas de diminuição e aumento de pena quando então encontrará a pena a ser aplicada.

Isso ocorre em razão da influência das idéias de Ceasare Beccaria, no período Iluminista, quando começou a sustentar que a pena aplicada a quem cometesse crimes deveria ser a pena justa. E pena justa é a pena necessária e suficiente para a prevenção e repressão do crime de acordo com as condições pessoais de cada agente.

Note-se que essas idéias de Beccaria foram positivadas em nossa legislação, uma vez que o art. 59 do Código Penal dispõe expressamente nesse sentido, *in verbis*:

“Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” (grifamos).

Por fim, a terceira fase do princípio da individualização da pena é a denominada fase executória. Nessa fase, a pena é individualizada pelo Juízo da Execução, depois que o Estado tiver formado o título executivo contra o delinqüente, isto é, a sentença condenatória transitada em julgado, quando então não mais se poderá discutir naquele processo se o acusado praticou o fato típico, ilícito e se é culpável. Nesse caso, somente restará ao Estado executar o título executivo já formado.

É justamente na segunda fase do princípio da individualização da pena, na qual o juiz aplica a pena criminal, que o interrogatório pode gerar, segundo a doutrina, conseqüências no elemento *“personalidade do agente”*, elemento descrito no art. 59, do Código Penal. Ainda nos dias atuais, parcela da doutrina sustenta que é na

audiência de interrogatório que o juiz poderá aquilatar a personalidade do acusado. Temos para nós que tal orientação é impossível de ser aplicada.

Com efeito, o juiz jamais poderá aferir tal elemento em um encontro com o acusado, caracterizado por perguntas e respostas, e que, muitas vezes, não leva mais do que quarenta minutos. Ainda que o juiz convivesse com o acusado por alguns dias, o que, diga-se, é hipotético, seria impossível analisar a sua personalidade. Se a vida nos demonstra que a cada dia somos surpreendidos por condutas inesperadas de pessoas, inclusive próximas, que nos colocam em dúvida se realmente a conhecemos, o que dizer do juiz em relação ao acusado, que se encontram apenas na audiência de interrogatório?

Certa vez, vivenciando a experiência profissional, em audiência de interrogatório, presenciamos o juiz afirmar, antes de sequer fazer a primeira pergunta ao acusado, que estabeleceria uma pena alta para o acusado, uma vez que o mesmo teria ingressado na audiência sorrindo, o que

denotaria desprezo e menoscabo pelo Poder Judiciário, revelando uma má personalidade. Qualquer pessoa que atue na área criminal sabe que naquele momento o acusado se encontra fragilizado e emocionalmente desestabilizado, sobretudo se se tratar de pessoa sem instrução e esclarecimento, que muitas vezes abre um sorriso, (que na verdade não tem nenhuma graça) e balança a cabeça em sinal de positivo como se fosse um cumprimento, movido pelo temor reverencial por estar diante do juiz, esquecendo-se que o juiz é uma pessoa igual a ele, só que possui a função profissional de julgar condutas, e não pessoas.

Só nos resta lamentar a conduta do julgador, que chega às raias do esdrúxulo.

Portanto, pensamos que o juiz até pode aferir a *personalidade do agente*, mas por outros meios que não a audiência de interrogatório.

8. Interrogatório antes e depois da lei 10.792/2003

A Procuradoria Geral da República afirmou em seu parecer que o interrogatório realizado antes da vigência da lei 10.792/2003 não exigia a presença do defensor, nos termos do art. 187 do Código de Processo Penal, uma vez que era ato personalíssimo do magistrado. Disse ainda que somente o advento da lei 10.792/2003 tornou obrigatória a presença do defensor.

Ao que parece, a confusão persiste. Enquanto o Tribunal de Justiça gaúcho, como dissemos acima, fez nítida confusão entre a característica do interrogatório de ser ato personalíssimo do juiz e o princípio do contraditório, o Ministério Público Federal, por sua vez, confundiu a característica de ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz com o princípio da ampla defesa.

Devemos confessar a dificuldade que temos em conviver com a confusão do inconfundível. Mas em homenagem ao debate esclarecedor, vamos desfazer a confusão injustificada.

Dissemos acima que ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz significa que somente o juiz pode praticá-lo e somente o acusado pode ser interrogado. Se somente o juiz pode interrogar o acusado, ninguém mais poderá fazê-lo. É, portanto, nesse sentido que se afirma ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz, o que nada tem a ver com estar o ato processual submetido ou não ao princípio da ampla defesa.

Por sua vez, o princípio da ampla defesa preconiza que o acusado, no atual processo penal democrático brasileiro, pode trazer a baila todos os elementos de prova no ensejo de provar a sua inocência, podendo, inclusive, se valer da prova obtida por meio ilícito, desde que seja a única e última forma de provar a sua inocência, unindo auto-defesa e defesa técnica.

Assim, verifica-se que a característica de ato personalíssimo do juiz do interrogatório e o princípio da ampla defesa são institutos diferentes, com naturezas diversas e significados distintos, tornando-os absolutamente inconfundíveis.

A Procuradoria Geral da República afirmou também que o interrogatório realizado antes da vigência da lei 10.792/2003 não exigia a presença do defensor, nos termos do art. 187, do Código de Processo Penal, e que somente o advento daquela lei tornou obrigatória a presença do defensor. Tal argumento não merece prosperar.

O art. 187, do Código de Processo Penal, antes do advento da lei 10.792/2003, não tratava da não exigência da presença do defensor na audiência de interrogatório, mas apenas tratava da *não intervenção* do defensor nas perguntas e respostas no ato de interrogatório²¹, pela simples razão de ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz. O referido artigo não proibia, nem tornava facultativa a presença do defensor no interrogatório. Até porque se a lei vedava a intervenção do defensor nas perguntas e respostas, era porque o defensor deveria estar presente, e, uma vez presente, vedava-se ao mesmo intervir no ato, sobretudo à luz da tríplice função do defensor exposta anteriormente.

²¹ “Art. 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas”.

Caso contrário, o art. 187 seria uma norma sem destinatário, uma vez que não faria o menor sentido dirigir a proibição normativa em determinado ato processual a alguém que não estivesse presente no ato. Em outras palavras, se o defensor não deveria estar presente no interrogatório, a quem era vedado influir nas perguntas e respostas? Certamente essa pergunta ficaria sem resposta.

Portanto, *concessa venia* dos que sustentam que o referido artigo não exigia a presença do defensor, definitivamente a lei não dispunha nesse sentido. Basta a mera leitura, ainda que perfunctória, da antiga redação do mencionado artigo para se perceber o aqui afirmado.

Ademais, mesmo que o Código de Processo Penal dispusesse em sentido contrário, tal norma não resistiria ao exame de sua constitucionalidade, não ultrapassando as barreiras principiológicas do contraditório e da ampla defesa.

O Direito é um sistema e deve ser entendido e interpretado como tal.

O sistema processual brasileiro democrático, balizado pelos princípios da ampla defesa e contraditório, sempre exigiu a presença do defensor no interrogatório do acusado. E tal exigência decorre do próprio sistema processual. O que ocorria era que antes do advento da lei 10.792/2003 o defensor, embora estivesse presente, não poderia interferir nas perguntas e respostas, justamente em razão de ser o interrogatório ato personalíssimo do juiz.

Note-se que o art. 261 do Código de Processo Penal²² sempre buscou garantir a efetividade normativa dos princípios da ampla defesa e contraditório.

Em 02 de dezembro de 2003, ocorreu o advento da lei 10.792/2003, que alterou diversos artigos do Código de Processo Penal, dentre eles os que tratam do interrogatório, possibilitando a intervenção das partes, o que não lhe retirou a característica de ser um ato personalíssimo, mas apenas reforçou o caráter democrático do processo penal brasileiro.

²² “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.”

Ao dar nova redação ao art. 188 do Código de Processo Penal²³, por meio da novel lei, o legislador apenas positivou uma exigência que já decorria do sistema processual. Portanto, temos para nós que a nova redação desse artigo constitui apenas novidade formal.

Dessa forma, nos parece que a moldura do interrogatório no processo penal brasileiro ficou da seguinte forma: tanto antes quanto depois do advento da lei 10.792/2003, a presença do defensor na audiência de interrogatório sempre foi obrigatória. Entretanto, foi somente depois do advento da lei 10.792/2003, que o defensor passou a poder intervir no ato.

9. Conclusão

Em face de todo o exposto, a única forma de se garantir um processo penal democrático é a presença do defensor na audiência de interrogatório, que exercendo a

²³ “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.”

sua tríplice função, garantirá a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, mesmo que se trate de ato personalíssimo do juiz, sob pena de nulidade absoluta do ato.

Rio de Janeiro, outono de 2008.

Referência: recurso extraordinário 554.088

A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis

Felipe Caldas Menezes

Defensor Público da União

*Assessor da Defensoria Pública-Geral da
União, Diretor da Escola Superior da
Defensoria Pública da União e membro da
Câmara de Coordenação Cível da Defensoria
Pública da União.*

Em 03 de junho de 2008, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal julgou o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 554.088-0, no qual reafirmou, à unanimidade, seu posicionamento no sentido de que o Ministério Público tem legitimidade para propositura de ação civil pública visando a impor aos entes públicos

integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS) a obrigação de fornecer medicamentos à paciente hipossuficiente.

Tal entendimento tem fundamento no art. 127, *caput*, da CRFB/88, quando, em sua parte final, determina incumbir ao Ministério Público a defesa dos direitos sociais e individuais indisponíveis.

Ora, em sendo a saúde direito social (art. 6º, *caput*, da CRFB/88) e indisponível, por se tratar inegavelmente de direito da personalidade (arts. 11, 13, 14 e 15 do Código Civil de 2002)¹, é tecnicamente correta a interpretação dada ao dispositivo constitucional pelo Supremo Tribunal Federal.

¹ Sobre a caracterização do direito à saúde como direito da personalidade transcreve-se o seguinte trecho: “Sem embargo de opiniões que vislumbram uma ‘proteção da personalidade’ na antiga *actio iniuriarum* romana (neste sentido, Elimar Szaniawski, ‘Direitos da personalidade Romana’, p. 38), ‘foi, contudo, somente no século XIX, a partir da elaboração das doutrinas francesa e alemã, que se começou a edificar a construção dos direitos da personalidade. A disseminação da categoria foi muito intensa no decorrer do século atual, vindo a incorporar sempre novos conteúdos, desde seu reconhecimento legal no BGB em 1900, com a enunciação dos direitos à vida, ao corpo, à *saúde* e à liberdade (§ 823) e a fixação de garantias ao direito de uso do nome (§ 12)’ (Maria Celina Bodina de Moares, ‘Recusa à Realização do Exame de DNA’, p. 158).” (Tepedino; Barbosa; Bodin, 2004:31)

Pela literalidade do dispositivo constitucional, que se utiliza do termo *individual*, mesmo que se trate da defesa de direito indisponível de uma só pessoa, é conferida legitimidade constitucional ao Ministério Público para a sua defesa.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou, por meio da Primeira Seção, entendimento no mesmo sentido, como se pode extrair do julgado que se segue:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. MENOR. DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DO STF E STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. A Primeira Seção deste Tribunal Superior pacificou o entendimento das Turmas de Direito Público no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas judiciais para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada: REsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006; REsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006.

2. No mesmo sentido, os recentes precedentes desta Corte Superior: REsp 466.861/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 7.5.2007; REsp 920.217/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 6.6.2007; REsp 852.935/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 4.10.2006; REsp 823.079/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José

Delgado, DJ de 2.10.2006; REsp 856.194/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 22.9.2006; REsp 700.853/RS, 1ª Turma, Rel. p/acórdão Min. Luiz Fux, DJ de 21.9.2006; REsp 822.712/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.4.2006.

3. Embargos de divergência providos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça: A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, José Delgado, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Castro Meira votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausentes, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e o Sr. Ministro Francisco Falcão.²

A meu ver, o julgamento do Recurso Extraordinário nº 496.718/RS, noticiado no Informativo nº 515 do Supremo Tribunal Federal, na forma transcrita abaixo, não pode ser visto como uma alteração do entendimento acerca do tema, porque o referido Tribunal levou em consideração as peculiaridades do caso concreto para fixar o entendimento de que o pedido de internação de alcoólatra não configuraria interesse social indisponível.

Internação de Alcoólatra e Legitimidade do Ministério Público

² STJ, PRIMEIRA SEÇÃO, ERESP 718393/RS, Relatora: Min. DENISE ARRUDA, j. em 12/09/2007. DJ 15/10/2007, p. 218.

O Ministério Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o fim de obter internação compulsória, para tratamento de saúde, de portador de alcoolismo. *Tendo em conta as peculiaridades do caso, entendeu-se que, nos termos do art. 127, caput, da CF, a situação dos autos não estaria incluída na competência do parquet, haja vista não se tratar de interesse social indisponível, de defesa da ordem pública ou do regime democrático.* Enfatizou-se, ainda, a existência de defensoria pública na localidade, a qual competiria a tutela desse interesse. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que, por reputar presente a proteção de direito individual indisponível, assentava a legitimação do órgão do Ministério Público para a ação intentada.

A menção à existência da Defensoria Pública como mais um argumento para fundamentar o julgado deve ser reputada como decorrente do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 135.328, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, de que o exercício pelo Ministério Público de funções que, a princípio, seriam típicas da Defensoria Pública, nos termos do art. 134 da CRFB/88, tal como a propositura de ação civil *ex delicto* para os necessitados (art. 68 do CPP), justifica-se em razão da sua não organização de forma plena (norma ainda constitucional).

Assim, uma vez havendo Defensoria Pública devidamente organizada na localidade, não se justificaria o exercício de atribuição típica daquela Instituição pelo Ministério Público, já que não configurada hipótese de defesa de interesse social e individual indisponível (art. 127 da CRFB/88) no caso concreto.

Não vislumbro qualquer prejuízo às atribuições da Defensoria Pública na adoção do referido entendimento. Chegou o momento de assumir-se um posicionamento maduro e menos dotado de corporativismo acerca das atribuições do Ministério Público e da Defensoria Pública dentro do Estado Democrático de Direito.

É certo que há limites interpretativos claros traçados pela norma jurídica fundamental entre as atribuições das instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, mas eles não devem ser utilizados como uma espécie de “reserva de mercado”.

É francamente constitucional a legitimidade conferida à Defensoria Pública para patrocínio da ação civil pública pela

Lei nº 11.448/2007, pois o Ministério Público não tem legitimidade privativa para utilização de tal instrumento, ao contrário do que ocorre com a ação penal pública (art. 129, incisos I e III, da CRFB/88 c/c art. 5º da Lei nº 7.347/85), e a interpretação no sentido de que se teria que comprovar a existência de interesse de pessoas necessitadas, em se tratando de direitos coletivos, esvaziaria a utilidade prática em se conferir tal legitimidade.

Da mesma forma, também é constitucional a legitimidade do Ministério Público para defesa de interesses individuais indisponíveis.

Por certo, o legislador constitucional não iria prever, como não fez, instituições com exatamente as mesmas funções, até mesmo por uma questão de eficiência administrativa (art. 37, *caput*, da CRFB/88), mas não há impedimento nem prejuízo algum no fato de algumas atribuições serem conferidas a mais de uma instituição, especialmente se se pensar que estas contribuem para que

A legitimidade do Ministério Público para a defesa de direitos sociais e individuais indisponíveis

sejam atingidos os objetivos fundamentais da República (art. 3º da CRFB/88).

Ganha com esta interpretação não uma carreira ou outra, mas toda a população brasileira, especialmente aquela mais necessitada.

Referência: recurso extraordinário 407.688

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

Alessandra Fonseca de Carvalho
Defensora Pública da União

A Suprema Corte, em decisão do seu Pleno, aos dias 08 de fevereiro de 2006, ao julgar o RE 407.688-8/SP entendeu, por maioria, pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 3 da Lei n 8.009/90 que trata acerca de uma das exceções à impenhorabilidade do bem de família legal, qual seja, imóvel de residência do fiador de locação de imóvel urbano.

Tal discussão decorre do advento da Emenda Constitucional n 26 de 14 de fevereiro de 2000, que ampliou o rol do artigo 6 da Carta *Magna* erigindo o direito à

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

moradia como direito social e, por conseguinte, direito fundamental.

Em sendo assim, o cerne da questão reside em saber se a previsão legal da penhorabilidade do bem de família do contrato de locação subsiste ou não, após o advento da aludida Emenda Constitucional.

Consoante asseverou o relator Ministro Cezar Peluso, o direito social à moradia não se confunde com o direito à propriedade imobiliária ou direito de ser proprietário de imóvel, podendo ser implementado por norma jurídica que estimule ou favoreça a oferta de imóveis para fins de locação habitacional mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores, além de não haver qualquer violação ao princípio da isonomia entre fiador e locatário, haja vista que o fiador possui autonomia contratual, possuindo, portanto, total liberdade de querer ou não assumir esta posição.

Acrescentou em caloroso debate com o Ministro Eros Grau que o direito à moradia é amplo, motivo pelo qual

abarcando, inclusive, a exceção à impenhorabilidade do bem de família no caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação, sendo, pois, uma das modalidades de conformação do direito à moradia por via normativa, eis que permite que uma grande classe de pessoas tenha acesso ao contrato de locação.

Nesta linha de raciocínio negou provimento ao recurso extraordinário, votando pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 6 da Lei n 8009/90.

Acompanharam o voto do ilustre relator os Ministros Nelson Jobim, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Sepúlveda Pertence e Marco Aurélio com a ressalva de que entendia necessária a audiência da Procuradoria em virtude cuidar-se de questão de cunho constitucional.

Vale destacar o entendimento do Ministro Joaquim Barbosa, segundo o qual no caso em comento estamos diante de um conflito entre dois direitos fundamentais: o direito à moradia e o direito à liberdade, em sua mais pura expressão, isto é, da autonomia da vontade, exteriorizada, *in casu*, na

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

faculdade de cada um de obrigar-se contratualmente e ,assim, suportar o ônus dessa livre manifestação da vontade.

Aduz, outrossim, que os direitos fundamentais não possuem caráter absoluto, pelo que na hipótese em foco, considerando que a fiança foi prestada por livre e espontânea vontade não há incompatibilidade entre o artigo 3, inciso VII da Lei n 8.009/90 e a Constituição da República.

Divergindo desta corrente de opinião, em posição minoritária, os Ministros Eros Grau, Ayres Britto e Celso Mello aduziram que essa previsão legal é inconstitucional, pois desrespeita a isonomia prevista no *caput* do artigo 5 da *Lex Fundamental* e a proteção da dignidade da pessoa humana nos termos do inciso III do art. 1 da Constituição da República a uma, porque a fiança é um contrato acessório, motivo pelo qual não deve trazer mais obrigações do que o contrato principal e a duas, porque o locador não pode ter o seu de família penhorado, ao passo que o fiador pode suportar o gravame.

Corroborando com tais assertivas, acrescentam que incidiria em violação à proteção constitucional da moradia, o que não deixa de ser uma das exteriorizações do princípio da dignidade da pessoa humana.

O Ministro Eros Grau constata que não se deve olvidar o fato de que a doutrina do direito público anda na contramão da evolução do direito privado, onde se verifica a constitucionalização do direito civil, o qual vem sendo interpretado com base na proteção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da isonomia.

Com efeito, no Código Civil de 1916 o contrato era um acordo de vontades, celebrado segundo a autonomia da vontade, havendo liberdade de contratar, a qual somente sofria restrição se se tratasse de questão de ordem pública.

Ao revés, no Código Civil vigente houve o reconhecimento de que o Estado necessita participar das relações contratuais, esvaziando a autonomia da vontade.

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

Não obstante tenha o Eg. STF entendido pela constitucionalidade do inciso VII do artigo 3 da Lei n 8.009/91, a constitucionalização do direito civil nos leva à interpretação de que não podemos nos arrear da influência do princípio da função social dos contratos na questão *sub examine*.

Do princípio da função social dos contratos deflui uma mitigação do princípio da autonomia contratual, pelo que os contratos devem ser interpretados de acordo com o contexto da sociedade, visando

à realização de uma justiça comutativa, sendo submetido a novos elementos integradores de relevância a sua formação, existência e execução, superando a esfera contratual.

A respeito do tema foi editado o Enunciado n 23, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal, o qual dispõe *verbi gratia*:

A função social do contrato, prevista no artigo 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia

contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.

Destarte, pode-se considerar que o direito constitucional à moradia possui o condão de limitar a autonomia da vontade e, por via de conseqüência, nos termos dos votos vencidos, deve-se ser afastada a penhorabilidade do bem de família do fiador.

Por fim, não obstante o posicionamento da Suprema Corte pela penhorabilidade do bem de família do fiador não podemos afirmar com precisão que o presente debate jurídico restou encerrado, uma vez que latente a divergência no âmbito do próprio STF.

Aliás, doutrina e o STJ têm entendido pela proteção das partes vulneráveis, no caso em tela, do fiador, em diversas ocasiões.

Cumprе ressaltar que o Eg. Superior Tribunal de Justiça vem julgando no sentido de afastar a penhora do

A constitucionalidade do inciso VII do artigo 3º da Lei 8.009/90: a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação

bem de família nos casos de hipoteca oferecida por membro de entidade familiar, objetivando garantir dívida de sua empresa individual :

Agravo Regimental. Bem de família. Impenhorabilidade. Dívida contraída pela empresa familiar. A exceção do inciso V do artigo 3 da Lei 8.009/90 deve se restringir às hipóteses em que a hipoteca é instituída como garantia da própria dívida, constituindo-se os devedores em beneficiários diretos, situação diferente do caso em apreço, no qual a dívida foi contraída pela empresa familiar, ente que não se confunde com a pessoa dos sócios. Agravo regimental improvido” (STJ, Ag Rg no Ag 597.243/GO, rel Ministro Fernando Gonçalves, 4 Turma, 03.02.2005, DJ 07.03.2005, p. 265).

Ante o exposto, na esteira dos votos vencidos ,o aresto supra mencionado quebrou o rigor do texto legal em prol do direito à moradia, o que pode ser considerado, salvo melhor juízo, como um início de mudança de entendimento acerca da proteção do direito à moradia do fiador em contrato de locação de imóvel residencial urbano.

Referência: habeas corpus 94.701

A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo Tribunal

Antonio de Maia e Pádua,
Defensor Público da União

Apesar dos esforços de diversos colegas Brasil afora, o Supremo Tribunal consolidou, em súmula vinculante, orientação no sentido de que é constitucional a perda dos dias remidos pelo preso quando este comete falta grave durante o cumprimento da pena.

Isso, contudo, não foi capaz de impedir aquela corte de reconhecer, em caso concreto, que o judiciário pode rever a imputação administrativa para afirmar a impossibilidade de se qualificar a conduta apontada como falta grave, de modo a afastar a incidência do art. 127 da lei de execuções penais.

Evidentemente, decisão desta espécie se funda no

reconhecimento de que a abstração das súmulas não pode impedir por completo o exame das circunstâncias fáticas, permitindo-se, assim, que sempre que entender necessário, o tribunal declare que determinada particularidade é motivo suficiente para afastar a incidência da norma geral extraída de seus precedentes.

Levando tal consideração para o plano de trabalho da Defensoria Pública, parece-me que, daqui por diante, nos casos de assistência a pessoas com interesses aparentemente contrariados por súmulas vinculantes, incumbe ao defensor público demonstrar que as peculiaridades da situação permitem e exigem resposta diversa daquela fixada previamente pelo tribunal.

Em outras palavras, cabe a nós, no dia-a-dia, provar ao judiciário que o caso posto em julgamento não é análogo ao que conduziu a edição de súmula vinculante. Claro que consideração desta ordem não se aplica às situações em que realmente há identidade, mas há que se ter sempre o cuidado de não atirar o assistido na vala comum da súmula antes de proceder um exame criterioso e paciente do

problema que nos foi apresentado.

Creio mesmo que, prevalecendo o novo modelo jurisdicional trazido pela emenda 45 e pelas leis da ação direta de inconstitucionalidade, repercussão geral e súmula vinculante, entre outras, o trabalho do defensor público, principalmente dos que atuam nos tribunais, se concentrará em duas vertentes: a primeira, justamente a que antes já se delineou, consubstanciada na demonstração de que a espécie é excepcional, não comportando a solução genericamente afirmada pelos precedentes sumulados; a segunda, tentar alterar as próprias súmulas, demonstrando que o contexto histórico presente não admite mais a solução outrora enunciada.

Por hora, convém ter sempre em mente que a existência de súmula não pode ser tomada por nós, defensores públicos, como impedimento absoluto para a propositura de demandas, sendo nosso dever verificar, cuidadosamente, se existe ou não alguma circunstância especial que torne diferenciado o problema que o assistido

A remissão pelo trabalho e a súmula 9 do Supremo Tribunal

nos apresenta.