

REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

ISSN 1415-4951
(versão impressa)



Vol. 9 - Nº 33 - 2006



ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 9 - n. 33 - 2006

Janeiro/Fevereiro/Março

Rio de Janeiro

© 2006, EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Revista doutrinária destinada ao enriquecimento da cultura jurídica do País.

Conselho Editorial:

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

Coordenador Editorial: Des. Décio Xavier Gama

Produção Gráfico-Editorial: Divisão de Publicações da EMERJ

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

Apoio Cultural: Banco do Brasil

Impressão: Venus Luar Artes Gráficas Ltda.

Tiragem: 4.000 exemplares

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

v.

Trimestral -
ISSN 1415-4951

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

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

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

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

Rio de Janeiro:

CDD 340.05

CDU 34(05)

Todos os direitos reservados à

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

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

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

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



Diretoria da EMERJ

Diretor-Geral

Des. Paulo Roberto Leite Ventura

Conselho Consultivo

Des. Roberto Wider

Des. Ronald dos Santos Valladares

Des. Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho

Des. Murilo Andrade de Carvalho

Des. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Índio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação e da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria Alice da Cruz Marinho Vieira



Apresentação

Iniciamos o nono ano da REVISTA DA EMERJ, com esse nº 33, preparando a edição com artigos, mais uma vez, sobre temas variados, segundo o sistema adotado desde que surgiu esta publicação trimestral. Aceitar o debate de nossos colaboradores sobre questões de direito diversas foi a forma concebida para a REVISTA. Procuramos, com isto, servir de instrumento de divulgação de conhecimentos jurídicos para nossos estagiários e para quantos outros amigos que prestigiam a atividade cultural da ESCOLA.

Temos sido tentados a desviar o rumo dessa orientação e a particularizar cada edição com o mesmo tema selecionado, a partir de sugestão de colaboradores e leitores. Essa seria uma das formas de atender a bom número de leitores, mas nos faltou ainda reunir grupo de especialistas que nos dessem estrutura e colaboração válida para tal empreitada. Outras idéias foram levadas em conta, oriundas de amigos da REVISTA, como seria a de incluir seções de jurisprudência, ou de literatura, tão bons são os trabalhos de prosa e verso que vemos divulgados especialmente pelo corpo de magistrados do Estado do Rio de Janeiro.

Todavia, sentimos que ainda não chegou o momento de sair da primeira orientação, que tem sido do agrado geral, tais são as boas referências que recebemos até agora. Pareceu-nos, por outro lado, que o objetivo primordial da publicação está sendo atendido como instrumento de cultura de nossa atividade básica de ensino jurídico. Recebemos, principalmente, de nossos professores, a colaboração com artigos motivados pelas exposições e debates, com indagações em salas, ou nos auditórios em que se realizam debates, a cada semana, inclusive de interesse para os cursos de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados.

Assim, melhor será prosseguir no caminho que trilhamos até aqui, sem dispensar novas sugestões que possam tornar esse trabalho da REVISTA ainda melhor.

Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA DA EMERJ

Nota: Para os que não tiveram conhecimento, ainda, do aparecimento de nossos índices, por assunto e por nomes de autores, de artigos até agora divulgados, lembramos que o número 21, relativo ao primeiro trimestre de 2003, contém os índices que abrangem o período inicial (nº 1 a 20), e que o número 32, recentemente editado em dezembro de 2005, contém índices que abrangem os 11 números seguintes, ou seja, 21 a 31.

SUMÁRIO

Lei de Recuperação de Empresas **17**

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador do TJ/RJ. Diretor-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Do processo e do julgamento dos crimes falimentares. Considerações gerais. Do procedimento criminal. Dos tipos penais. Conclusão.

Redução da Idade Penal **33**

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJ/RJ.

A criança e os adolescentes como titulares de direitos fundamentais: o Direito à vida, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à efetiva proteção. Normas programáticas, mas lei demagógica e tibia sob certos aspectos. Normas de conflito já antes disciplinadas no Código de Menores. A inércia dos governos e o abandono dos menores. A negligência, e a inércia inclusive dos pais na formação dos filhos. Os péssimos exemplos negativos da imprensa televisionada. A medida socioeducativa de apenas 3 anos que se pensa elevar para 10 anos para atos de suma gravidade. A incongruência com o direito de votar, aos 16 anos, e a inimputabilidade ou falta de discernimento aos 16 completos. Os exemplos de Portugal, e da Argentina, que já adotaram a redução da idade penal para 16 anos. A mudança do quadro realístico brasileiro com problemas sociais que reclamam soluções básicas. A redução para 16 anos da idade penal, conforme três projetos, pelo menos, que tramitam no Congresso, revestidos de seriedade, seria aceitável, mas se acompanhada por medida de erradicação da criminalidade em suas raízes.

Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil) 43

Luis Roberto Barroso

Professor Titular da UERJ, Mestre em Direito pela Yale Law School e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

Introdução. Parte I. Neoconstitucionalismo e transformações de Direito constitucional contemporâneo. I Marco histórico. II. Marco filosófico. III. Marco teórico. 1. A força normativa da Constituição. 2. A Expansão da jurisdição constitucional. 3. A nova interpretação constitucional. Parte II. A constitucionalização do Direito. I. Generalidades. II. Origem e evolução do fenômeno. III. A constitucionalização do Direito no Brasil. 1. O direito infraconstitucional na Constituição. 2. A constitucionalização do direito infraconstitucional. 3. Constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática. IV. Alguns aspectos da constitucionalização do Direito. 1. Direito Civil. 2. Direito administrativo. 3. Direito Penal. V. Constitucionalização e judicialização das relações sociais. Conclusão.

A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade 93

Ética

J. Oliveira Ascensão

Professor da Universidade de Lisboa.

1. O dilema da pessoa no Direito. 2. A gênese: a filosofia grega e o cristianismo; 3. As declarações de direitos do homem e do cidadão. 4. Panorama dos direitos de personalidade no Brasil. 5. O necessário substrato ético dos direitos de personalidade. 6. O reflexo da personalidade ontológica no Direito; 7. A autonomia. 8. Traços do regime específico. 9. Os meios de tutela. 10. Confronto com os direitos fundamentais. 11. Dos direitos do cidadão ao Direito da Personalidade.

Direito à Moradia

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ. Prof. da EMERJ e da Universo – Universidade Salgado de Oliveira.

Decisão do STF de 30/5/05, que considerou revogado o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, que excluía o imóvel residencial do fiador da impenhorabilidade (art. 6º da Constituição, com a redação da Emenda Constitucional 26/2000). Questão já sem novidade ante a Doutrina vigente e a Jurisprudência (RE 415.563/SP, de 3.5.05, Rel. Min. Carlos Velloso, AP nº 24.456/04, 3º CC). A moradia como direito fundamental (Emenda Constitucional. nº 26/00). A lição do Min. Celso Mello (ADI nº 2971/MC/RO. A revogação da modalidade da fiança então existente e a Emenda 26/2000. A decisão monocrática do Min. Carlos Velloso.

117

O Recurso de Agravo – A Sua Nova Disciplina (Lei nº 11.187, de 19.10.05)

Wilson Marques

Professor de Direito Processual Civil da EMERJ. Desembargador aposentado do TJ/RJ. Advogado.

Finalidade da Lei 11.187/05: racionalizar e, pois, agilizar a prestação jurisdicional. Recurso de agravo retido interponível, em regra, contra decisões interlocutórias. As poucas hipóteses de agravo de instrumento. Atualmente, a forma retida do agravo é obrigatória, se interposto nas audiências de instrumento de julgamento e das decisões proferidas após a sentença. Casos de agravo de instrumento do art. 523, § 4º, última parte. A opção da parte pela forma de instrumento e a sua conversão possível pelo relator em agravo retido. O desaparecimento da opção do art. 522 e a sua falta no caso de recurso de decisões interlocutórias, em sede de execução e nas relativas à incompetência absoluta. O art. 522 esvaziou o atual art. 523 e, por isto, foi

136

revogado pelo art. 3º da nova lei. Agravo retido oral em audiência de instrumento e julgamento, não podendo ser por escrito. O que dispõe o art. 527, II, como norma para o relator. Mudanças nos inc. V e VI, do art. 527, só de redação. O Art. 527, parágrafo único, dispositivo assaz enigmático. No art. 527, inc. III, o objeto direto do verbo deferir é a pretensão recursal. Não é a antecipação da tutela.

Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento. Uma Reflexão para o Direito do Consumidor 149

Plínio Lacerda Martins

Professor da FGV e da UGF. Professor da EMERJ. Mestre em Direito. Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

1. O fornecimento de energia elétrica como serviço essencial. 2. A qualidade do serviço público e o atendimento ao consumidor. 3. A teoria da lesão e o direito do consumidor à reparação por danos praticados pelo fornecedor. 4. Da abusividade das práticas comerciais nas relações de consumo. 5. O corte de energia e o constrangimento do consumidor. 6. A antinomia entre a norma do consumidor e outra norma jurídica. 7 O direito fundamental do consumidor e o princípio da proibição de retrocesso. 8. A prática abusiva do corte de serviço essencial. 9. Conclusão.

Aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Civil 177

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro, Professor da EMERJ e do Curso Praetorium.

1. Introdução. 2. Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade: origem, evolução e compreensão. 3. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na jurisprudência.

dência do STF; 4) Aplicação do princípio da proporcionalidade nas relações privadas; 5) O princípio da razoabilidade e a análise judicial das cláusulas abertas no novo Código Civil; 6) Conclusão.

Incidente de Falsidade

198

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

Do Processo em geral. O Processo incidente agrupado com outros, no Título IV, reveste caráter de medida cautelar que melhor ficaria em título ou capítulo próprio. O *documento falso* e a definição do art. 232 do CPP. A perícia prevista no CPC que o juiz poderá ordenar em se tratando de falsidade material. Perícia caligráfica e grafotécnica. A argüição por escrito (art.145); se incidente, em apartado. Não se trata de apurar o *falsum*. A legitimação para argüir contra o acusado e o proceder conforme o art. 40 do CPP. A dilação probatória, em qualquer tempo e grau de jurisdição. A decisão não vincula ao juiz. Novo exame.

A Extinção do Processo nos Art. 267 e 269, 213 Conjugada com a Regra do Art. 329 do CPC

Décio Xavier Gama

Desembargador aposentado e Coordenador desta REVISTA Sentenças que determinam a extinção do processo após acolher ou rejeitar o pedido. Extinção do processo por determinação judicial e quando findos os atos do procedimento que examinam o mérito. As disposições dos arts. 267 e 269 do CPC: diferenças. Características de exame preliminar com extinção e os casos de acolhimento ou rejeição do pedido, quando decidido o mérito da causa. A distinção feita no art. 329 do Código, quando exclui o seu número I, das hipóteses em que o juiz deve declarar extinto o processo.

A Culpa sem Culpa?

217

Ronaldo Leite Pedrosa

Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor Universitário.

1. Introdução. 2. A experiência humana. 3. Uma visão teológica da culpa; 4. Uma visão filosófica da culpa. 5. Uma visão psicanalítica da culpa. 6. Diversas modalidades de culpa no Direito;. 7. A transação penal e a culpa. 8. Quase conclusão.

O Tributo e o seu Tratamento no Novo Regime Jurídico de Insolvência Empresarial

234

Leonardo de Araújo Marques

Promotor de Justiça no Estado do Rio de Janeiro e Professor da EMERJ.

1. O direito tributário e suas características. 1.1. O objeto do Direito Tributário. 2. O poder soberano do Estado. 3. O sistema tributário nacional. 3.1. A repartição da competência tributária. 4. Os princípios constitucionais tributários. 4.1. A capacidade contributiva. 4.2. A legalidade formal e material da tributação. 4.3. A não-surpresa do contribuinte. 4.4. A irretroatividade tributária. 4.5. A igualdade. 5. O tributo. 5.1. O conceito. 5.2. O tributo como norma tributária. 6. O novo regime jurídico da insolvência mercantil. 6.1. O tributo como fundamento do requerimento de falência. 6.2. Os efeitos da falência sobre o crédito tributário. 6.3. O crédito tributário e o quadro geral dos credores. 6.4. A reabilitação do falido e a existência de débito tributário. Conclusões.

Cessão de Direitos Hereditários no Novo Código Civil

268

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho

Tabelião e ex-Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro.

O instituto da cessão de direitos hereditários. Nova regulamentação no Código de 2002. Problemas práticos

não resolvidos e dúvidas que persistem. A transmissão do acervo aos herdeiros, com a abertura da sucessão. A possibilidade da cessão dos direitos hereditários (art.1.793 do CC). A natureza “imóvel” dos direitos à sucessão aberta (art. 80, II). A cessão possível por todos os herdeiros, em conjunto. A participação do cônjuge supérstite meeiro no negócio de cessão da herança. A lição da Doutrina.

Liberdade de Expressão versus Proteção de Crianças e Adolescentes **279**

Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers Ramos

Promotora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.

O art. 220 da Constituição e a liberdade de expressão, que não pode ser absoluta. Os limites da própria Constituição contidos na própria Carta. Os meios de comunicação e seus interesses frente aos interesses de educação de crianças sem recursos. As famílias pobres frente aos interesses de empresas de altos recursos. A regulamentação prevista no art. 220 da Lei Federal. O tema sexo na TV como instrumento de venda por anúncio. O princípio da solidariedade (art. 3º Inc. I da C. Federal). Os valores da sociedade brasileira: a família e sua proteção pelo Estado. Quais os mecanismos de proteção? A natureza dos programas dos meios de comunicação; a censura e seus problemas. A competência para classificação das diversões públicas. O Ac. do STJ. Méd. Cautelar nº 3.339 RJ. Proc. 12174, 4ª CC, DO 7/10/02.

O Código Florestal e as Zonas Urbanas **294**

Ronald Pietre

Juiz de Direito do TJ/RJ e Professor da Universidade Estácio de Sá.

1. Introdução. 2. O Código Florestal e sua aplicação nas zonas urbana e rural; 3. A incompatibilidade com a diretriz

urbanizadora da Constituição. 4. A inconstitucionalidade de dispositivos do Código Florestal. 5. Conclusão.

Guarda Compartilhada

305

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

Juíza de Direito Titular da 15ª Vara de Família do Foro Central e Coordenadora do Direito de Família da EMERJ .

A origem da guarda compartilhada: em regra, criança que durante certo tempo tem convívio regular com os pais, mas que, em dado momento, passa a ser objeto de disputa para o convívio e a criação. A escolha de quem ficará com o menor. O consenso sobre com quem caberia ficar o filho, nesse caso com a mãe. Apoio da jurisprudência. Desigualdade entre o homem e a mulher nesse caso. A hipótese rara de se recorrer a terceiro, quando a relação é cercada de conflitos em detrimento do interesse do filho. A busca da solução judicial e o direito de visitação (art. 1.583 CC). O poder familiar que cabe a pai e mãe. Definição de poder familiar. Art. 1.635 a 1.638 do CC e a perda ou suspensão daquele poder. A entidade familiar e separação dos genitores. Guarda exclusiva ou alternada e a guarda compartilhada, ou conjunta. Para os pais separados ou em convivência, cabe a decisão judicial sobre uma possível guarda compartilhada.

Colaboraram Neste Número

Áurea Pimentel Pereira, 33

Décio Xavier Gama, 213

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento Filho, 268

José de Oliveira Ascensão, 93

Leonardo de Araújo Marques, 234

Luís Roberto Barroso, 43

Maria Aglaé Tedesco Vilardo, 305

Nagib Slaibi Filho, 117

Patrícia Pimentel de Oliveira C. Ramos, 279

Paulo Roberto Leite Ventura, 17

Plínio Lacerda Martins, 149

Rafael Carvalho Rezende Oliveira, 177

Ronald Pietre, 294

Ronaldo Leite Pedrosa, 217

Sergio Demoro Hamilton, 198

Wilson Marques, 136



EMERJ

Lei de Recuperação de Empresas Do Processo e Julgamento dos Crimes Falimentares (Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005)

Paulo Roberto Leite Ventura

Desembargador. Presidente da 1ª Câmara Criminal TJ/RJ e Diretor-Geral da EMERJ.

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Dentre as leis especiais ou extravagantes, no campo do Direito e do Processo Penal, está a Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em cujo conteúdo revogou, às expensas, o Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945, como também os artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal, que regulam o processo e o julgamento dos crimes de falência, ressalvando o artigo 192 da nova lei, como regra geral, que “não se aplica aos processos de falência ou de concordata ajuizados anteriormente ao início da sua vigência”, os quais deverão ser concluídos à luz do referido Decreto-Lei nº 7.661/45. Contudo, e curiosamente, no parágrafo 4º do referido artigo 192, o legislador dispôs que, no caso de sentença de falência decretada depois da entrada em vigor da lei nova, quer resultante de convalidação, de concordatas ou de pedido de falência anteriores,

observa-se o que dispõe o seu artigo 99, ou seja, nesse caso, muito embora incida o Decreto-Lei 7.661/45 até a sentença, a partir desta e posteriormente, aplica-se a nova lei.

A Lei nº 11.101/2005, diferentemente do Decreto-Lei nº 7.661/45, ao tratar incisivamente muito mais da preservação da empresa em momento de crise do que propriamente de sua falência, dá extraordinário realce a este pioneiro instituto da recuperação (artigo 47, da Lei nº 11.101/2005).

Esta lei, que à primeira vista causa perplexidade ao desavisado leitor, é inovadora no campo do direito, à medida em que visa, como regra, a recuperação do crédito e, como alternativa extrema, a falência.

Falir, juridicamente, quer dizer faltar ou suspender os pagamentos no âmbito do comércio. Assim, sob este ponto de vista, falência quer dizer o estado do comerciante que suspende ou falta aos seus pagamentos.

Foi no Código Napoleônico de 1807 que a falência foi disciplinada como instituição peculiar à classe dos comerciantes, e a esse código se filiou o nosso Código Comercial de 1850. Por ele, o interesse principal da falência estava na apuração da responsabilidade criminal do falido.

Propõe-se aqui, sob ciência das limitações doutrinárias que cercam o tema no âmbito do direito falencial, diante deste novo instituto legal, analisar o processo e julgamento dos crimes falimentares, que contêm tipos penais próprios e características processuais com rito bem diferenciado dos demais procedimentos.

O procedimento falimentar se inicia, como quer o artigo 180 da lei nova, com a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial, sentença essa que, para alguns, é meramente declaratória e, para outros, além de declaratória é também constitutiva.

Partindo-se desta premissa, a conclusão a que se chega é a de que a sentença declaratória da falência, ou a que concede a recuperação judicial ou extrajudicial, confere existência jurídica aos crimes falimentares e se converte, por conseqüência, em condição objetiva da sua punibilidade. A respeito, a nova lei não trouxe significativas novidades dentro da dogmática, tanto que o saudoso e

mestre de todos nós, Nelson Hungria, incluía os crimes antifalimentares no quadro dos crimes condicionados, nos quais a punibilidade é subordinada a um acontecimento extrínseco e ulterior à consumação (condição objetiva de punibilidade).

O crime falimentar é, por excelência, concursual, face à correlação existente entre a falência e o crime falimentar, razão por que é de se aproveitar a lição do professor Manoel Pedro Pimentel, quando afirmou alhures que a existência do crime falimentar está a depender da declaração da quebra, aduzindo, ainda, que o “crime falimentar é um crime concursual, pois o seu reconhecimento depende de um fato exterior à sua própria conceituação típica. Além da integração dos elementos constitutivos da sua figura típica, de concorrer à declaração da quebra” e, hoje, pela nova lei, de decisão que concede a recuperação judicial ou extrajudicial.

O sempre lembrado professor Oscar Stevenson, em sua obra sobre Crime Falimentar, lecionou: “chamam-se crimes concursuais ou concursais aqueles que concorrem com outros fatos jurídicos estranhos à esfera do Direito Penal, incluindo-se entre eles, sem dúvida, o crime falimentar”.

Importante salientar que o crime falimentar tem por objetivo atentar contra o comércio, sendo o crédito público o bem jurídico tutelado pela lei, gerando causas que venham a atingir a esfera penal, decorrentes da conduta criminosa do comerciante.

Correta, a meu juízo, a posição do jovem professor Arthur Migliari Júnior, ao prelecionar que “das várias definições estudadas, sentimos que os crimes falenciais têm natureza híbrida, posto que ferem mortalmente o crédito público e a economia pública, gerando a instabilidade nas relações comerciais e econômicas. São situações que abalam a credibilidade daqueles que negociam, além das perdas naturais do relacionamento comercial. Dentro desta linha de raciocínio, entendemos que o crime de falência tem natureza pública, gerando a instabilidade ao crédito público e à economia pública”.

Este conceito, já sedimentado desde o advento do Decreto-Lei nº 7.661/45, não foi inteiramente modificado pela nova Lei nº 11.101/2005.

Quanto ao seu elemento subjetivo, o crime falimentar é eminentemente doloso, podendo ele ser de dano, quando resulta uma

lesão, total ou parcial, e de perigo, quando sobrevém a possibilidade de uma ameaça lesionadora de um bem ou interesse. Assim, à luz da Lei 11.101/2005, todos os delitos nela previsto são punidos a título de dolo, realçando-se que, em algumas hipóteses, ocorre o dolo específico, como mais adiante analisarei.

Cumprе ressaltar que, por força do disposto no artigo 12 do Código Penal, “as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”. Assim, contrariamente ao que dispunha o artigo 199 “caput” do Decreto-Lei 7.661/45, que estabelecia o prazo prescricional de dois anos para o crime falimentar, hoje, com o advento da Lei 11.101/2005, consoante dispõe o seu artigo 182, a prescrição dos crimes previstos nesta lei reger-se-á pelo Código Penal, começando a fluir do dia da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial. Assim, restabelecendo o legislador, em boa hora, as diretrizes traçadas pelo Código Penal, a prescrição passa a ser calculada com base na pena cominada ou aplicada ao delito, advertindo-se, contudo, para o seu marco inicial, que não é a data do cometimento do crime, mas sim a data da decretação da quebra ou da sua recuperação judicial ou extrajudicial (art. 182).

Os crimes falimentares ou falenciais, partindo-se do sujeito ativo, classicamente estão divididos em crimes próprios e impróprios, pontuando a nova lei, aliás, não discrepando da tradição, que os crimes falenciais próprios são aqueles cometidos pelo próprio comerciante que incorre em falência, e impróprios, quando decorrentes de um concurso de agentes, ou seja, sempre que pessoa estranha ao mundo do comércio pratica com o comerciante ou possibilita que este pratique atos que venham a gerar falência, para o que se impõe uma conexão, não só instrutória como probatória. Em resumo, os crimes falenciais impróprios ocorrem relacionados àqueles que participam da relação processual, direta ou indiretamente (Juizes, Promotores, Contadores, Gestores, Administradores etc.), conforme prevêm os artigos 168, parágrafo 3º, 169, 170, 174, 175, 177 e 179, todos da Lei 11.101/2005. Curioso ressaltar que, por um equívoco do legislador, a figura do depositário restou esquecida e não figurou no

elenco daqueles que podem cometer um crime falencial impróprio, contudo, por aplicabilidade absoluta do artigo 12 do Código Penal, poderá ele sofrer imputação, à luz do que dispõe o artigo 29 do Código Penal, ao cuidar do concurso de pessoas, o mesmo ocorrendo com aquele que exerce a função de preposto.

Quanto ao sujeito passivo da relação processual penal falencial, tem-se o Estado especialmente, como regra, e, secundariamente, a comunidade de credores, estes habilitados ou não e, ainda, como novidade trazida pela nova lei, o devedor, especialmente nos crimes definidos nos artigos 169 e 170 da LRE.

O crime falimentar ou falencial, quanto ao momento da execução, será ante-falimentar, ou seja, quando praticados atos criminosos antes da declaração judicial da falência (art. 168, parágrafo 1º, incisos I a V; 169, 171, 172). O crime, contudo, será pós-falimentar (próprio) quando os atos tipificadores da conduta criminosa ocorrerem após a sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar plano de recuperação extrajudicial (art. 172 da LRE).

DO PROCEDIMENTO CRIMINAL

O crime falencial ou falimentar, em regra, segundo dispõe o artigo 184 da LRE, é de ação pública incondicionada, muito embora o legislador tenha previsto, no parágrafo único do referido artigo, a possibilidade de ser proposta ação penal privada subsidiária quando decorrido o prazo a que se refere o artigo 187, parágrafo 1º, sem que o representante do Ministério Público ofereça denúncia, o suficiente para legitimar qualquer credor habilitado ou o administrador judicial para deflagrar a *persecutio criminis*, dando, assim, uma redação diversa daquela prevista no artigo 503 do Código de Processo Penal, ora revogado.

A ação penal privada subsidiária, contudo, fica adstrita a um prazo decadencial de 6 meses, e o prazo para o Ministério Público oferecer a denúncia é aquele previsto no artigo 46 da lei processual penal, ou seja, 5 (cinco) dias se o réu estiver preso e 15 (quinze) dias se estiver solto, conforme estatui o parágrafo 1º do artigo 187 da LRE, ressalvada a hipótese de, estando solto ou afiançado o réu, decidir o Ministério Público por aguardar a apresentação da exposição

circunstanciada de que trata o artigo 186 da lei especial em comento, devendo, nesta hipótese, oferecer a denúncia seguidamente em 15 (quinze) dias. Este prazo, como lógico, será contado a partir da data em que o Ministério Público receber novamente os autos.

Com o advento da Lei nº 11.101/2005, **ex-vi** do seu artigo 200, restaram revogados os artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal que disciplinavam o processo e julgamento dos crimes de falência e, assim, como prelecionou o Professor Arthur Migliari Júnior, em aula proferida na EMERJ, durante o período de **vacatio** da nova lei, haveria vários momentos “destinados à apuração dos crimes falenciais, não se cingindo ela ao inquérito judicial, como era no modelo do Decreto-Lei 7.661/45”.

Prossigue o eminente professor:

Assim, podemos observar que o primeiro momento de apuração dos crimes falenciais se dá com a decretação da falência, ou da concessão da recuperação judicial, sendo intimado o Órgão do Ministério Público (artigo 187, caput), ao qual incumbirá observar se age desde esse instante, ou não, dentro de seu juízo de discricionariedade.(...)

O segundo momento de apuração dos crimes falenciais se dará quando da apresentação do relatório do administrador (art. 22, III, “e”, c/c 186, caput), quando este mostrar as responsabilidades civis e penais dos envolvidos nos processos falenciais e de recuperação de empresa” (ao mesmo estilo do que acontecia com o relatório do síndico na legislação anterior).(…)

O terceiro momento se resume a uma forma pouco comum de apuração de quaisquer delitos, eis que se dará em qualquer fase processual, desde que haja indícios de prática de delitos (art. 187, parágrafo 2º).

Importante ressaltar que o legislador buscou, com a nova lei, acabar de vez com aquele anacrônico procedimento processual do inquérito judicial, prestigiado por tantos anos pelo Decreto-Lei nº 7.661/45, em seu artigo 103, cujo desenvolvimento corria no juízo falencial, até que a denúncia fosse recebida por despacho funda-

mentado, pelo qual o Juiz da falência se despojava da sua competência e determinava a imediata remessa dos autos ao Juízo Criminal para posterior prosseguimento da ação penal que, a partir de então, deveria obedecer às diretrizes traçadas pela lei processual penal, previstas nos artigos 503 a 512 do Código de Processo Penal, o que, aliás, já não vinha sendo efetivamente observado.

Hoje, por força do que dispõe o artigo 187 da LRE, ao ser intimado da sentença, quer daquela que decreta a quebra ou da que concede a recuperação judicial, o Ministério Público, se verificar a prática de crime previsto na nova lei especial ou mesmo a existência de indícios sérios e concludentes dos delitos, estará legitimado para, imediatamente, como quer a lei, deflagrar ação penal ou, se assim não entender, em razão de ausências de documentos capazes de revelar um suporte mínimo acusatório, poderá requisitar a instauração de inquérito policial, este disciplinado pelos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal, consoante dispõe o artigo 188 da LRE.

Averbe-se, entretanto, por disposição expressa do artigo 192, parágrafo 1º da LRE, ainda restou preservada a figura do inquérito judicial, cuja conclusão deve ser aguardada, por não se aplicar a nova lei aos processos de falência ou concordata, desde que ajuizados anteriormente à sua vigência, os quais deverão ser concluídos em conformidade com o estatuído pelo Decreto-Lei 7.661/45.

Por outro lado, como a Constituição Federal legitima plenos poderes ao Ministério Público para promover ações em defesa dos interesses difusos e coletivos, pode também o *Parquet* ajuizar ação civil pública, quer por meio de inquérito civil (art. 8º da Lei 7.437/85), ou, ainda, por peças de informações (art. 129, I, III, VI, VIII e IX, da Carta Constitucional Federal), podendo ser este mais um momento ou meio para também se apurar prática de crimes falenciais, isto porque “a ação civil de responsabilidade dos danos patrimoniais abrange tanto os interesses difusos quanto os coletivos, neste último aspecto, a comunidade de credores habilitados ou não”, como se infere, aliás, do artigo 186 da LRE, que faz expressa referência ao artigo 22, III, “e”, da aludida nova lei especial.

Rematando, segundo dispõem os artigos 183 a 188 da LRE, o rito procedimental do crime falimentar ou falencial é de natureza sumária, previsto nos artigos 538 a 540 do Código de Processo Penal, uma vez que, a partir da Constituição de 88, o procedimento judicialiforme restou sepultado, tendo em vista a norma expressa do artigo 129, I, da CF, que assegura somente ao Ministério Público, como uma de suas funções institucionais, a legitimidade privativa para promover ação penal pública.

Entendamos, pois, o rito procedimental do crime falimentar.

1. É da competência do juízo criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência conhecer e julgar a ação penal proposta por infração dos tipos previstos nos artigos 168 a 178 da LRE.

Esta regra expressa no artigo 183 da referida lei estabelece o princípio da unidade do juízo falencial, criando uma exceção ao princípio da competência *ratione loci* contemplado no artigo 69 do Código de Processo Penal, isto é, permite a nova lei que o fato de longe seja julgado na jurisdição da falência.

Quero dizer que, apesar de a primeira regra definidora da competência em matéria penal se situar exatamente no lugar da infração, ditando o artigo 6º do Código Penal que "considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde produziu ou deveria produzir-se o resultado", segundo a nova lei, ainda que a ação criminosa venha a ser praticada em local outro, a teor de seu artigo 183, prevalece o princípio da universalidade que previne a competência do juiz criminal da jurisdição onde tenha sido decretada a falência, concedida a recuperação judicial ou homologado o plano de recuperação extrajudicial, para conhecer da ação penal pelos crimes nela previstos.

Na verdade, a nova lei construiu uma derrogação da regra do julgamento no distrito da culpa, quando se sabe que onde o crime foi praticado, onde a ordem social foi violada, aí deve haver a manifestação do *jus persecuendi* e aí deve realizar-se o *jus puniendi*, isso porque o lugar da infração é o mais indicado para o processo, por vários motivos, dentre os quais sobressaem dois: o primeiro está atrelado ao princípio da prevenção geral, pois a pena, entre suas diversas finalidades, tem a de prevenir o crime, e o castigo imposto ao delinqüente é exemplo a ser edificado na comunidade onde

o fato se passou; o outro é que aí existem, em regra, as provas do delito, pois elas, em sendo colhidas, geralmente no local do crime, por tal razão e conseqüentemente, poderão ser melhor pesadas e apreciadas pelo julgador da localidade onde ele foi perpetrado.

2. Firma a regra da ação penal pública incondicionada e suprime a figura do assistente de acusação;

3. Estabelece o rito sumário, a teor dos artigos 538 a 540 do Código de Processo Penal, após recebida a denúncia;

4. Recebida a denúncia, regularmente citado o réu, será ele interrogado, deferindo-se-lhe prazo para oferecer alegações preliminares e arrolar até cinco testemunhas, **ex-vi** do artigo 539 do Código de Processo Penal. Inquiridas as testemunhas, passa-se aos debates orais, seguindo-se a sentença, que pode ser prolatada na audiência, caso o Juiz se julgue habilitado para decidir a questão. Caso contrário, a teor do disposto no artigo 538, parágrafo 3º do Código de Processo Penal, o julgador poderá determinar que os autos lhe sejam conclusos para decidir no prazo de 5 (cinco) dias.

Em verdade, com esta nova lei, o legislador buscou dar maior celeridade ao julgamento dos crimes falimentares ao estabelecer o rito sumário, que se aplica a todos os feitos, ainda àqueles em que o andamento tenha sido iniciado à luz do Decreto-Lei 7.661/45, por se tratar de regra de direito processual, de incidência imediata, como previsto no artigo 2º do Código de Processo Penal, descabendo, portanto, qualquer alegação de afronta a princípio constitucional. Desprezado, assim, o rito mais lento, o legislador buscou impedir que a maioria dos crimes falimentares prescrevessem, dada a complexidade da apuração do tipo penal, muitas vezes desdobrada em inúmeros estágios no curso da investigação falencial para se chegar até a decretação da quebra, esta como condição objetiva de punibilidade. Visou, em verdade, o legislador, a uma rápida entrega da prestação jurisdicional.

DOS TIPOS PENAIIS

A nova lei pune com mais gravidade os crimes contábeis e, na medida em que fomenta a pena, faz com que o comerciante reflita

e pense mais um pouco na cautela que deve ter no desempenho da sua atividade comercial, não porque a pena em si só possa intimidar, mas sobretudo, porque a lei encerra, aliás com muita evidência, a certeza da punição e as conseqüências dela decorrentes.

A regra da prescrição, como novidade, passou a ser regulada pelo Código Penal, conforme expressamente dispõe o artigo 182 da LRE.

Por outro lado, a respeito das causas interruptivas do lapso prescricional, a nova lei, no parágrafo único do artigo 182, apenas estatui que a decretação da falência do devedor interrompe a prescrição cuja contagem tenha sido iniciada com a concessão da recuperação judicial ou com a homologação do plano de recuperação extrajudicial. Importante realçar, contudo, apesar do silêncio da lei falencial, que também interrompem o curso da prescrição o recebimento da denúncia, a sentença condenatória recorrível, o início ou continuação do cumprimento da pena e a reincidência, **ex-vi** do artigo 117, I, IV, V e VI do Código Penal, c/c o artigo 182, parágrafo único da LRE.

A respeito, pela Súmula 592, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que “nos crimes falimentares aplicam-se as causas interruptivas da prescrição previstas no Código Penal” e, com o advento da nova lei, nada restou alterado no entendimento sumulado.

Incide, também, na nova lei, a redução dos prazos prescricionais, conforme disposto no artigo 115 do Código Penal, que disciplina: “são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de vinte e um anos de idade, ou, na data da sentença [aqui entendida condenatória] maior de setenta anos de idade”.

Importante aclarar que, fugindo à regra do **tempus regit actum**, o prazo da prescrição da pretensão punitiva não começa a correr do dia em que o crime se consumou, como previsto no artigo 111, I, do Código Penal, mas da data da decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação do plano de recuperação extrajudicial.

Uma outra questão, é importante comentar, diz respeito à suspensão do prazo prescricional, em face do absoluto silêncio da nova

lei. Assim é que, decretada a falência e havendo interposição de recurso, até que a instância superior julgue, não há a menor dúvida de que está suspenso o prazo prescricional por incidência, na hipótese, do artigo 116 do Código Penal, até que seja pacificada ou não a validade da sentença recorrida.

Outro aspecto interessante é reconhecer-se que, uma vez iniciado o processo de recuperação, interrompe-se automaticamente o prazo prescricional; frustrada a recuperação, pode ser retomado o lapso prescricional com o advento da sentença declaratória da quebra.

O artigo 168 da LRE cuida da fraude contra credores, figura delituosa que não é nova, visto que já contemplada no artigo 187 do Decreto-Lei 7.661/45, agora, entretanto, punida com pena mais severa e que oscila entre 3 a 6 anos de reclusão, e multa, sendo que anteriormente a pena era de 1 a 4 anos de reclusão.

A novidade, contudo, é a imposição cumulativa da pena reclusiva com a pecuniária, esta com previsão no artigo 49 do Código Penal e seus parágrafos. Outra novidade trazida pelo legislador reside no elemento subjetivo, agora a título de dolo específico ou direto, à medida em que, contrariamente à previsão contida na legislação revogada, estabeleceu-se que o ato fraudulento há que ter fim específico e finalístico voltado para obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem, ao passo que, à luz do revogado artigo 187 do Decreto Lei nº 7.661/45, o fim visado pelo agente não era obter, mas criar ou assegurar injusta vantagem para si ou para outrem.

Por outro passo o legislador, nos parágrafos primeiro e incisos segundo e terceiro do suso mencionado artigo 168 da LRE, criou tipos subordinados que geram causas especiais de aumento da pena. Como novidade, passou a punir com agravamento da pena de 1/3 até a metade, se o devedor manteve ou movimentou recursos ou valores em contabilidade paralela àquela exigida pela legislação, admitindo, mais adiante, no parágrafo terceiro do mesmo artigo 168, o concurso de pessoas, estendendo uma malha para alcançar os contadores, técnicos contábeis ou outros profissionais que, direta ou indiretamente, de qualquer modo concorreram, na medida da sua culpabilidade, para as condutas criminosas descritas no seu parágrafo primeiro, incisos, I a V e parágrafo segundo.

Sensível ao funcionamento das microempresas ou de empresas de pequeno porte, o legislador, no parágrafo quarto, do artigo 168 em testilha, criou causa especial de diminuição da pena, admitindo, também, a possibilidade da substituição da mesma, sempre que não se constatar prática habitual de conduta fraudulenta por parte do falido. Na hipótese, a redução oscilará de 1/3 até 2/3, ou, se satisfeitas as diretrizes do artigo 44 do Código Penal, o Juiz poderá, também, substituir a pena privativa da liberdade por restritivas de direitos, pelas perdas de bens e valores ou pela prestação de serviço à comunidade.

Também punido a título de dolo direto, está o crime de violação de sigilo empresarial, previsto no artigo 169 da LRE, repousando o atuar injusto do agente na contribuição consciente para (o fim de) conduzir o devedor a estado de inviabilidade econômica ou financeira. No mesmo sentido, o crime de divulgação de informações falsas, previsto no artigo 170 da LRE, cujo elemento subjetivo do tipo reside na ação de divulgar ou propalar, por qualquer meio, informações sabidamente falsas sobre o devedor em recuperação, visando levá-lo à falência ou, ainda e alternativamente, para obter vantagem (vantagem essa que só pode ser econômica ou financeira, é a conclusão a que se chega em face do silêncio do legislador). Impende ressaltar, ainda, que somente a divulgação sabidamente falsa é que integra o tipo penal em tela. Estas duas modalidades de crime representam, sem dúvida, uma novidade da nova lei, cujo escopo é o de proteger os devedores.

O artigo 171 da LRE cuida do crime de indução ao erro, delito que se assemelha ao de fraude processual, previsto no artigo 347 do Código Penal. Aqui, diferentemente daquele, o tipo penal contempla uma hipótese específica de fraude direcionada ao processo de falência, de recuperação judicial ou de recuperação extrajudicial, que se pune a título de dolo e se especifica pelo fim de induzir a erro o Juiz, o Ministério Público, os credores, a assembléia geral de credores, o Comitê ou o administrador judicial. Trata-se, como se infere do próprio tipo, de crime formal ou de mera conduta, cujo **summum opus** ocorre desde que ultimada a sonegação ou a omissão de informação, ou, ainda, prestadas informações falsas, pouco importando

que se siga ou não o engano do juiz, do Ministério Público etc. ou, ainda, que por motivo superveniente, o processo não chegue à fase de julgamento, desde que o artifício articulado mostre-se idôneo a enganar.

Este crime, entretanto, é autônomo e não subsidiário, admitindo-se, contudo, cúmulo material com outro delito mais grave (p. ex., art. 168 da LRE).

O artigo 172 descreve tipos de crime ante e pós-falimentar. O primeiro, se a conduta antecede a sentença declaratória da quebra ou a que concede a recuperação judicial ou homologa plano de recuperação extrajudicial. O segundo, se a conduta criminosa é posterior. Em qualquer hipótese, o sujeito ativo pode ser próprio ou impróprio, visto que o legislador não distinguiu quem pode praticar o ato de disposição ou oneração patrimonial, ou gerador de obrigação, destinado a favorecer um ou mais credores, em prejuízo dos demais. No parágrafo único do artigo 172, o legislador previu a mesma pena de 2 a 5 anos de reclusão e multa para aquele que recebeu os bens, desde que comprovado um nexo subjetivo de conluio com aquele que praticou a conduta prevista no *caput* do mesmo artigo, demonstrado que se beneficiou em detrimento dos demais credores.

A novidade trazida pelos artigos 173 e 174 da LRE repousa no uso dos bens. Notam-se, contudo, duas imperfeições do legislador. A primeira, no artigo 173, quando deixou sem punição aquele que ainda não teve a falência decretada e não estava em recuperação, apesar de o referido dispositivo legal falar em “massa falida”, a concluir-se pela existência já sedimentada da universalidade de direito, ao passo que, na dicção do artigo 174, o legislador optou por não punir aquele que praticou crimes contra bens da empresa em recuperação, privilegiando tão-só os bens pertencentes à massa falida.

No artigo 175 da LRE, o legislador repristinou a figura delituosa contemplada no artigo 189, II, do Decreto-Lei 7.611/45, à medida em que cuida da habilitação ilegal de crédito.

Já no artigo 176, está prevista a hipótese de exercício ilegal de atividade, visando a punir aquele que desrespeita decisão judicial que inabilita ou incapacita alguém para o exercício do comércio.

Esta figura delituosa também tem previsão no artigo 359 do Código Penal, que pune com pena de detenção aquele que desobe-

dece decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito. Vê-se, pois, que a intenção do legislador foi a de assegurar penalmente o cumprimento de pena restritiva de direito. O que se incrimina, bom é realçar, é o fato de exercer atividade para a qual foi inabilitado ou incapacitado e, conforme expressamente declara o tipo penal, é preciso que a inabilitação ou incapacidade de que se cuida decorra de decisão judicial, definitiva ou em caráter provisório.

O elemento subjetivo é o dolo genérico, e o crime se consuma com a efetiva prática de qualquer ato que implique violação da decisão judicial no tocante à inabilitação ou incapacitação para a atividade comercial.

O artigo 177 da LRE descreve um crime falencial impróprio e de consumação antecipada, porque a conduta se exaure antes de qualquer prejuízo para a massa falida. O que se pune na espécie é a mera especulação, quebrando o princípio da boa-fé. Vê-se, pois, que quando o legislador cuida da especulação, está, em verdade, punindo a mera intenção do agente. Nota-se, assim, neste dispositivo, mais uma falha do legislador à medida em que deixou de fora o depositário de bens, exatamente aquele que, mais do que qualquer outra pessoa, melhor conhece os bens da massa falida.

Na hipótese, se conceituada a conduta nos limites do crime meramente formal, ou seja, crime que descreve um resultado que efetivamente não se precisa verificar para a ocorrência da consumação, bastando, tão-só, a ação meramente volitiva do agente, **in casu**, esta isolada especulação de lucro para a concretização de seu intento, desde que manifestada, à evidência, no atuar reprovável do agente, é o suficiente para configurar um dano em potencial. Na verdade, em crimes desta natureza que, à primeira vista, parece buscar-se punição em razão de mera **cogitatio**, impõe-se entender que o legislador visou a definir um tipo penal de consumação antecipada, satisfazendo-se com a mera conduta que antecede, ou, em última análise, alheia-se por completo ao **eventus damni**, segundo a lição de Hungria. Há que se ressaltar, contudo, que, na parte final do artigo 177 da LRE, quando o legislador fala da “especulação de lucros”, está ele descrevendo tão-somente o comportamento do agente, sem se preocupar com o resultado, satisfazendo-se, como se pode concluir, com a sua mera volição. Contudo, comprovada, em decor-

rência da especulação de lucro, a existência de um efetivo **eventus danni**, capaz de tipificar autonomamente outro injusto, definido nesta lei especial ou no Código Penal, é de se recepcionar na capitulação a figura do concurso de crimes.

O artigo 178, por derradeiro, descreve um tipo de crime subsidiário, comissivo por omissão, sendo o único, na nova legislação falencial, que permite a suspensão condicional do processo, porque elencado no rol daqueles crimes de menor potencial ofensivo, cabendo, portanto, aplicação do artigo 89 da Lei 9.099/95 e artigo 2º da Lei 10.259/01.

Infere-se que o agente, ao deixar de elaborar, escriturar ou autenticar os documentos de escrituração contábil obrigatórios, pratica uma conduta omissiva imprópria ou comissiva por omissão, certo que a omissão no seu atuar reflete o meio pelo qual o agente produz o resultado, cabendo lembrar que, em crimes desta natureza, o que a lei pune não é a omissão em si, devendo o agente responder tão-somente em razão do resultado decorrente da sua deliberada conduta omissiva, conduta esta a que está obrigado a impedir. Esta é a conclusão lógica a que se chega em razão da regra que soa do parágrafo 2º do artigo 13 do Código Penal, ao dispor, **verbis**:

A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção e vigilância; de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado ou com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

O legislador, como se infere, dá especial relevo à figura do garantidor, destacando a relevância da omissão. Como leciona o professor Cezar Roberto Bitencourt a respeito do tema:

Na omissão ocorre o desenrolar de uma cadeia causal que não foi determinada pelo sujeito, que se desenvolve de maneira estranha a ele, da qual é um mero observador. Acontece que a lei determina-lhe a obrigação de intervir nesse proces-

so, impedindo que produza o resultado que se quer evitar. Ora, se o agente não intervém, não se pode dizer que causou o resultado, que foi produto daquela energia estranha a ele, que determinou o processo causal.

E prossegue o eminente professor:

Na verdade, o sujeito não o causou, mas como não o impediu, é equiparado ao verdadeiro causador do resultado. Portanto, na omissão não há o nexo de causalidade, há o nexo de não impedimento. A omissão relaciona-se com o resultado pelo seu não impedimento e não pela sua causação. E esse não-impedimento é erigido pelo Direito à condição de causa, isto é, como se fosse a causa real. Dessa forma, determina-se a imputação objetiva do fato.

Contudo, a omissão só integrará o elemento do crime falencial no momento em que ocorrer o advento da sentença de quebra ou de recuperação, isto porque a simples omissão, solta no mundo exterior, sem que tal ocorra, pode, quando muito, caracterizar um tipo contravencional previsto no artigo 49 da LCP, ainda vigente, ou, quiçá, o tipo do artigo 297, parágrafo 2º, do Código Penal.

Na hipótese de ocorrer a prática do crime previsto neste artigo, a competência se firmará em favor do Juizado Especial Criminal, observando o que dispõe o artigo 183 da LRE.

Com estas breves considerações, espero contribuir para que todos possamos viver mais intensamente esta nova e revolucionária lei. 📄

A Redução da Idade Penal

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora TJ/RJ

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, teve o cuidado – o que não ocorreu nas Cartas Políticas anteriores – de declarar que a criança e o adolescente são titulares de direitos fundamentais, que foram definidos como: direito à vida, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária e à efetiva proteção contra toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Essas normas programáticas, contudo, ficaram praticamente no papel, mesmo após a edição do ECA, lei demagógica – no que diz respeito ao tratamento proposto para o menor infrator – e tibia ao enunciar as regras de proteção à criança e ao adolescente, quando vítimas de desrespeito aos seus direitos.

O referido diploma legal, aliás, foi objeto de severa crítica, por parte de Alyrio Cavallieri – grande minorista que aprendemos a admirar e respeitar – que, em pronunciamento publicado em setembro de 1990, no **Jornal Tribuna do Advogado** – assinalou ter, o referido Estatuto, cuidado mais de incluir, em seu texto, normas de conflito que já se encontravam corretamente disciplinadas na legislação tutelar anterior (Código de Menores), preocupando-se menos em alinhar disposições que efetivamente consolidassem os direitos que, no ordenamento constitucional vigente, foram aos menores assegurados.

É verdade que, no texto do Estatuto, teve o legislador o cuidado de, em seus artigos 3º, 4º, 5º, 7º, 15º, 16º, 17º e 18º, expressamente, prometer à criança e ao adolescente o efetivo respeito aos direitos que lhes foram, no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, garantidos.

É doloroso, contudo, constatar que, infelizmente, o que se vê, atualmente, é a criança e o adolescente vítimas de uma verdadeira

inércia, e mais do que isso, uma criminosa omissão, por parte do Estado, traduzida no descumprimento aberto daqueles direitos, principalmente os relacionados com a saúde, a educação, enfim, com uma vida digna.

Assim, faltam iniciativas governamentais capazes de garantir aos menores abandonados abrigo – que, naturalmente, não se pareça com os “depósitos” hoje existentes, verdadeiras escolas da criminalidade – e, aos menores delinquentes, estabelecimentos capazes de conduzi-los à recuperação, através do estudo, do trabalho e da profissionalização.

Os nossos governantes parecem deslembados de que a criança ou o adolescente, hoje desassistido ou não convenientemente reprimido, quando houver praticado algum ato anti-social, será o homem violento de amanhã.

O problema do menor, em nosso país, tem sido, na verdade, tratado pelos governantes com o maior desprezo e negligência.

Lamentavelmente, constata-se que os próprios pais têm falhado na obra de formação dos filhos, no recesso do lar, não lhes pondo limites, negligenciando o acompanhamento de seu comportamento, no dia a dia da vida. Há uma excessiva permissividade e acomodação daqueles em relação à conduta destes últimos.

Nas classes mais favorecidas pela sorte, os jovens – que recebem quase tudo dos pais – nem sempre conseguem, porém, que estes lhes passem seus valores e lições de cidadania.

Em muitos casos não há diálogo entre pais e filhos, oportunidade preciosa para que os primeiros transmitam aos últimos suas experiências de vida e as sábias advertências sobre os desafios que constituem as seduções do mundo, sabidamente capazes de desencadear, em crianças e adolescentes, cujas personalidades não estejam inteiramente formadas, toda sorte de desvios de comportamento, envolvendo a sexualidade, o consumo de drogas e de álcool.

De outro lado, nas camadas mais pobres de nossa população, crianças e adolescentes, confinados em favelas, são aliciados para integração ao tráfico de entorpecentes, muitas vezes, o que é mais grave, com a criminosa aquiescência dos pais.

No passado, conduta deformada de menor só era surpreendida em relação àqueles que estivessem relegados ao abandono material, vale dizer, entregues à própria sorte, sem lar e sem família.

A situação, atualmente, mudou, não sendo raros os casos de menores delinqüentes que vivem integrados a uma família, em companhia dos pais, que, em certos casos, até se beneficiam da atividade criminosa dos filhos.

À má formação dos filhos – espelho de uma sociedade que já exhibe os primeiros sinais de um processo de franca degradação – somam-se fatos outros negativos, traduzidos em exemplos deformatos de conduta que, no recesso do lar, são aos mesmos passados, em casos, profundamente dolorosos, pelos próprios pais, mais comumente, pelos meios de comunicação, não raramente exibidos em programas de televisão, como as coisas mais normais deste mundo, envolvendo desvios de comportamento e violência, esta última, muitas vezes, tratada em suas mais cruas manifestações.

Os péssimos exemplos de conduta, passados pelos meios de comunicação, através de programas de televisão, já atingiram a gravidade tal que, inclusive, levou o Ministério Público a tomar a iniciativa de propor, perante o Juízo da Primeira Vara da Infância e da Juventude da Comarca desta Capital, uma ação civil pública que tomou o nº 2000.710.004637-3, visando a compelir determinada emissora de televisão a adequar cenas de certa novela, que vinha sendo transmitida em horário considerado livre para crianças e adolescentes, levando em conta o desrespeito que aos direitos destes vinha sendo consumado, através da exibição de cenas de sexo, de nudez, de erotismo e violência, absolutamente impróprias para serem assistidas por seres ainda em formação, sem maturidade suficiente para receber informações, relativas a “uma sexualidade tipicamente adulta”, como anotou, com absoluta pertinência, a ilustre Promotora, Dra. Carla Carvalho Leite, signatária da inicial da ação civil pública, que se encontra reproduzida na **Revista do Ministério Público** nº 13/2001, p. 283/296.

É doloroso constatar que tudo isso ocorre sob olhar indiferente das autoridades constituídas, que têm preferido fazer letra morta das disposições contidas nos artigos 220, § 3º, II, 221 e 222, IV da C.F./88, deixando de lançar mão dos mecanismos, naqueles dispositivos preconizados, para pôr freio aos excessos pelos meios de comunicação cometidos, se e quando, caracterizadores de desrespeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família, que o legislador constitu-

inte, no inciso II do artigo 221 da Carta Magna, prometeu expressamente preservar.

Tudo isso geralmente ocorre em horário em que as crianças estão acordadas, assistindo televisão.

Mal formados, portanto, muitas vezes, no recesso do próprio lar, através dos exemplos negativos que lhes são passados pelos meios de comunicação (imprensa falada, escrita e televisionada), tem-se permitido aos menores o acesso ao despudor e à violência em todas as suas manifestações, violência essa que, de tanto ser vista, passa a, com naturalidade, engrossar a lista do cotidiano de uma criança ou de um adolescente.

Compreende-se, portanto, que em uma sociedade que já exhibe os primeiros sinais de deterioração tantos jovens sejam desviados para a criminalidade que, antes de encontrar sua semente, necessariamente, na fome e na miséria, tem suas verdadeiras raízes na deseducação e nos exemplos deformados de conduta que lhes são passados.

É nesse caldo de cultura que a violência germina, envolvendo, de forma assustadoramente crescente, menores, na prática de delitos, muitos deles de suma gravidade.

O quadro é, atualmente, alarmante, e tem faltado sensibilidade às autoridades constituídas para resolvê-lo.

Já tem sido comum a apreensão de adolescentes e até mesmo de crianças, envolvidos na prática de assaltos ou integrados ao crime organizado que explora o tráfico de entorpecentes.

Cada vez mais a “mão de obra” de menores, porque inimputáveis, vem sendo utilizada.

Até crianças de menos de doze anos estão sendo recrutadas por quadrilhas.

A gravidade do quadro reclama pronta solução.

Com relação aos menores infratores que tenham menos de dezesseis anos, parece adequada a sua submissão às medidas protetivas preconizadas no Estatuto da Criança e do Adolescente, medidas essas que, contudo, entendemos devem se revestir de maior severidade no que diz respeito à sua duração, quando se estiver diante de atos infracionais mais graves.

É que, no referido Estatuto, o tratamento dispensado ao menor delinqüente se afigura de extrema blandícia, uma vez que a mais

severa medida sócio-educativa de internação, na Lei prevista, tem o limite máximo de duração de três anos, soando, em certos casos, como sonora bofetada na face da sociedade ofendida e humilhada, quando aplicada, por exemplo, em caso de ato infracional análogo a um crime hediondo.

Sabe-se que há proposta em tramitação no Congresso de alteração do ECA no sentido de elevar de três para dez anos a medida socioeducativa de internação, para os atos infracionais de grande gravidade, como o homicídio qualificado, o latrocínio, o seqüestro e o estupro seguido de morte.

Dita proposta está, porém, hibernando sob o olhar dos nossos sonolentos legisladores.

A ampliação do tempo de internação parece medida adequada para aplicação a autores de atos infracionais graves que tenham menos de dezesseis anos.

Para os que tenham dezesseis anos completos, solução mais adequada merece ser proposta.

Como é sabido, o artigo 228 da Constituição Federal proclama inimputáveis penalmente os menores de dezoito anos.

A declaração ínsita no artigo sobredito de nossa Carta Política, quando proclama: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”, repetiu – como lembramos em nossa obra **Estudos Constitucionais** - a norma do artigo 27 do Código Penal que, como se esclareceu na Exposição de Motivos daquele Código, nasceu inspirada em critério de política criminal, que procurou justificar tal limite de idade, levando em conta o entendimento firmado, à época, de que antes dos dezoito anos o menor devia ser visto como ser ainda incompleto, “na medida em que não é socializado ou instruído”.

Só que em outro artigo (art.14, § 1º, II, c), a nossa Lei Maior considera o menor de dezesseis anos completos apto para o exercício do voto.

Confrontados esses dois dispositivos constitucionais, forçoso é reconhecer – como assinalou, com absoluta correção, Fernando Whitaker, em sua obra: **O Sistema Constitucional Brasileiro** – que a norma do artigo 228 da Constituição Federal, encerra, em seu bojo, verdadeira contradição, quando considera inimputáveis os

menores de dezoito anos que, nada obstante, em outra norma (artigo 14, § 1º, II, c), são admitidos a votar, presente que – como lembra aquele douto constitucionalista – “é evidente que, se estão habilitados eles a decidir o destino da pátria, deveriam responder pelos próprios atos, sob pena de gravíssimas conseqüências”.

Destarte, a conjugação da norma contida no artigo 14, § 1º, II, c da Carta de 88 - que assegura ao menor com dezesseis anos completos o direito de ser eleitor – com o artigo 228, da mesma Carta, que o declara inimputável antes dos dezoito anos, é capaz de gerar, inclusive, verdadeira incongruência quando se estiver diante de crime eleitoral praticado por menor com dezesseis anos completos, já que este, sendo inimputável, não poderá ser, então, exemplarmente punido.

É preciso, portanto, que a fixação da idade penal seja examinada sob um enfoque mais realístico, pois, insista-se, se se reconhece que o menor com dezesseis anos completos tem maturidade e discernimento para o exercício de direito político, soa inconseqüente que, com tal idade, continue ele a ser tratado como inimputável.

Argumento também vigoroso a justificar a redução da idade penal para dezesseis anos está no fato de o novo Código Civil reconhecer capacidade ao menor de dezesseis anos completos, desde que emancipado ou assistido (art. 5º, I e VI), para o exercício da atividade empresarial (artigos 974 a 976).

É que se se reconhece que ele tem discernimento para gerir os seus próprios negócios, sujeitando-se aos percalços que de sua gestão poderão advir, como, então, considerá-lo inimputável, por falta de discernimento para entender o caráter criminoso de um ato contrário à lei que haja praticado?

Como se resolverá, então, a questão da responsabilidade penal, diante da prática, por empresário menor, no curso de um processo de falência, dos crimes previstos nos artigos 168, 171, 172 e 178 da Lei nº 11.101/2005?

Que falta de discernimento é esta que, todavia, não foi considerada pelo legislador, no Código Civil vigente, como obstáculo para que o menor, com dezesseis anos completos, autorizado por seus pais, possa contrair casamento (art.1517); ser testemunha (art. 228, I) e testar (art.1860)?

Se é assim, por que não reconhecer, então, em relação ao menor que tenha dezesseis anos completos a existência de tal discernimento, quando em discussão a responsabilidade penal pela prática de delito?

Por que submeter-se à blandícia das disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente o menor que, com dezesseis anos completos, delinqüiu?

Em interessante artigo publicado na **Revista do Ministério Público** nº 14/2001, o Dr. Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, Promotor da Vara da Infância e Juventude da Capital de São Paulo, aduz argumentos irrespondíveis, que plenamente justificam a redução da idade penal, com a proposta de verdadeira reformulação dos sistemas menorista e penal do país, que aquele ilustre Promotor proclama estarem “absolutamente na contramão do que deseja a população”, lembrando que, por exemplo, a idade penal encontra-se fixada, em Portugal e na Argentina, em dezesseis anos, sabendo-se que, acrescentamos, nesse último país, foi apresentada ao Congresso, em abril do ano em curso, proposta visando a reduzir tal idade a quatorze anos, registrando, ainda, o signatário do artigo, que na Inglaterra dita idade está fixada em dez anos, na França, em treze anos; na Itália, Japão e Alemanha em quatorze anos; nos Estados Unidos da América do Norte, em sete anos, essas fixações em idades menores, merecendo, contudo, na nossa visão, crítica, por absurdas e inaceitáveis.

No referido artigo, lembrou ainda o Dr. Promotor que a idéia da fixação de idade menor para a imputabilidade penal não constitui, dentre nós, novidade, já que, anteriormente, no Brasil, a Consolidação das Leis Penais, de Vicente Piragibe, havia proposto a fixação da idade penal em quatorze anos, sendo certo que, posteriormente, o Código de Menores de 1927 (Decreto 17.943.A), adotou tal idade, que também foi proposta no Projeto Galdino Siqueira. Ao depois, o Projeto Sá Pereira sugeriu a fixação da idade em dezesseis anos, só a partir do Código Penal de 1940 tendo sido dita idade elevada para dezoito anos.

Convém lembrar, porém, que quando editado foi o Código Penal de 1940, a realidade do país era, naturalmente, outra. Não havia a onda de criminalidade, com o crescente envolvimento de

menores, que existe hoje. Não foi, portanto, uma razão biológica, mas sim política, que orientou o legislador de 1940, no sentido da fixação da idade penal em dezoito anos.

O quadro realístico do país, porém, mudou inteiramente,

Atualmente, no Brasil, temos uma sociedade em franca decadência moral, revelando-se os pais impotentes e sem autoridade para impor aos filhos limites.

A juventude está sem freios, e isto não acontece apenas nas classes menos favorecidas pela sorte, mas, também, entre os jovens da classe média alta, a revelar que, insista-se, não é necessariamente a exclusão social, a fome e a miséria que estão levando a juventude a delinquir. Não constitui mais novidade sabê-los envolvidos com o tráfico de drogas e o crime organizado.

No artigo da lavra do Promotor, Dr. Eduardo Roberto Alcântara Del-Campo, a que já nos referimos, anteriormente, registrou o seu ilustre signatário que vem se sucedendo no país a prática, por menores, de crimes de grande crueldade, destacando, como exemplo, o caso de dois adolescentes de dezessete anos que, durante um assalto, além de matarem uma das vítimas, cometeram o barbarismo de incendiar o restante dos membros da família.

Para ilustrar o artigo, apresentou o Dr. Promotor estatística, lembrando que, em São Paulo, os adolescentes são responsáveis por “significativa parcela de criminalidade urbana, sendo certo que o grau de violência por eles praticado, por vezes não encontra paralelo em crimes cometidos por adultos”.

De acordo com a referida estatística, de junho de 1999 a junho de 2000, foram praticados, por menores, 8.303 atos infracionais; desse número, 2.726 o foram por menores de dezesseis anos, e 3.750, por menores de dezessete anos.

No Rio de Janeiro, a estatística enviada pelo Dr. Juiz Titular da 2ª Vara da Infância e da Juventude da Capital revela que, de janeiro a agosto de 2005, os menores de dezesseis anos cometeram 1.119 atos infracionais e os de dezessete anos 1.510, representando tais números, respectivamente, 27% e 37% de todos os atos infracionais cometidos por menores no período.

Convive-se atualmente, no país, com um quadro gravíssimo de escalada de criminalidade, com envolvimento, a cada ano maior, de menores, na prática de delitos de suma gravidade.

Há problemas sociais e penais graves, de difícil solução, que se entrelaçam e precisam ser urgentemente enfrentados e resolvidos.

Assim, na área social, é preciso que as autoridades constituídas instituem programas de socorro às populações pobres que, atualmente, nas favelas, são mantidas reféns de organizações criminosas, deformadas em suas consciências, muitas vezes levadas a optar pela obediência cega e aberta adesão a tais organizações para garantir a própria sobrevivência.

São problemas sociais que precisam ser enfrentados, que demandam soluções básicas, que passam pelo adequado atendimento a crianças e adolescentes em todos os segmentos da sociedade, no campo da educação, saúde e assistência, enfim, pela instauração no país de um quadro de justiça social, inclusive no que diz respeito à divisão das riquezas.

O Brasil é um país de desigualdades sociais perversas, havendo, sabidamente, uma camada da população que vive, atualmente, na linha da extrema pobreza e miséria.

Embora a miséria e a pobreza – diga-se mais uma vez – não sejam, necessariamente, as raízes da criminalidade, forçoso é reconhecer que, em certos casos, podem conduzir suas vítimas - em um quadro de desespero e desesperança - à marginalidade, nessa conturbada fase de decadência moral em que, atualmente, se debate a sociedade.

Tudo isso vem ocorrendo sob o olhar complacente das autoridades constituídas.

Sabe-se que há projetos dormitando no Congresso Nacional, propondo a redução da idade penal.

As propostas são diversas. Há, proposições absurdas, como, por exemplo, a do Deputado Alberto Fraga (PMDB-D.F.) de 2001, sustentando adequada a redução da idade penal para onze anos.

Revestidos de seriedade e adequação, porém, existem em curso, no Congresso Nacional, três projetos: o primeiro, de iniciativa do Deputado Benedito Domingues, que tomou o nº 171/93; o segundo (PEC 18/99), apresentado no Senado pelo Senador Romero Jucá e o terceiro, da autoria do Senador José Arruda (PEC. 20/99), todos eles recomendando a redução da maioria penal para dezesseis anos.

O desafio está lançado e precisa ser respondido, com providências eficazes, que passam necessariamente pela alteração do Estatuto da Criança e do Adolescente, para limitar sua aplicação aos atos infracionais cometidos por menores de idade inferior a dezesseis anos, e para elevar de três para dez anos, a duração máxima da internação para os casos de atos infracionais de maior gravidade.

Para a redução da idade penal a dezesseis anos, é necessária a edição de Emenda Constitucional alterando o artigo 228 da Carta Magna.

A alteração da idade penal através de Emenda Constitucional por iniciativa do Poder Constituinte Derivado é perfeitamente possível, na medida em que a disposição que se pretende alterar (art. 228 da Carta Magna de 1988) não constitui norma pétrea, que só possa ser revista em uma nova Constituição, pelo Poder Constituinte Originário (art. 60, § 4º, I). Os direitos e garantias individuais, estes sim, normas pétreas, são tão só e exclusivamente os enunciados no Título II da referida Carta (art. 5º).

A redução da idade penal que, na nossa visão, deve ser feita, tendo como parâmetro a idade de dezesseis anos, não deve constituir, contudo, medida isolada, devendo, antes, ser acompanhada de providências outras, absolutamente urgentes, notadamente a construção de estabelecimentos para internação de menores – que não se limitem a constituir, como já se disse anteriormente, meros depósitos para albergar crianças e adolescentes – mas sim que tenham estrutura para proporcionar aos menores infratores, além da necessária ressocialização, educação e profissionalização.

A gravidade do momento está a exigir uma solução realística, distanciada do paternalismo com que a questão tem sido, até hoje, tratada.

É preciso pôr fim ao conformismo e à passividade com que o verdadeiro desafio que constitui o problema do menor vem sendo enfrentado por uma sociedade que parece ter perdido o hábito de se indignar.

É hora de exigir das autoridades constituídas vontade política, coragem e determinação para que buscada possa ser uma solução para este desafio antes que seja, para todos nós, demasiadamente tarde. ☐

Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito

O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil*

Luís Roberto Barroso

Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Mestre em Direito pela Yale Law School e Doutor livre-docente pela UERJ.

INTRODUÇÃO

“Chega de ação. Queremos promessas”.

Anônimo

Assim protestava o grafite, ainda em tinta fresca, inscrito no muro de uma cidade, no coração do mundo ocidental. A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. Os tempos não andam propícios para doutrinas,

* Este trabalho foi escrito, em sua maior parte, durante minha estada na Universidade de San Francisco (USFCA). Sou grato a Jack Garvey pelo convite e por ter tornado a vida mais fácil durante minha estada por lá. Sou igualmente grato a Nelson Diz, Ana Paula de Barcellos e Cláudio Pereira de Souza Neto por haverem lido os originais e formulado críticas e sugestões valiosas, bem como a Eduardo Mendonça, Teresa Melo e Danielle Lins pela ajuda inestimável na pesquisa e na revisão do texto.

mas para mensagens de consumo rápido. Para *jingles*, e não para sinfonias. O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes¹ e a *insegurança* é a característica da nossa era².

Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.

O artigo que se segue procura estudar as causas e os efeitos das transformações ocorridas no direito constitucional contemporâneo, lançando sobre elas uma visão positiva e construtiva. Procura-se oferecer consolo e esperança. Alguém dirá que parece um texto de auto-ajuda. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

PARTE I

NEOCONSTITUCIONALISMO E TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÂNEO

Nos três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

¹ Bertold Brecht, "Elogio da dialética". In: *Antologia poética*, 1977.

² John Kenneth Galbraith, *A era da incerteza*, 1984.

I. MARCO HISTÓRICO

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar. A seguir, breve exposição sobre cada um desses processos.

A reconstitucionalização da Europa, imediatamente após a 2ª. Grande Guerra e ao longo da segunda metade do século XX, redefiniu o lugar da Constituição e a influência do direito constitucional sobre as instituições contemporâneas. A aproximação das idéias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. Seria mau investimento de tempo e energia especular sobre sutilezas semânticas na matéria.

A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã³), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido

³ A Constituição alemã, promulgada em 1949, tem a designação originária de “Lei Fundamental”, que sublinhava seu caráter provisório, concebida que foi para uma fase de transição. A Constituição definitiva só deveria ser ratificada depois que o país recuperasse a unidade. Em 31 de agosto de 1990 foi assinado o Tratado de Unificação, que regulou a adesão da República Democrática Alemã (RDA) à República Federal da Alemanha (RFA). Após a unificação não foi promulgada nova Constituição. Desde o dia 3 de outubro de 1990 a Lei Fundamental vigora em toda a Alemanha.

emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Mais que isso: a Carta de 1988 tem propiciado o mais longo período de estabilidade institucional da história republicana do país. E não foram tempos banais. Ao longo da sua vigência, destituiu-se por **impeachment** um Presidente da República, houve um grave escândalo envolvendo a Comissão de Orçamento da Câmara dos Deputados, foram afastados Senadores importantes no esquema de poder da República, foi eleito um Presidente de oposição e do Partido dos Trabalhadores, surgiram denúncias estridentes envolvendo esquemas de financiamento eleitoral e de vantagens para parlamentares, em meio a outros episódios. Em nenhum desses eventos houve a cogitação de qualquer solução que não fosse o respeito à legalidade constitucional. Nessa matéria, percorremos em pouco tempo todos os ciclos do atraso⁴.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional no Brasil passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um *sentimento constitucional* no País é algo que merece ser celebrado. Trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior, a despeito da volubilidade de seu texto. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.

II. MARCO FILOSÓFICO

O marco filosófico do novo direito constitucional é o pós-positivismo. O debate acerca de sua caracterização situa-se na confluência das duas grandes correntes de pensamento que oferecem

⁴ V. Luis Roberto Barroso, "Doze anos da Constituição brasileira de 1988: uma breve e acidentada história de sucesso". In: **Temas de direito constitucional**, t. 1, 2002.

paradigmas opostos para o Direito: o jusnaturalismo e o positivismo. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo⁵.

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, foi o combustível das revoluções liberais e chegou ao apogeu com as Constituições escritas e as codificações. Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito⁶.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ri-

⁵ Autores pioneiros nesse debate foram: John Rawls, **A theory of justice**, 1980; Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1977; Robert Alexy, **Teoría de los derechos fundamentales**, 1993. V. Albert Calsamiglia, **Postpositivismo**, *Doxa* 21:209, 1998, p. 209: “En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas. (...) Denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política”.

⁶ Para um estudo mais aprofundado do tema, com referências bibliográficas, v. Luís Roberto Barroso, “Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro”. In: **Temas de direito constitucional**, t. III.

cas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia⁷.

III. MARCO TEÓRICO

No plano teórico, três grandes transformações subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. A seguir, a análise sucinta de cada uma delas.

1. A força normativa da Constituição

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição.

Com a reconstitucionalização que sobreveio à 2^a. Guerra Mundial, este quadro começou a ser alterado. Inicialmente na Ale-

⁷ V. Ricardo Lobo Torres, **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário: Valores e princípios constitucionais tributários**, 2005, p. 41: "De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro **A Theory of Justice** de John Rawls, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas idéias".

manha⁸ e, com maior retardo, na Itália⁹. E, bem mais à frente, em Portugal¹⁰ e na Espanha¹¹. Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. Vale dizer: as normas constitucionais são dotadas de imperatividade, que é atributo de todas as normas jurídicas, e sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado. A propósito, cabe registrar que o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial na matéria não eliminou as tensões inevitáveis que se formam entre as pretensões de normatividade do constituinte, de um lado, e, de outro lado, as circunstâncias da realidade fática e as eventuais resistências do *status quo*.

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis¹². Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.

⁸ Trabalho seminal nessa matéria é o de Konrad Hesse, "La fuerza normativa de la Constitución". In: **Escritos de derecho constitucional**, 1983. O texto, no original alemão, correspondente à sua aula inaugural na cátedra da Universidade de Freiburg, é de 1959. Há uma versão em língua portuguesa: **A força normativa da Constituição**, 1991, trad. Gilmar Ferreira Mendes.

⁹ V. Ricardo Guastini, "La "constitucionalización" del ordenamiento jurídico. In: Miguel Carbonnel, **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003.

¹⁰ V. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1991, p. 43 e ss..

¹¹ Sobre a questão em perspectiva geral e sobre o caso específico espanhol, vejam-se, respectivamente, dois trabalhos preciosos de Eduardo García de Enterría: **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1991; e **La constitución española de 1978 como pacto social y como norma jurídica**, 2003.

¹² Luís Roberto Barroso, "A efetividade das normas constitucionais: por que não uma Constituição para valer?" In: **Anais do Congresso Nacional de Procuradores de Estado**, 1986; e tb. "A força normativa da Constituição: Elementos para a efetividade das normas constitucionais", 1987, tese de livre-docência apresentada na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, publicada sob o título **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 1990 (data da 1ª. edição). Na década de 60, em outro contexto e movido por preocupações distintas, José Afonso da Silva escreveu sua célebre tese "Aplicabilidade das normas constitucionais", 1968.

2. A expansão da jurisdição constitucional

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Assim se passou, inicialmente, na Alemanha (1951) e na Itália (1956), como assinalado. A partir daí, o modelo de tribunais constitucionais se irradiou por toda a Europa continental. A tendência prosseguiu com Chipre (1960) e Turquia (1961). No fluxo da democratização ocorrida na década de 70, foram instituídos tribunais constitucionais na Grécia (1975), na Espanha (1978) e em Portugal (1982). E também na Bélgica (1984). Nos últimos anos do século XX, foram criadas cortes constitucionais em países do leste europeu, como Polônia (1986), Hungria (1990), Rússia (1991), República Tcheca (1992), Romênia (1992), República Eslovaca (1992) e Eslovênia (1993). O mesmo se passou em países africanos, como Argélia (1989), África do Sul (1996) e Moçambique (2003). Atualmente na Europa, além do Reino Unido, somente a Holanda e Luxemburgo ainda mantêm o padrão de supremacia parlamentar, sem adoção de qualquer modalidade de **judicial review**. O caso francês será objeto de menção à parte.

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal – abstrato e concentrado –, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da Constituição de 1988. A causa determinante foi a amplia-

ção do direito de propositura¹³. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade¹⁴ e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental¹⁵.

No sistema constitucional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal pode exercer o controle de constitucionalidade (i) em ações de sua competência originária (CF, art. 102, I), (ii) por via de recurso extraordinário (CF, art. 102, III) e (iii) em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas¹⁶. De 1988 até abril de 2005 já haviam sido ajuizadas 3.469 ações diretas de inconstitucionalidade (ADIn), 9 ações declaratórias de constitucionalidade e 69 arguições de descumprimento de preceito fundamental. Para conter o número implausível de recursos extraordinários interpostos para o Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional nº 45, que procedeu a diversas modificações na disciplina do Poder Judiciário, criou a figura da *repercussão geral* da questão constitucional discutida, como requisito de admissibilidade do recurso¹⁷.

3. A nova interpretação constitucional

A interpretação constitucional é uma modalidade de interpretação jurídica. Tal circunstância é uma decorrência natural da força

¹³ Desde a sua criação até a configuração que lhe foi dada pela Constituição de 1969, o direito de propositura da “representação de inconstitucionalidade” era monopólio do Procurador-Geral da República. A Constituição de 1988 rompeu com esta hegemonia, prevendo um expressivo elenco de legitimados ativos no seu art. 103.

¹⁴ Introduzida pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. V, ainda, Lei nº 9.868, de 10.11.1999.

¹⁵ V. Lei nº 9.882, de 3.12.99. Antes da lei, prevalecia o entendimento de que o mecanismo não era aplicável.

¹⁶ As ações diretas no direito constitucional brasileiro são a ação direta de inconstitucionalidade (art. 102, I, a), a ação declaratória de constitucionalidade (arts. 102, I, a, e 103, § 4º) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º). Há, ainda, duas hipóteses especiais de controle concentrado: a arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º) e a ação direta interventiva (art. 36, III). Sobre o tema do controle de constitucionalidade no direito brasileiro, v. dentre muitos: Gilmar Ferreira Mendes, **Controle de constitucionalidade**, 1990; Clèmerson Merlin Clève, **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2000; Ronaldo Poletti, **Controle da constitucionalidade das leis**, 2001; Lênio Luiz Streck, **Jurisdição constitucional e hermenêutica**, 2002; Zeno Velloso, **Controle jurisdicional de constitucionalidade**, 2003; e Luís Roberto Barroso, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2004.

¹⁷ A EC nº 45/2004 introduziu o § 3º do art. 102, com a seguinte dicção: “§ 3º. No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

normativa da Constituição, isto é, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando de seus atributos. Porque assim é, aplicam-se à interpretação constitucional os elementos tradicionais de interpretação do Direito, de longa data definidos como o gramatical, o histórico, o sistemático e o teleológico. Cabe anotar, neste passo, para adiante voltar-se ao tema, que os critérios tradicionais de solução de eventuais conflitos normativos são o hierárquico (lei superior prevalece sobre a inferior), o temporal (lei posterior prevalece sobre a anterior) e o especial (lei especial prevalece sobre a geral).

Sem prejuízo do que se vem de afirmar, o fato é que as especificidades das normas constitucionais (v. *supra*) levaram a doutrina e a jurisprudência, já de muitos anos, a desenvolver ou sistematizar um elenco próprio de princípios aplicáveis à interpretação constitucional. Tais princípios, de natureza instrumental, e não material, são pressupostos lógicos, metodológicos ou finalísticos da aplicação das normas constitucionais. São eles, na ordenação que se afigura mais adequada para as circunstâncias brasileiras: o da supremacia da Constituição, o da presunção de constitucionalidade das normas e atos do Poder Público, o da interpretação conforme a Constituição, o da unidade, o da razoabilidade e o da efetividade¹⁸.

Antes de prosseguir, cumpre fazer uma advertência: a interpretação jurídica tradicional não está derrotada ou superada como um todo. Pelo contrário, é no seu âmbito que continua a ser resolvida boa parte das questões jurídicas, provavelmente a maioria delas. Sucede, todavia, que os operadores jurídicos e os teóricos do Direito se deram conta, nos últimos tempos, de uma situação de carência: as categorias tradicionais da interpretação jurídica não são inteiramente ajustadas para a solução de um conjunto de problemas ligados à realização da vontade constitucional. A partir daí deflagrou-se o processo de elaboração doutrinária de novos conceitos e categorias, agrupados sob a denominação de *nova interpretação constitucional*, que se utiliza de um arsenal teórico diversificado, em um ver-

¹⁸ V. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2003.

dadeiro sincretismo metodológico¹⁹. Procede-se, a seguir, a uma breve comparação entre os dois modelos.

A interpretação jurídica tradicional desenvolveu-se sobre duas grandes premissas: (i) quanto ao *papel da norma*, cabe a ela oferecer, no seu relato abstrato, a solução para os problemas jurídicos; (ii) quanto ao papel do *juiz*, cabe a ele identificar, no ordenamento jurídico, a norma aplicável ao problema a ser resolvido, revelando a solução nela contida. Vale dizer: a resposta para os problemas está integralmente no sistema jurídico e o intérprete desempenha uma função técnica de conhecimento, de formulação de juízos de fato. No modelo convencional, as normas são percebidas como *regras*, enunciados descritivos de condutas a serem seguidas, aplicáveis mediante *subsunção*²⁰.

Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao *papel da norma*, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao *papel do juiz*, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo. O intérprete torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador, ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis.

¹⁹ No caso brasileiro, como no de outros países de constitucionalização recente, doutrina e jurisprudência ainda se encontram em fase de elaboração e amadurecimento, fato que potencializa a importância das referências estrangeiras. Esta é uma circunstância histórica com a qual precisamos lidar, evitando dois extremos indesejáveis: a subserviência intelectual, que implica na importação acrítica de fórmulas alheias e, pior que tudo, a incapacidade de reflexão própria; e a soberba intelectual, pela qual se rejeita aquilo que não se tem. Nesse ambiente, não é possível utilizar modelos puros, concebidos alhures, e se esforçar para viver a vida dos outros. O sincretismo – desde que consciente e coerente – resulta sendo inevitável e desejável. Em visão aparentemente diversa, v. Virgílio Afonso da Silva, “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”. In: Virgílio Afonso da Silva (org.), **Interpretação constitucional**, 2005.

²⁰ Identificada a norma aplicável, procede-se ao enquadramento do fato no relato da regra jurídica, pronunciando-se a conclusão. Um raciocínio, portanto, de natureza silogística, no qual a norma é a premissa maior, o fato relevante é a premissa menor e a conclusão é a sentença.

Estas transformações noticiadas acima, tanto em relação à norma quanto ao intérprete, são ilustradas de maneira eloqüente pelas diferentes categorias com as quais trabalha a nova interpretação. Dentre elas incluem-se as cláusulas gerais, os princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação. Abaixo uma breve nota sobre cada uma delas.

As denominadas *cláusulas gerais* ou conceitos jurídicos indeterminados contêm termos ou expressões de textura aberta, dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto. A norma em abstrato não contém integralmente os elementos de sua aplicação. Ao lidar com locuções como ordem pública, interesse social e boa-fé, dentre outras, o intérprete precisa fazer a valoração de fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática, de modo a definir o sentido e o alcance da norma. Como a solução não se encontra integralmente no enunciado normativo, sua função não poderá limitar-se à revelação do que lá se contém; ele terá de ir além, integrando o comando normativo com a sua própria avaliação²¹.

O reconhecimento de normatividade aos *princípios* e sua distinção qualitativa em relação às regras é um dos símbolos do pós-positivismo (v. *supra*). Princípios não são, como as regras, comandos imediatamente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios. A definição do conteúdo de cláusulas como dignidade da pessoa humana, razoabilidade, solidariedade e eficiência também transfere para o intérprete uma dose importante de discricionariedade. Como se percebe claramente, a menor densidade jurídica de tais normas impede que delas se ex-

²¹ As cláusulas gerais não são uma categoria nova no Direito – de longa data elas integram a técnica legislativa – nem são privativas do direito constitucional – podem ser encontradas no direito civil, no direito administrativo e em outros domínios. Não obstante, elas são um bom exemplo de como o intérprete é co-participante do processo de criação do Direito. Um exemplo real, amplamente divulgado pela imprensa: quando da morte da cantora Cássia Eller, disputaram a posse e guarda do seu filho, à época com cinco anos, o avô materno e a companheira da artista. O critério fornecido pela Constituição e pela legislação ao juiz era o de atender ao “melhor interesse do menor”. Sem o exame dos elementos do caso concreto e sua adequada valoração, não era possível sequer iniciar a solução do problema.

traia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem. Também aqui, portanto, impõe-se a atuação do intérprete na definição concreta de seu sentido e alcance²².

A existência de *colisões de normas constitucionais*, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais²³, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo. As Constituições modernas são documentos dialéticos, que consagram bens jurídicos que se contrapõem. Há choques potenciais entre a promoção do desenvolvimento e a proteção ambiental, entre a livre-iniciativa e a proteção do consumidor. No plano dos direitos fundamentais, a liberdade religiosa de um indivíduo pode conflitar-se com a de outro, o direito de privacidade e a liberdade de expressão vivem em tensão contínua, a liberdade de reunião de alguns pode interferir com o direito de ir e vir dos demais²⁴. Quando duas normas de igual hierarquia colidem em abstrato, é intuitivo que não possam fornecer, pelo seu relato, a solução do problema. Nestes casos, a atuação do intérprete criará o Direito aplicável ao caso concreto.

A existência de colisões de normas constitucionais leva à necessidade de *ponderação*²⁵. A subsunção, por óbvio, não é capaz de resolver o problema, por não ser possível enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas. Tampouco podem ser úteis os critérios

²² Tome-se, como exemplo, o princípio da dignidade da pessoa humana e veja-se a divergência quanto à sua interpretação, manifestada por dois juristas da nova geração, criados no mesmo ambiente acadêmico. Ana Paula de Barcellos situa o mínimo existencial no âmbito da dignidade humana e dele extrai os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça (**A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 305). Dessa posição diverge Daniel Sarmento, por entender inadequada a escolha de algumas prestações sociais, com exclusão de outras que, a seu ver, são igualmente direitos fundamentais, como o direito à “saúde curativa” (**Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 114).

²³ Note-se que há direitos fundamentais que assumem a forma de princípios (liberdade, igualdade) e outros a de regras (irretroatividade da lei penal, anterioridade tributária). Ademais, há princípios que não são direitos fundamentais (livre-iniciativa).

²⁴ Sobre o tema das restrições aos direitos fundamentais, v. Jane Reis Gonçalves Pereira, “Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios”, 2004, tese de doutoramento apresentada ao programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

²⁵ Ronald Dworkin, **Taking rights seriously**, 1997; Robert Alexy: **Teoría de los derechos fundamentales**, 1997, Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 2000.

tradicionais de solução de conflitos normativos – hierárquico, cronológico e da especialização – quando a colisão se dá entre disposições da Constituição originária. Neste cenário, a ponderação de normas, bens ou valores (v. *infra*) é a técnica a ser utilizada pelo intérprete, por via da qual ele (i) fará *concessões recíprocas*, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá à *escolha* do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave na matéria é o princípio instrumental da *razoabilidade*.

Chega-se, por fim, à *argumentação*²⁶, à razão prática, ao controle da racionalidade das decisões proferidas, mediante ponderação, nos *casos difíceis*, que são aqueles que comportam mais de uma solução possível e razoável. As decisões que envolvem a atividade criativa do juiz potencializam o dever de fundamentação, por não estarem inteiramente legitimadas pela lógica da separação de Poderes – por esta última, o juiz limita-se a aplicar, no caso concreto, a decisão abstrata tomada pelo legislador. Para assegurar a legitimidade e a racionalidade de sua interpretação nessas situações, o intérprete deverá, em meio a outras considerações: (i) reconduzi-la sempre ao sistema jurídico, a uma norma constitucional ou legal que lhe sirva de fundamento – a legitimidade de uma decisão judicial decorre de sua vinculação a uma deliberação majoritária, seja do constituinte ou do legislador; (ii) utilizar-se de um fundamento jurídico que possa ser generalizado aos casos equiparáveis, que tenha pretensão de universalidade: decisões judiciais não devem ser casuísticas; (iii) levar em conta as conseqüências práticas que sua decisão produzirá no mundo dos fatos²⁷.

²⁶ Sobre o tema, v. Chaim Perelman e Lucie Olbrechts-Tyteca, **Tratado da argumentação: A nova retórica**, 1996 (1a. edição do original **Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique**, 1958); Robert Alexy, **Teoria de la argumentación jurídica**, 1989 (1a. edição do original **Theorie der juristischen Argumentation**, 1978); Manuel Atienza, **As razões do direito. Teorias da argumentação jurídica**, 2002; Margarida Maria Lacombe Camargo, **Hermenêutica e argumentação**, 2003; Antônio Carlos Cavalcanti Maia, "Notas sobre direito, argumentação e democracia". In: Margarida Maria Lacombe Camargo (org.), **1988-1998: uma década de Constituição**, 1999.

²⁷ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, **Ponderação, racionalidade e atividade judicial**, 2005. V. tb. Neil MacCormick, **Legal reasoning and legal theory**, 1978.

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.

PARTE II

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

I. GENERALIDADES

A locução *constitucionalização do Direito* é de uso relativamente recente na terminologia jurídica e, além disso, comporta múltiplos sentidos. Por ela se poderia pretender caracterizar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse uma Constituição dotada de supremacia. Como este é um traço comum de grande número de sistemas jurídicos contemporâneos, faltaria especificidade à expressão. Não é, portanto, nesse sentido que está aqui empregada. Poderia ela servir para identificar, ademais, o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Trata-se de fenômeno iniciado, de certa forma, com a Constituição portuguesa de 1976, continuado pela Constituição espanhola de 1978 e levado ao extremo pela Constituição brasileira de 1988. Embora esta seja uma situação dotada de características próprias, não é dela, tampouco, que se estará cuidando²⁸.

²⁸ Embora não se possa negar que a presença, na Constituição, de normas cujo conteúdo pertence a outros ramos do Direito (civil, administrativo, penal) influencie a interpretação do direito infraconstitucional correspondente. Voltar-se-á ao ponto mais à frente.

A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico²⁹. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares. Veja-se como este processo, combinado com outras noções tradicionais, interfere com as esferas acima referidas.

Relativamente ao *Legislativo*, a constitucionalização (i) limita sua discricionariedade ou liberdade de conformação na elaboração das leis em geral e (ii) impõe-lhe determinados deveres de atuação para realização de direitos e programas constitucionais. No tocante à *Administração Pública*, além de igualmente (i) limitar-lhe a discricionariedade e (ii) impor a ela deveres de atuação, ainda (iii) fornece fundamento de validade para a prática de atos de aplicação direta e imediata da Constituição, independentemente da interposição do legislador ordinário. Quanto ao *Poder Judiciário*, (i) serve de parâmetro para o controle de constitucionalidade por ele desempenhado (incidental e por ação direta), bem como (ii) condiciona a interpretação de todas as normas do sistema. Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

II. ORIGEM E EVOLUÇÃO DO FENÔMENO

O estudo que se vem empreendendo até aqui relata a evolução do direito constitucional na Europa e no Brasil ao longo das últi-

²⁹ Alguns autores têm utilizado os termos *impregnar* e *impregnação*, que em português, no entanto, podem assumir uma conotação depreciativa. V. Louis Favoreu – notável divulgador do direito constitucional na França, falecido em 2004 –, “La constitutionnalisation du droit”. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, **La constitutionnalisation des branches du droit**, 1998, p. 191: “Quer-se designar aqui, principalmente, a constitucionalização dos direitos e liberdades, que conduz a uma impregnação dos diferentes ramos do direito, ao mesmo tempo que levam à sua transformação”.

mas décadas. Este processo, que passa pelos marcos históricos, filosóficos e teóricos acima expostos, conduz ao momento atual, cujo traço distintivo é a constitucionalização do Direito. A aproximação entre constitucionalismo e democracia, a força normativa da Constituição e a difusão da jurisdição constitucional foram ritos de passagem para o modelo atual³⁰. O leitor atento já terá se dado conta, no entanto, de que a seqüência histórica percorrida e as referências doutrinárias destacadas não são válidas para três experiências constitucionais marcantes: as do Reino Unido, dos Estados Unidos e da França. O caso francês será analisado um pouco mais à frente. Um breve comentário é pertinente sobre os outros dois.

No tocante ao Reino Unido, os conceitos não se aplicam. Embora tenha sido o Estado precursor do modelo liberal, com limitação do poder absoluto e afirmação do *rule of the law*, falta-lhe uma Constituição escrita e rígida, que é um dos pressupostos, como o nome sugere, da constitucionalização do Direito. Poder-se-ia argumentar, é certo, que há entre os britânicos uma Constituição histórica e que ela é, inclusive, mais rígida que boa parte das Cartas escritas do mundo. Ou reconhecer o fato de que o Parlamento inglês adotou, em 1998, o “Human Rights Act”, incorporando ao direito interno a Convenção Europeia de Direitos Humanos³¹. Mas mesmo que se cedesse a esses argumentos, não seria possível superar um outro: a inexistência do controle de constitucionalidade e, mais propriamen-

E, também, Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. In: Miguel Carbonnel, **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, p. 49: “Por ‘constitucionalización del ordenamiento jurídico’ propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del qual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente ‘impregnado’ por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (*pervasiva, invadente*), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales”.

³⁰ Alguns autores procuraram elaborar um catálogo de condições para a constitucionalização do Direito. É o caso de Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. In: Miguel Carbonnel, **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, p. 50 e ss., que incluí entre elas: (i) uma Constituição rígida; (ii) a garantia jurisdicional da Constituição; (iii) a força vinculante da Constituição; (iv) a “sobreinterpretação” da Constituição (sua interpretação extensiva, com o reconhecimento de normas implícitas); (v) a aplicação direta das normas constitucionais; (vi) a interpretação das leis conforme a Constituição; (vii) a influência da Constituição sobre as relações políticas.

³¹ A nova lei somente entrou em vigor em 2000.

te, de uma jurisdição constitucional no sistema inglês³². No modelo britânico vigora a supremacia do Parlamento, e não da Constituição.

Já quanto aos Estados Unidos, a situação é exatamente oposta. Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em *O Federalista* e precedente jurisprudencial firmado desde 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte. Por esta razão, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea³³. O grande debate doutrinário nos Estados Unidos é acerca da legitimidade e dos limites da atuação do Judiciário na aplicação de valores substantivos e no reconhecimento de direitos fundamentais que não se encontrem expressos na Constituição (v. infra).

Há razoável consenso de que o marco inicial do processo de constitucionalização do Direito foi estabelecido na Alemanha. Ali, sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, de-

³² A propósito e em desenvolvimento de certo modo surpreendente, deve ser registrada a aprovação do *Constitutional Reform Act*, de 2005, que previu a criação de uma Suprema Corte (*In*: www.opsi.gov.uk/acts/acts2005/20050004.htm, visitado em 8 ago. 2005). Assinale-se a curiosidade de, não existindo uma Constituição escrita, ter sido aprovado, não obstante, um ato que a reforma.

³³ Veja-se, a este propósito, exemplificativamente, a jurisprudência que se produziu em matéria de direito processual penal, pela submissão do *common law* dos Estados aos princípios constitucionais. Em *Mapp v. Ohio*, 367 U.S. 643, 1961, considerou-se ilegítima a busca e apreensão feita sem mandado, como exigido pela 4a. Emenda. Em *Gideon v. Wainwright*, 372 U.S. 335, 1963, entendeu-se que a 6a. emenda assegurava a todos os acusados em processo criminal o direito a um advogado. Em *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436, 1966, impôs-se à autoridade policial, na abordagem de um suspeito, que comunique a ele que a) tem o direito de permanecer calado; b) tudo que disser poderá e será usado contra ele; c) tem direito a consultar-se com um advogado antes de depor e que este poderá estar presente ao interrogatório; d) caso não tenha condições financeiras para ter um advogado, um poderá ser-lhe designado. V. Kermit L. Hall, *The Oxford guide to United States Supreme Court decisions*, 1999; Paul C. Bartholomew e Joseph F. Menez, *Summaries of leading cases on the Constitution*, 1980; Duane Lockard e Walter F. Murphy, *Basic cases in constitutional law*, 1992. Para uma análise objetiva e informativa sobre este e outros aspectos, em língua portuguesa, v. José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior, “Interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal”. *In*: José Adércio Leite Sampaio, *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*, 2003.

semprenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores³⁴. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do Direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais. O primeiro grande precedente na matéria foi o caso Lüth³⁵, julgado em 15 de janeiro de 1958³⁶.

A partir daí, baseando-se no catálogo de direitos fundamentais da Constituição alemã, o Tribunal Constitucional promoveu uma verdadeira “revolução de idéias”³⁷, especialmente no direito civil. De fato, ao longo dos anos subseqüentes, a Corte invalidou dispositivos do BGB, impôs a interpretação de suas normas de acordo com a Constituição e determinou a elaboração de novas leis. Assim, por

³⁴ Sobre a questão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais na literatura em língua portuguesa, v. José Carlos Vieira de Andrade, **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**, 2001, p. 149, Gilmar Ferreira Mendes, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 1998, p. 214, e Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 371.

³⁵ Os fatos subjacentes eram os seguintes. Erich Lüth, presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, incitava ao boicote de um filme dirigido por Veit Harlan, cineasta que havia sido ligado ao regime nazista no passado. A produtora e a distribuidora do filme obtiveram, na jurisdição ordinária, decisão determinando a cessação de tal conduta, por considerá-la em violação do § 826 do Código Civil (BGB) (“Quem, de forma atentatória aos bons costumes, infligir dano a outrem, está obrigado a reparar os danos causados”). O Tribunal Constitucional Federal reformou a decisão, em nome do direito fundamental à liberdade de expressão, que deveria pautar a interpretação do Código Civil.

³⁶ *BverfGE* 7, 198. Tradução livre e editada da versão da decisão publicada em Jürgen Schwabe, **Cinquenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán**, 2003, p. 132-37: “Os direitos fundamentais são antes de tudo direitos de defesa do cidadão contra o Estado; sem embargo, nas disposições de direitos fundamentais da Lei Fundamental se incorpora também uma ordem objetiva de valores, que como decisão constitucional fundamental é válida para todas as esferas do direito. (...) Esse sistema de valores – que encontra seu ponto central no seio da comunidade social, no livre desenvolvimento da personalidade e na dignidade da pessoa humana... – oferece direção e impulso para o legislativo, a administração e o judiciário, projetando-se, também, sobre o direito civil. Nenhuma disposição de direito civil pode estar em contradição com ele, devendo todas ser interpretadas de acordo com seu espírito. (...) A expressão de uma opinião, que contém um chamado para um boicote, não viola necessariamente os bons costumes, no sentido do § 826 do Código Civil. Pode estar justificada constitucionalmente pela liberdade de opinião, ponderadas todas as circunstâncias do caso”.

Esta decisão é comentada por inúmeros autores nacionais, dentre os quais: Gilmar Ferreira Mendes, **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**, 1998, p. 220-2, onde descreve brevemente outros dois casos: “Blinkfrier” e “Wallraff”; Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 141 e ss.; Jane Reis Gonçalves Pereira, **Direitos fundamentais e interpretação constitucional: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**, p. 416 e ss.; e Wilson Steinmetz, **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004, p. 105 e ss..

³⁷ Sabine Corneloup, “Table ronde: Le cas de l’Allemagne”. In: Michel Verpeaux, **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 85.

exemplo, para atender ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, foram introduzidas mudanças legislativas em matéria de regime matrimonial, direitos dos ex-cônjuges após o divórcio, poder familiar, nome de família e direito internacional privado. De igual sorte, o princípio da igualdade entre os filhos legítimos e naturais provocou reformas no direito de filiação³⁸. De parte isso, foram proferidos julgamentos interessantes em temas como uniões homossexuais (homoafetivas)³⁹ e direito dos contratos⁴⁰.

Na Itália, a Constituição entrou em vigor em 1º de janeiro de 1948. O processo de constitucionalização do Direito, todavia, iniciou-se apenas na década de 60, consumando-se nos anos 70. Relembre-se que a Corte Constitucional italiana somente veio a se instalar em 1956. Antes disso, o controle de constitucionalidade foi exercido, por força da disposição constitucional transitória VII, pela jurisdição ordinária, que não lhe deu vitalidade. Pelo contrário, remonta a esse período a formulação, pela Corte de Cassação, da distinção entre normas *preceptivas*, de caráter vinculante e aplicáveis pelos tribunais, e normas de *princípio* ou *programáticas*, dirigidas apenas ao legislador e não aplicáveis diretamente pelo Judiciário. Assim, pelos nove primeiros anos de vigência, a Constituição e os

³⁸ Sabine Corneloup, “Table ronde: Le cas de l’Allemagne”. In: Michel Verpeaux, **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 87-8, com identificação de cada uma das leis. A jurisprudência referida na seqüência do parágrafo foi localizada a partir de referências contidas nesse texto.

³⁹ Em um primeiro momento, em nome do princípio da igualdade, uma lei de 16 de fevereiro de 2001 disciplinou as uniões homossexuais, pondo fim à discriminação existente. Em um segundo momento, esta lei foi objeto de argüição de inconstitucionalidade, sob o fundamento de que afrontaria o art. 6º, I da Lei Fundamental, pelo qual “o casamento e a família são colocados sob proteção particular do Estado”, ao legitimar um outro tipo de instituição de direito de família, paralelo ao casamento heterossexual. A Corte não acolheu o argumento, assentando que a nova lei nem impedia o casamento tradicional nem conferia à união homossexual qualquer privilégio em relação à união convencional (1 BvF 1/01, de 17 jul. 2002, com votos dissidentes dos juízes Papier e Hass, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005).

⁴⁰ Um contrato de fiança prestada pela filha, em favor do pai, tendo por objeto quantia muitas vezes superior à sua capacidade financeira foi considerado nulo por ser contrário à moral (*BverfGE* t. 89, p. 214, *apud* Sabine Corneloup, “Table ronde: Le cas de l’Allemagne”. In: Michel Verpeaux, **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 90); um pacto nupcial no qual a mulher, grávida, renunciou a alimentos em nome próprio e em nome da criança foi considerado nulo, por não poder prevalecer a liberdade contratual quando há dominação de uma parte sobre a outra (1 BvR 12/92, de 6 fev 2001, unânime, v. sítio www.bverfg.de, visitado em 4 ago. 2005); um pacto sucessório que impunha ao filho mais velho do imperador Guilherme II o dever de se casar com uma mulher que preenchesse determinadas condições ali impostas foi considerado nulo por violar a liberdade de casamento (1 BvR 2248/01, de 22 mar 2004, unânime, v. sítio www.bverfg.de visitado em 4 ago. 2005).

direitos fundamentais nela previstos não repercutiram sobre a aplicação do direito ordinário⁴¹.

Somente com a instalação da Corte Constitucional – e, aliás, desde a sua primeira decisão – as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. A Corte desenvolveu um conjunto de técnicas de decisão⁴², tendo enfrentado, durante os primeiros anos de sua atuação, a arraigada resistência das instâncias ordinárias e, especialmente, da Corte de Cassação, dando lugar a uma disputa referida, em certa época, como “guerra das cortes”⁴³. A exemplo do ocorrido na Alemanha, a influência da constitucionalização do Direito e da própria Corte Constitucional se manifestou em decisões de inconstitucionalidade, em convocações à atuação do legislador e na reinterpretação das normas infraconstitucionais em vigor.

De 1956 a 2003, a Corte Constitucional proferiu 349 decisões em questões constitucionais envolvendo o Código Civil, das quais 54 declararam a inconstitucionalidade de dispositivos seus, em decisões da seguinte natureza: 8 de invalidação, 12 interpretativas e 34 aditivas⁴⁴ (sobre as características de cada uma delas, v. nota ao parágrafo anterior). Foram proferidos julgados em temas que incluí-

⁴¹ Sobre o tema, v. Vezio Crisafulli, **La Costituzione e le sue disposizione di principio**, 1952; José Afonso da Silva, **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 1968; Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. In: Miguel Carbonnel, **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003; e Thierry Di Manno, “Code Civil e Constitution en Italie”. In: Michel Verpeaux (org.), **Code Civil e Constitution(s)**, 2005.

⁴² Além das decisões declaratórias de inconstitucionalidade, a Corte utiliza diferentes técnicas, que incluem: 1) *decisões interpretativas*, que correspondem à interpretação conforme a Constituição, podendo ser (a) com *recusa* da arguição de inconstitucionalidade, mas afirmação da interpretação compatível ou (b) com *aceitação* da arguição de inconstitucionalidade, com declaração de inconstitucionalidade da interpretação que vinha sendo praticada pela jurisdição ordinária, em ambos os casos permanecendo em vigor a disposição atacada; 2) *decisões manipuladoras*, nas quais se dá a aceitação da arguição de inconstitucionalidade e, além da declaração de invalidade do dispositivo, a Corte vai além, proferindo (a) *sentença aditiva*, estendendo a norma à situação nela não contemplada, quando a omissão importar em violação ao princípio da igualdade; e b) *sentença substitutiva*, pela qual a Corte não apenas declara a inconstitucionalidade de determinada norma, como também introduz no sistema, mediante declaração própria, uma norma nova. Sobre o tema, v. Ricardo Guastini, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: El caso italiano”. In: Miguel Carbonnel, **Neoconstitucionalismo(s)**, 2003, p. 63-7.

⁴³ Thierry Di Manno, “Table ronde: Le cas de l’Italie”. In: Michel Verpeaux, **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 107.

⁴⁴ Thierry Di Manno, “Table ronde: Le cas de l’Italie”. In: Michel Verpeaux, **Code civil e constitution(s)**, 2005, p. 103.

ram adultério⁴⁵, uso do nome do marido⁴⁶ e direitos sucessórios de filhos ilegítimos⁴⁷, em meio a outros. No plano legislativo, sob influência da Corte Constitucional, foram aprovadas, ao longo dos anos, modificações profundas no direito de família, inclusive em relação ao divórcio, no direito à adoção e no direito do trabalho. Estas alterações, levadas a efeito por leis especiais, provocaram a denominada “descodificação” do direito civil⁴⁸.

Na França, o processo de constitucionalização do Direito teve início muito mais tarde e ainda vive uma fase de afirmação. A Constituição de 1958, como se sabe, não previu o controle de constitucionalidade, quer no modelo europeu, quer no americano, tendo optado por uma fórmula diferenciada: a do controle prévio, exercido pelo Conselho Constitucional em relação a algumas leis, antes de entrarem em vigor⁴⁹. De modo que não há no sistema francês, a rigor técnico, uma verdadeira jurisdição constitucional. Não obstante, alguns avanços significativos e constantes vêm ocorrendo,

⁴⁵ Sentença 127/1968, j. 16 dez 1968, Rel. Bonifácio, v. [sítio www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte invalidou o artigo do Código Civil (art. 151, 2) que tratava de maneira diferente o adultério do marido e o da mulher. O da mulher sempre seria causa para separação, ao passo que o do homem somente em caso de “injúria grave à mulher”.

⁴⁶ Sentença 128/1970, j. 24 jun 1970, Rel. Mortati, v. [sítio www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte proferiu sentença aditiva para permitir à mulher retirar o nome do marido após a separação (ocorrida por culpa do marido), o que não era previsto pelo art. 156 do Código Civil.

⁴⁷ Sentença 55/1979, j. 15 jun 1979, Rel. Amadei, v. [sítio www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), visitado em 4 ago. 2005. A Corte declarou a inconstitucionalidade do art. 565 do Código Civil, na parte em que excluía do benefício da sucessão legítima os filhos naturais reconhecidos.

⁴⁸ N. Irti, *L'étà della decodificazione*, 1989. V., tb., Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil*, 1997, p. 5.

⁴⁹ Na sua concepção original, o Conselho Constitucional destinava-se, sobretudo, a preservar as competências de um Executivo forte contra as invasões do Parlamento. Suas funções principais eram três: a) o controle dos regimentos de cada uma das câmaras (Assembléia Nacional e Senado), para impedir que se investissem de poderes que a Constituição não lhes atribui, como ocorrido na III e na IV Repúblicas; b) o papel de “justiça eleitoral”, relativamente às eleições presidenciais, parlamentares e aos referendos; c) a delimitação do domínio da lei, velando pela adequada repartição entre as competências legislativas e regulamentares. Esta última função se exercia em três situações: a do art. 41, relacionada à invasão pela lei parlamentar de competência própria do governo; a do art. 61, alínea 2, que permitia ao primeiro-ministro provocar o controle acerca da inconstitucionalidade de uma lei, após sua aprovação, mas antes de sua promulgação; e a do art. 37, alínea 2, relativamente à modificabilidade, por via de decreto, de leis que possuíssem caráter regulamentar. Com a reforma constitucional de 1974, o controle de constitucionalidade das leis passou a ser a atividade principal do Conselho, aproximando-o de uma corte constitucional. V. Louis Favoreu, “La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958”. In: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul. 2005; François Luchaire, *Le Conseil Constitutionnel*, 3 vs., 1997; John Bell, *French constitutional law*, 1992.

a começar pela decisão de 16 de julho de 1971⁵⁰. A ela seguiu-se a Reforma de 29 de outubro de 1974, ampliando a legitimidade para suscitar-se a atuação do Conselho Constitucional⁵¹. Aos poucos, começam a ser incorporados ao debate constitucional francêses temas como a *impregnação* da ordem jurídica pela Constituição, o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais e o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição⁵². Tal processo de constitucionalização do Direito, cabe advertir, enfrenta a vigorosa resistência da doutrina mais tradicional, que nele vê ameaças diversas, bem como a usurpação dos poderes do Conselho de Estado e da Corte de Cassação⁵³.

⁵⁰ Objetivamente, a decisão nº 71-44 DC, de 16.07.71 (*In*: www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm, visitado em 26 jul. 2005), considero que a exigência de autorização prévia, administrativa ou judicial, para a constituição de uma associação violava a liberdade de associação. Sua importância, todavia, foi o reconhecimento de que os direitos fundamentais previstos na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e no preâmbulo da Constituição de 1946, incorporavam-se à Constituição de 1958, por força de referência constante do preâmbulo desta, figurando, portanto, como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis. Esta decisão reforçou o prestígio do Conselho Constitucional, que passou a desempenhar o papel de protetor dos direitos e liberdades fundamentais. Além disso, consagrou o “valor positivo e constitucional” do preâmbulo da Constituição e firmou a ideia de “bloco de constitucionalidade”. Essa expressão significa que a Constituição não se limita às normas que integram ou se extraem do seu texto, mas inclui outros textos normativos, que no caso eram a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e o Preâmbulo da Constituição de 1946, bem como os princípios fundamentais das leis da República, aos quais o referido preâmbulo fazia referência. Sobre a importância dessa decisão, v. Léo Hamon, **Contrôle de constitutionnalité et protection des droits individuels**, Dalloz, 1974, p. 83-90; G. Haimbowgh, Was it France’s Marbury v. Madison?, **Ohio State Law Journal** 35:910, 1974; J.E. Beardsley, The Constitutional council and Constitutional liberties in France, **American Journal of Comparative Law**, 1972, p. 431-52. Para um comentário detalhado da decisão, v. L. Favoreu e L. Philip, **Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel**, 2003. Especificamente sobre bloco de constitucionalidade, v. Michel de Villiers, **Dictionnaire du droit constitutionnel**, 2001; e Olivier Duhamel e Yves Mény, **Dictionnaire constitutionnel**, 1992.

⁵¹ A partir daí, o direito de provocar a atuação do Conselho Constitucional, que antes recaía apenas sobre o Presidente da República, o Primeiro-Ministro, o Presidente da Assembléia Nacional e o Presidente do Senado estendeu-se, também, a sessenta Deputados ou sessenta Senadores. O controle de constitucionalidade tornou-se um importante instrumento de atuação da oposição parlamentar. Entre 1959 e 1974, foram proferidas apenas 9 (nove) decisões acerca de leis ordinárias (por iniciativa do Primeiro-Ministro e do Presidente do Senado) e 20 (vinte) acerca de leis orgânicas (pronunciamento obrigatório). De 1974 até 1998 houve 328 provocações (*saisine*) ao Conselho Constitucional. Os dados constam de Louis Favoreu, *La place du Conseil Constitutionnel dans la Constitution de 1958*. *In*: www.conseil-constitutionnel.fr, visitado em 26 jul.2005.

⁵² V. Louis Favoreu, “La constitutionnalisation du droit”. *In*: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, **La constitutionnalisation des branches du droit**, 1998, p. 190-2.

⁵³ Veja-se a discussão do tema em Guillaume Drago, Bastien François e Nicolas Molfessis (org.), **La légitimité de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel**, 1999. Na conclusão do livro, que documenta o Colóquio de Rennes, de setembro de 1996, François Terré, ao apresentar o que corresponderia à conclusão do evento, formulou crítica áspera à ascensão da influência do Conselho Constitucional: “Les perpétuelles incantations que suscitent l’État de droit, la soumission de l’État à des juges, sous l’influence conjuguée du kelsenisme, de la mauvaise conscience de l’Allemagne Fédérale et de l’américanisme planétaire sont lassantes. Des contrepoids s’imposent. Puisque le Conseil constitutionnel est une juridiction, puisque la règle du double degré de juridiction et le droit d’appel sont devenus paroles d’évangile, il est naturel et urgent de faciliter le recours au referendum afin de permettre plus facilement au peuple souverain de mettre, le cas échéant, un terme aux errances du Conseil constitutionnel” (p. 409).

III. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

1. O direito infraconstitucional na Constituição

A Carta de 1988, como já consignado, tem a virtude suprema de simbolizar a travessia democrática brasileira e de ter contribuído decisivamente para a consolidação do mais longo período de estabilidade política da história do país. Não é pouco. Mas não se trata, por suposto, da Constituição da nossa maturidade institucional. É a Constituição das nossas circunstâncias. Por vício e por virtude, seu texto final expressa uma heterogênea mistura de interesses legítimos de trabalhadores, classes econômicas e categorias funcionais, cumulados com paternalismos, reservas de mercado e privilégios corporativos. A euforia constituinte – saudável e inevitável após tantos anos de exclusão da sociedade civil – levaram a uma Carta que, mais do que analítica, é prolixa e corporativa⁵⁴.

Quanto ao ponto aqui relevante, é bem de ver que todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição. A catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário, tributário, internacional e mais além. Há, igualmente, um título dedicado à ordem econômica, no qual se incluem normas sobre política urbana, agrícola e sistema financeiro. E outro dedicado à ordem social, dividido em numerosos capítulos e seções, que vão da saúde até os índios.

Embora o fenômeno da constitucionalização do Direito, como aqui analisado, não se confunda com a presença de normas de direito infraconstitucional na Constituição, há um natural espaço de superposição entre os dois temas. Com efeito, na medida em que princípios e regras específicos de uma disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se da constitucionalização das fontes do Direito naquela matéria. Tal circuns-

⁵⁴ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, “Doze anos da Constituição brasileira de 1988”. In: **Temas de direito constitucional**, t. I, 2002.

tância, nem sempre desejável⁵⁵, interfere com os limites de atuação do legislador ordinário e com a leitura constitucional a ser empreendida pelo Judiciário em relação ao tema que foi constitucionalizado.

2. A constitucionalização do direito infraconstitucional

Nos Estados de democratização mais tardia, como Portugal, Espanha e, sobretudo, o Brasil, a constitucionalização do Direito é um processo mais recente, embora muito intenso. Verificou-se, entre nós, o mesmo movimento translativo ocorrido inicialmente na Alemanha e em seguida na Itália: a passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico. A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Do centro do sistema jurídico foi deslocado o velho Código Civil. Veja-se que o direito civil desempenhou no Brasil – como alhures – o papel de um direito geral, que precedeu muitas áreas de especialização, e que conferia certa unidade dogmática ao ordenamento. A própria teoria geral do direito era estudada dentro do direito civil, e só mais recentemente adquiriu autonomia didática. No caso brasileiro, deve-se registrar, o Código Civil já vinha perdendo influência no âmbito do próprio direito privado. É que, ao longo do tempo, na medida em que o Código envelhecia, inúmeras leis específicas foram editadas, passando a formar microssistemas autônomos em relação a ele, em temas como alimentos, filiação, divórcio, locação, consumidor, criança e adolescente, sociedades empresariais. A exemplo do que se passou na Itália, também entre nós deu-se a

⁵⁵ Tanto a doutrina como a jurisprudência, no plano do direito penal, têm condenado, por exemplo, a constitucionalização da figura dos “crimes hediondos” (art. 5º, XLIII). V., por todos, João José Leal, **Crimes hediondos – A Lei 8.072 como expressão do direito penal da severidade**, 2003.

“descodificação” do direito civil⁵⁶, fenômeno que não foi afetado substancialmente pela promulgação de um novo Código Civil em 2002, com vigência a partir de 2003⁵⁷.

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Este fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional⁵⁸.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior. Aplica-se a Constituição:

a) *Diretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma do próprio texto constitucional. Por exemplo: o pedido de reco-

⁵⁶ Sobre o caso italiano, v. Pietro Perlingieri, **Perfis do direito civil**, 1997, p. 6: “O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Sobre o caso brasileiro, vejam-se, dentre outros: Maria Celina B. M. Tepedino, “A caminho de um direito civil constitucional”, **Revista de Direito Civil** 65:21; e Gustavo Tepedino, “O Código Civil, os chamados microsistemas e a Constituição: Premissas para uma reforma legislativa”. In: Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil-constitucional**, 2001.

⁵⁷ O novo Código Civil, com início de vigência em 2003, foi duramente criticado por setores importantes da doutrina civilista. Gustavo Tepedino referiu-se a ele como “retrogrado e demagógico” acrescentando: “Do Presidente da República, espera-se o veto; do Judiciário que tempere o desastre” (**Revista trimestral de direito civil** 7, 2001, Editorial). Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, consideraram inconstitucional o projeto de Código Civil, em parecer publicado sob o título “Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição”, **Revista trimestral de direito civil** 4:243, 2000, por não traduzir a supremacia da dignidade humana sobre os aspectos patrimoniais e por violar o princípio da vedação do retrocesso. Em sentido contrário, v. Judith Martins Costa, *O direito privado como um “sistema em construção”*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005; e Miguel Reale, *Visão geral do novo Código Civil*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005 e *O novo Código Civil e seus críticos*. In: www.jus.com.br, visitado em 4 ago. 2005.

⁵⁸ J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, **Fundamentos da Constituição**, 1991, p. 45: “A principal manifestação da preeminência normativa da Constituição consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida à luz dela e passada pelo seu crivo”. V. também, Paulo Ricardo Schier, **Filtragem constitucional**, 1999.

nhecimento de uma imunidade tributária (CF, art. 150, VI) ou o pedido de nulidade de uma prova obtida por meio ilícito (CF, art. 5º, LVII);

b) *Indiretamente*, quando uma pretensão se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões:

(i) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque se não for, não deverá fazê-la incidir. Esta operação está sempre presente no raciocínio do operador do Direito, ainda que não seja por ele explicitada;

(ii) ao aplicar a norma, o intérprete deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Em suma: a Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

3. A constitucionalização do Direito e seus mecanismos de atuação prática

A constitucionalização do Direito, como já antecipado, repercute sobre os diferentes Poderes estatais. Ao legislador e ao administrador, impõe deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição. A constitucionalização, no entanto, é obra precípua da jurisdição constitucional, que no Brasil pode ser exercida, difusamente, por juízes e tribunais, e concentradamente pelo Supremo Tribunal Federal, quando o paradigma for a Constituição Federal. Esta realização concreta da supremacia formal e axiológica da Constituição envolve diferentes técnicas e possibilidades interpretativas, que incluem:

a) o reconhecimento da revogação das normas infraconstitucionais anteriores à Constituição (ou à emenda constitucional), quando com ela incompatíveis;

b) a declaração de inconstitucionalidade de normas infraconstitucionais posteriores à Constituição, quando com ela incompatíveis;

c) a declaração da inconstitucionalidade por omissão, com a conseqüente convocação à atuação do legislador⁵⁹;

d) a interpretação conforme a Constituição, que pode significar:

(i) a leitura da norma infraconstitucional da forma que melhor realize o sentido e o alcance dos valores e fins constitucionais a ela subjacentes;

(ii) a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto, que consiste na exclusão de uma determinada interpretação possível da norma – geralmente a mais óbvia – e a afirmação de uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição⁶⁰.

Aprofunde-se um pouco mais o argumento, especialmente em relação à interpretação conforme a Constituição. O controle de constitucionalidade é uma modalidade de interpretação e aplicação da Constituição. Independentemente de outras especulações, há consenso de que cabe ao Judiciário pronunciar a invalidade dos enunciados normativos incompatíveis com o texto constitucional, paralisando-lhes a eficácia. De outra parte, na linha do conhecimento convencional, a ele não caberia inovar na ordem jurídica, criando comando até então inexistente. Em outras palavras: o Judiciário estaria autorizado a invalidar um ato do Legislativo, mas não a substituí-lo por um ato de vontade própria⁶¹.

Pois bem. As modernas técnicas de interpretação constitucional – como é o caso da interpretação conforme a Constituição – continuam vinculadas a esse pressuposto, ao qual agregam um elemento inexorável. A interpretação jurídica dificilmente é unívoca, seja porque um mesmo enunciado, ao incidir sobre diferentes circuns-

⁵⁹ Isso quando não prefira o Supremo Tribunal produzir uma decisão integrativa, a exemplo da sentença aditiva do direito italiano. Esta atuação envolve a sempre controvertida questão da atuação como legislador positivo (v. *infra*).

⁶⁰ Relativamente a esta segunda possibilidade, v. Luís Roberto Barroso, **Interpretação e aplicação da Constituição**, 2004, p. 189.

⁶¹ Nesse sentido, v. STF, *DJU* 15 abr. 1988, Rp 1.417-DF, Rel. Min. Moreira Alves: “Ao declarar a inconstitucionalidade de uma lei em tese, o STF – em sua função de Corte Constitucional – atua como legislador negativo, mas não tem o poder de agir como legislador positivo, para criar norma jurídica diversa da instituída pelo Poder Legislativo”. Passa-se ao largo, nesta instância, da discussão mais minuciosa do tema, que abriga inúmeras complexidades, inclusive e notadamente em razão do reconhecimento de que juízes e tribunais, em múltiplas situações, desempenham uma atividade de co-participação na criação da norma.

tâncias de fato, pode produzir normas diversas⁶², seja porque, mesmo em tese, um enunciado pode admitir várias interpretações, em razão da polissemia de seus termos. A interpretação conforme a Constituição, portanto, pode envolver (i) uma singela determinação de sentido da norma, (ii) sua não incidência a uma determinada situação de fato ou (iii) a exclusão, por inconstitucional, de uma das normas que podem ser extraídas do texto. Em qualquer dos casos, não há declaração de inconstitucionalidade do enunciado normativo, permanecendo a norma no ordenamento. Por esse mecanismo se reconciliam o princípio da supremacia da Constituição e o princípio da presunção de constitucionalidade. Naturalmente, o limite de tal interpretação está nas possibilidades semânticas do texto normativo⁶³.

IV. ALGUNS ASPECTOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO

1. Direito civil⁶⁴

As relações entre o direito constitucional e o direito civil atravessaram, nos últimos dois séculos, três fases distintas, que vão da

⁶² A doutrina mais moderna tem traçado uma distinção entre enunciado normativo e norma, baseada na premissa de que não há interpretação em abstrato. *Enunciado normativo* é o texto, o relato contido no dispositivo constitucional ou legal. *Norma*, por sua vez, é o produto da aplicação do enunciado a uma determinada situação, isto é, a concretização do enunciado. De um mesmo enunciado é possível extrair diversas normas. Por exemplo: do enunciado do art. 5º, LXIII da Constituição – o preso tem direito de permanecer calado – extraem-se normas diversas, inclusive as que asseguram o direito à não auto-incriminação ao *interrogado* em geral (STF, DJU 14 dez. 2001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence) e até ao *depoente em CPI* (STF, DJU 16 fev. 2001, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello). Sobre o tema, v. Karl Larenz, **Metodologia da ciência do direito**, 1969, p. 270 e ss.; Friedrich Müller, “Métodos de trabalho do direito constitucional”, **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Edição especial comemorativa dos 50 anos da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, 1999, p. 45 e ss.; Riccardo Guastini, **Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto**, 1996, p. 82-3; e Humberto Ávila, **Teoria dos princípios**, 2003, p. 13.

⁶³ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão: “Ao juiz não é permitido mediante ‘interpretação conforme a Constituição’ dar um significado diferente a uma lei cujo teor e sentido resulta evidente” (1 BvL 149/52-33, 11 jun. 1958); na do Supremo Tribunal Federal brasileiro: “se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (STF, DJU 15 abr. 1988, Rp 1.417-7/DF, Rel. Min. Moreira Alves).

⁶⁴ Pietro Perlingieri, **Perfis de direito civil**, 1997; Maria Celina Bodin de Moraes: “A caminho de um direito civil constitucional”, **Revista de Direito Civil** 65:23, 1993; “A constitucionalização do direito civil”, **Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro** 17:76, 1999; **Danos à pessoa humana: Uma leitura civil-constitucional dos danos morais**, 2003; “Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet, **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2003; Gustavo Tepedino: **Temas de direito civil**, 2004; **Problemas de direito civil constitucional** (coord.), 2000; “O direito civil e a legalidade constitucional”. In: **Revista Del Rey Jurídica** 13:23, 2004; Luiz Edson Fachin: **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo** (coord.), 1998; **Teoria crítica do direito civil**, 2000; Heloísa Helena Barboza,

indiferença à convivência intensa. O marco inicial dessa trajetória é a Revolução Francesa, que deu a cada um deles o seu objeto de trabalho: ao direito constitucional, uma Constituição escrita, promulgada em 1791; ao direito civil, o Código Civil napoleônico, de 1804. Apesar da contemporaneidade dos dois documentos, direito constitucional e direito civil não se integravam nem se comunicavam entre si. Veja-se cada uma das etapas desse processo de aproximação lenta e progressiva:

1ª. fase: *Mundos apartados*

No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta *Política*, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento *jurídico* que regia as relações entre particulares, freqüentemente mencionado como a “Constituição do direito privado”. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. Já o direito civil era herdeiro da tradição milenar do direito romano. O Código napoleônico realizava adequadamente o ideal burguês de proteção da propriedade e da liberdade de contratar, dando segurança jurídica aos protagonistas do novo regime liberal: o contratante e o proprietário. Esse modelo inicial de incomunicabilidade foi sendo progressivamente superado.

2ª. fase: *Publicização do direito privado*

O Código napoleônico e os modelos que ele inspirou – inclusive o brasileiro – baseavam-se na liberdade individual, na igualdade formal entre as pessoas e na garantia absoluta do direito de propri-

“Perspectivas do direito civil brasileiro para o próximo século”, *Revista da Faculdade de Direito*, UERJ, 1998-99; Teresa Negreiros: **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 1998; **Teoria do contrato: Novos paradigmas**, 2002; Judith Martins Costa (org.), **A reconstrução do direito privado**, 2002; Paulo Luiz Neto Lobo, “Constitucionalização do direito civil”, *Revista de Direito Comparado Luso-brasileiro* 17:56, 1999; Renan Lotufo, **Direito civil constitucional**, cad. 3, 2002; Michel Verpeaux (org.), **Code Civil et Constitution(s)**, 2005.

idade. Ao longo do século XX, com o advento do Estado social e a percepção crítica da desigualdade material entre os indivíduos, o direito civil começa a superar o individualismo exacerbado, deixando de ser o reino soberano da *autonomia da vontade*. Em nome da solidariedade social e da função social de instituições como a propriedade e o contrato, o Estado começa a interferir nas relações entre particulares, mediante a introdução de *normas de ordem pública*. Tais normas se destinam, sobretudo, à proteção do lado mais fraco da relação jurídica, como o consumidor, o locatário, o empregado. É a fase do *dirigismo contratual*, que consolida a publicização do direito privado⁶⁵.

3ª. fase: *Constitucionalização do direito civil*

“Ontem os Códigos; hoje as Constituições. A revanche da Grécia contra Roma”⁶⁶. A fase atual é marcada pela passagem da Constituição para o centro do sistema jurídico, de onde passa a atuar como o filtro axiológico pelo qual se deve ler o direito civil. Há regras específicas na Constituição, impondo o fim da supremacia do marido no casamento, a plena igualdade entre os filhos, a função social da propriedade. E princípios que se difundem por todo o ordenamento, como a igualdade, a solidariedade social, a razoabilidade. Não é o caso de se percorrerem as múltiplas situações de impacto dos valores constitucionais sobre o direito civil, especificamente, e sobre o direito privado em geral⁶⁷. Mas há dois desenvolvimentos que merecem destaque, pela dimensão das transformações que acarretam.

⁶⁵ Sobre o tema, v. Orlando Gomes, **Introdução ao direito civil**, 1999, p. 26; e Caio Mário da Silva Pereira, **Instituições de direito civil**, v. I, 2004, p. 18.

⁶⁶ A primeira parte da frase (“Ontem os Códigos; hoje as Constituições”) foi pronunciada por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. O complemento foi feito por Eros Roberto Grau, ao receber a mesma medalha, em 2003, em discurso publicado em avulso pelo IAB: “Ontem, os códigos; hoje, as Constituições. A revanche da Grécia sobre Roma, tal como se deu, em outro plano, na evolução do direito de propriedade, antes justificado pela origem, agora legitimado pelos fins: a propriedade que não cumpre sua função social não merece proteção jurídica qualquer”.

⁶⁷ Para este fim, v. Gustavo Tepedino (org.), **Problemas de direito civil constitucional**, 2000, obra coletiva na qual se discute a constitucionalização do direito civil em domínios diversos, incluindo o direito das obrigações, as relações de consumo, o direito de propriedade e o direito de família. Sobre o tema específico da boa-fé objetiva, vejam-se Judith Martins-Costa, **A boa-fé no direito privado**, 1999; e Teresa Negreiros, **Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé**, 1998.

O primeiro deles diz respeito ao *princípio da dignidade da pessoa humana* na nova dogmática jurídica. Ao término da 2ª. Guerra Mundial, tem início a *reconstrução* dos direitos humanos⁶⁸, que se irradiam a partir da dignidade da pessoa humana⁶⁹, referência que passou a constar dos documentos internacionais e das Constituições democráticas⁷⁰, tendo figurado na Carta brasileira de 1988 como um dos *fundamentos* da República (art. 1º, III). A dignidade humana impõe limites e atuações positivas ao Estado, no atendimento das necessidades vitais básicas⁷¹, expressando-se em diferentes dimensões⁷². No tema específico aqui versado, o princípio promove uma *despatrimonialização*⁷³ e uma *repersonalização*⁷⁴ do direito civil,

⁶⁸ Este é o título do celebrado trabalho de Celso Lafer, **A reconstrução dos direitos humanos**, 1988. Sobre o tema, v. tb. Antônio Augusto Cançado Trindade, **A proteção internacional dos direitos humanos: Fundamentos jurídicos e instrumentos básicos**, 1991.

⁶⁹ O conteúdo jurídico da dignidade humana se relaciona com a realização dos direitos fundamentais ou humanos, nas suas três dimensões: individuais, políticos e sociais. Sobre o tema, vejam-se Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002; Ingo Sarlet, **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**, 2004; José Afonso da Silva, “Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia”, **Revista de Direito Administrativo** 212:89, 1998; Carmen Lúcia Antunes Rocha, “O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social”, **Revista Interesse Público** 4:2, 1999. Vejam-se dois excertos representativos do entendimento dominante: José Carlos Vieira de Andrade, **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa**, 1998, p. 102: “[O] princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais”; e Daniel Sarmento, **A ponderação de interesses na Constituição brasileira**, 2000, p. 59-60, “O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado”.

⁷⁰ Como, e.g., na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, na Constituição italiana de 1947, na Constituição alemã de 1949, na Constituição portuguesa de 1976 e na Constituição espanhola de 1978.

⁷¹ Sobre o tema, v. Ana Paula de Barcellos, **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana**, 2002, p. 305: “O conteúdo básico, o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, é composto pelo mínimo existencial, que consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade. (...) Uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.

⁷² Em denso estudo, Maria Celina Bodin de Moraes, “Conceito de dignidade humana: Substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2003, decompõe o conteúdo jurídico da dignidade humana em quatro princípios: igualdade, integridade física e moral (psicofísica), liberdade e solidariedade.

⁷³ O termo foi colhido em Pietro Perlingieri, **Perfis do direito civil**, 1997, p. 33. Aparentemente, o primeiro a utilizá-lo foi Carmine Donisi, “Verso la ‘depatrimonializzazione’ del diritto privato”. In: **Rassegna di diritto civile** 80, 1980 (conforme pesquisa noticiada em Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004, p. 115).

⁷⁴ Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição, **Revista trimestral de direito civil** 4:243, 2000: “(A) aferição da constitucionalidade de um diploma legal, diante da *repersonalização* imposta a partir de 1988, deve levar em consideração a prevalência da proteção da dignidade humana em relação às relações jurídicas patrimoniais”. A respeito da *repersonalização* do direito civil, v. também Adriano de Cupis, **Diritti della personalità**, 1982.

com ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como no reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica.

O segundo desenvolvimento doutrinário que comporta uma nota especial é a *aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas*⁷⁵. O debate remonta à decisão do caso **Lüth** (v. *su-pra*), que superou a rigidez da dualidade público-privado ao admitir a aplicação da Constituição às relações particulares, inicialmente regidas pelo Código Civil. O tema envolve complexidades e não será aprofundado aqui. As múltiplas situações suscetíveis de ocorrerem no mundo real não comportam solução unívoca⁷⁶. Nada obstante, com exceção da jurisprudência norte-americana (e, mesmo assim, com atenuações), há razoável consenso de que as normas constitucionais se aplicam, em alguma medida, às relações entre particulares. A divergência nessa matéria reside, precisamente, na determinação do modo e da intensidade dessa incidência. Doutrina e jurisprudência dividem-se em duas correntes principais:

- a) a da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais, mediante atuação do legislador infraconstitucional e atribuição de sentido às cláusulas abertas;
- b) a da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, mediante um critério de ponderação entre os princípios cons-

⁷⁵ Sobre este tema, v. duas teses de doutorado desenvolvidas no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Público da UERJ, ambas aprovadas com distinção e louvor e publicadas em edição comercial: Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**, 2005. Aliás, trabalhos de excelente qualidade têm sido produzidos sobre a matéria, dentre os quais Wilson Steinmetz, **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**, 2004; Ingo Wolfgang Sarlet (org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**, 2003; Rodrigo Kaufmann, **Dimensões e perspectivas da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**, 2003 (dissertação de mestrado apresentada à Universidade de Brasília); Luís Virgílio Afonso da Silva, **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**, 2004, mimeografado, tese de livre-docência apresentada na Universidade de São Paulo – USP; André Rufino do Vale, **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**, 2004; e Thiago Luís Santos Sombra, **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas**, 2004.

⁷⁶ Vejam-se, exemplificativamente, algumas delas: a) pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenha feito críticas ao time (liberdade de trabalho e de imprensa)?; b) pode uma escola judaica impedir o ingresso de crianças não judias (discriminação em razão da religião)?; c) pode o empregador prever no contrato de trabalho da empregada a demissão por justa causa em caso de gravidez (proteção da mulher e da procriação)?; d) pode o locador recusar-se a firmar o contrato de locação porque o pretendente locatário é muçulmano (de novo, liberdade de religião)?; e) pode um jornalista ser demitido por ter emitido opinião contrária à do dono do jornal (liberdade de opinião)?

titucionais da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em jogo, do outro lado.

O ponto de vista da aplicabilidade direta e imediata afigura-se mais adequado para a realidade brasileira e tem prevalecido na doutrina. Na ponderação a ser empreendida, como na ponderação em geral, deverão ser levados em conta os elementos do caso concreto. Para esta específica ponderação entre autonomia da vontade *versus* outro direito fundamental em questão, merecem relevo os seguintes fatores: a) a igualdade ou desigualdade material entre as partes (e.g., se uma multinacional renuncia contratualmente a um direito, tal situação é diversa daquela em que um trabalhador humilde faça o mesmo); b) a manifesta injustiça ou falta de razoabilidade do critério (e.g., escola que não admite filhos de pais divorciados); c) preferência para valores existenciais sobre os patrimoniais; d) risco para a dignidade da pessoa humana (e.g., ninguém pode se sujeitar a sanções corporais)⁷⁷.

O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista. Aliás, coube a esta, em grande medida, o próprio fomento da aproximação inevitável⁷⁸. Ainda se levantam, aqui e ali, objeções de naturezas diversas, mas o fato é que as resistências, fundadas em uma visão mais tradicionalista do direito civil, dissiparam-se em sua maior parte. Já não há quem negue abertamente o impacto da Constituição sobre o direito privado⁷⁹. A sinergia com o direito constitucional potencializa

⁷⁷ Para um aprofundamento do tema, v. Daniel Sarmento, **Direitos fundamentais e relações privadas**, 2004; e Jane Reis Gonçalves Pereira, **Direitos fundamentais e interpretação constitucional**, 2005.

⁷⁸ No caso da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, esta é uma das principais linhas do Programa de Pós-graduação em Direito Civil, onde foram pioneiros doutrinadores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barbosa. Na Universidade Federal do Paraná, destacam-se os trabalhos do Professor Luiz Edson Fachin. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, da Professora Judith Martins Costa. Na PUC de São Paulo, do Professor Renan Lotufo. Na Universidade Federal de Alagoas, Paulo Netto Lôbo.

⁷⁹ Gustavo Tepedino, "O direito civil e a legalidade constitucional", **Revista Del Rey Jurídica** 13:23, 2004: "Ao contrário do cenário dos anos 80, não há hoje civilista que negue abertamente a eficácia normativa da Constituição e sua serventia para, ao menos de modo indireto, auxiliar na interpretação construtiva da norma infraconstitucional". Em seguida, em preciosa síntese, identifica o autor as quatro objeções mais freqüentes à aplicação da Constituição às relações de direito civil: a) não cabe ao constituinte, mas ao legislador, que constitui uma instância mais próxima da realidade dos negócios, a regulação da autonomia privada; b) a baixa densidade normativa dos princípios constitucionais propiciaria excessiva discricionariedade aos magistrados; c) a estabilidade milenar do direito civil restaria abalada pela instabilidade do jogo político-constitucional; d) o controle axiológico das relações de direito civil, para além dos limites claros do lícito e do ilícito, significaria desmesurada ingerência na vida privada.

e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.

2. Direito administrativo⁸⁰

O direito constitucional e o direito administrativo têm origem e objetivos comuns: o advento do liberalismo e a necessidade de limitação do poder do Estado. Nada obstante, percorreram ambos trajetórias bem diversas, sob influência do paradigma francês. De fato, o direito constitucional passou o século XIX e a primeira metade do século XX associado às categorias da política, destituído de força normativa e aplicabilidade direta e imediata (v. *supra*). O direito administrativo, por sua vez, desenvolveu-se como ramo jurídico autônomo e arrebatou a disciplina da Administração Pública. A existência de uma jurisdição administrativa dissociada da atuação judicial e o prestígio do Conselho de Estado francês deram ao direito administrativo uma posição destacada no âmbito do direito público⁸¹, associando-o à continuidade e à estabilidade das instituições⁸². Somente após a 2ª. Guerra

⁸⁰ Sobre as transformações do direito administrativo na quadra atual, v. Diogo de Figueiredo Moreira Neto: **Sociedade, Estado e administração pública**, 1996; **Mutações do direito administrativo**, 2000; e **Direito regulatório**, 2003; Caio Tácito, “O retorno do pêndulo: Serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro”, **Revista de direito administrativo** 202:1, 1995; Eros Roberto Grau, **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 1990; Odete Medauar, **Direito administrativo moderno**, 1998; Maria Sylvania di Pietro, **Parcerias na Administração Pública, concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas**, 1999; Carlos Ari Sundfeld, **Direito administrativo ordenador**, 2003; Patrícia Batista, **Transformações do direito administrativo**, 2003; Marcos Juruena, **Desestatização, privatização, concessões e terceirizações**, 2000; Paulo Modesto, “A reforma da previdência e a definição de limites de remuneração e subsídio dos agentes públicos no Brasil”. In: **Direito público: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari**, 2004; Humberto Ávila, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: **O direito público em tempos de crise – Estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel**, 1999; Alexandre Aragão, **Agências Reguladoras**, 2002; Gustavo Binenbojm, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: Um novo paradigma para o direito administrativo”, **Revista de direito administrativo** 239:1, 2005. V. tb. Luís Roberto Barroso: “Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista”. In: **Temas de direito constitucional**, t. I, 2002; “A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços”. In: **Temas de direito constitucional**, t. II, 2003; “Regime constitucional do serviço postal. Legitimidade da atuação da iniciativa privada”. In: Idem; “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: Idem. Para a formação da doutrina administravista no Brasil, preste-se a homenagem devida e merecida a Miguel Seabra Fagundes, **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**, 1ª edição de 1957, e Hely Lopes Meirelles, **Curso de direito administrativo brasileiro**, 1ª edição de 1964. Caio Tácito, além de escritos e inúmeros pareceres, dirige desde 1993 a **Revista de Direito Administrativo**, a mais antiga e prestigiosa publicação na matéria. Celso Antônio Bandeira de Mello, **Elementos de direito administrativo**, 1ª edição de 1980, e, depois, **Curso de direito administrativo**, teve influência decisiva no desenvolvimento de um direito administrativo na perspectiva da cidadania e não da Administração.

⁸¹ Sobre o tema, v. Patrícia Batista, **Transformações do direito administrativo**, 2003, p. 36-7.

⁸² A propósito, v. o célebre artigo de Georges Vedel, “Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif”. In: **Mélanges Waline**, 1974. Sobre o tema, v. também Louis Favoreu, “La constitutionnalisation du droit”. In: Bertrand Mathieu e Michel Verpeaux, **La constitutionnalisation des branches du droit**, 1998, p. 182.

Mundial, com o movimento de constitucionalização, esta situação de preeminência iria se modificar.

Não se vai reconstituir o histórico da relação entre o direito constitucional e o direito administrativo, que é feito pelos administrativistas em geral⁸³ e desviaria o foco da análise que aqui se quer empreender. Na quadra presente, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a seqüência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

A presença de dispositivos sobre a Administração Pública nas Constituições modernas tem início com as Cartas italiana e alemã, em precedentes que foram ampliados pelos Textos português e espanhol. A Constituição brasileira de 1988 discorre amplamente sobre a Administração Pública (v. *supra*), com censurável grau de detalhamento e contendo um verdadeiro estatuto dos servidores públicos. Nada obstante, contém algumas virtudes, como a dissociação da função administrativa da atividade de governo⁸⁴ e a enunciação expressa de princípios setoriais do direito administrativo, que na redação original eram os da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. A Emenda Constitucional nº 19, de 4.06.98, acrescentou ao elenco o princípio da eficiência⁸⁵. A propósito, a tensão entre a eficiência, de um lado, e a legi-

⁸³ V. por todos, Hely Lopes Meirelles, **Direito administrativo brasileiro**, 1993, p. 31. Para uma visão severamente crítica da origem e evolução do direito administrativo, v. Gustavo Binenbojm, "Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo", **Revista de Direito Administrativo** 239:1, 2005.

⁸⁴ V. Patrícia Batista, **Transformações do direito administrativo**, 2003, p. 74.

⁸⁵ A Lei nº 9.784, de 29.01.99, que regula o processo administrativo no plano federal, enuncia como princípios da Administração Pública, dentre outros, os da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

timidade democrática, de outro, é uma das marcas da Administração Pública na atualidade⁸⁶.

De parte isso, deve-se assinalar que o perfil constitucional do Estado brasileiro, nos domínios administrativo e econômico, foi alterado por um conjunto amplo de reformas econômicas, levadas a efeito por emendas e por legislação infraconstitucional, e que podem ser agrupadas em três categorias: a extinção de determinadas restrições ao capital estrangeiro, a flexibilização de monopólios estatais e a desestatização. Tais transformações modificaram as bases sobre as quais se dava a atuação do Poder Público, tanto no que diz respeito à prestação de serviços públicos como à exploração de atividades econômicas. A diminuição expressiva da atuação empreendedora do Estado transferiu sua responsabilidade principal para o campo da regulação e fiscalização dos serviços delegados à iniciativa privada e das atividades econômicas que exigem regime especial. Foi nesse contexto que surgiram as agências reguladoras, via institucional pela qual se consumou a mutação do papel do Estado em relação à ordem econômica⁸⁷.

Por fim, mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais – não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais⁸⁸. Dentre eles é possível destacar:

⁸⁶ V. Luís Roberto Barroso, “Agências reguladoras. Constituição, transformações do Estado e legitimidade democrática”. In: **Temas de direito constitucional**, t. II, 2003, p. 303-4.

⁸⁷ As agências reguladoras, como categoria abstrata, não receberam disciplina constitucional. O texto da Constituição, todavia, faz menção a duas delas: a de telecomunicações (art. 21, XI) e a de petróleo (art. 177, § 2º, III).

⁸⁸ Sobre este tema específico, v. os projetos de doutoramento de Gustavo Binenbojm, “Direitos fundamentais, democracia e Administração Pública”, 2003, e de Arícia Corrêa Fernandes, “Por uma releitura do princípio da legalidade administrativa e da reserva de Administração”, 2003, ambos apresentados ao Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sob minha orientação. V. tb. V. Patrícia Batista, **Transformações do direito administrativo**, 2003; e Gustavo Binenbojm, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo”, **Revista de Direito Administrativo** 239:1, 2005.

a) a redefinição da idéia de supremacia do interesse público sobre o interesse privado

Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) *primário* – isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem-estar social – e (ii) *secundário*, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário⁸⁹. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto⁹⁰.

b) a vinculação do administrador à Constituição e não apenas à lei ordinária

Supera-se, aqui, a idéia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo por fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem.

c) a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo

O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e

⁸⁹ Esta classificação, de origem italiana, é pouco disseminada na doutrina e na jurisprudência brasileiras. V. Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 1960, p. 197, *apud* Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 57. Depois de Celso Antônio, outros autores utilizaram esta distinção. V. Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 429 e ss..

⁹⁰ Para um aprofundamento dessa discussão, v. meu prefácio ao livro de Daniel Sarmento (org.), *Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*, 2005. V. tb., naturalmente, o próprio livro, do qual constam textos de grande valia sobre o tema, escritos por Humberto Ávila, Paulo Ricardo Schier, Gustavo Binenbojm, Daniel Sarmento e Alexandre Aragão. O texto de Humberto Ávila foi pioneiro na discussão da matéria. Sob outro enfoque, merece referência o trabalho de Fábio Medina Osório, "Existe uma supremacia do interesse público sobre o privado no direito brasileiro?", *Revista de Direito Administrativo* 220:107, 2000.

tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz)⁹¹.

Um último comentário se impõe nesse passo. Há autores que se referem à mudança de alguns paradigmas tradicionais do direito administrativo como caracterizadores de uma *privatização do direito público*, que passa a estar submetido, por exemplo, a algumas categorias do direito das obrigações. Seria, de certa forma, a mão inversa da *publicização do direito privado*. Na verdade, é a aplicação de princípios constitucionais que leva determinados institutos de direito público para o direito privado e, simetricamente, traz institutos de direito privado para o direito público. O fenômeno em questão, portanto, não é nem de publicização de um, nem de privatização de outro, mas de constitucionalização de ambos. Daí resulta uma diluição do rigor da dualidade direito público-direito privado, produzindo áreas de confluência e fazendo com que a distinção passe a ser antes quantitativa do que qualitativa⁹².

⁹¹ Sobre princípios constitucionais da Administração Pública, v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, **Princípios constitucionais da Administração Pública**, 1994; Romeu Bacellar, **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**, 1998; Juarez Freitas, **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**, 1999; Ruy Samuel Espíndola, "Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: Anotações em torno de questões contemporâneas", **Interesse Público** 21:57, 2003.

⁹² Não é possível aprofundar o tema, que é rico e intrincado, sem um desvio que seria inevitavelmente longo e descabido nas circunstâncias. Vejam-se, sobre a questão: Pietro Perlingieri, **Perfis de direito civil**, 1997, p. 17; Maria Celina Bodin de Moraes, "A caminho de um direito civil constitucional", **Revista de Direito Civil** 65:23, 1993, p. 25; e Gustavo Tepedino, "Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil". In: **Temas de direito civil**, 2004, p. 19: "Daí a inevitável alteração dos confins entre o direito público e o direito privado, de tal sorte que a distinção deixa de ser qualitativa e passa a ser quantitativa, nem sempre se podendo definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado. Em outras palavras, pode-se provavelmente determinar os campos do direito público ou do direito privado pela prevalência do interesse público ou do interesse privado, não já pela inexistência de intervenção pública nas atividades de direito privado ou pela exclusão da participação do cidadão nas esferas da administração pública. A alteração tem enorme significado hermenêutico, e é preciso que venha a ser absorvida pelos operadores".

3. Direito penal

A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. A Constituição tem impacto sobre a validade e a interpretação das normas de direito penal, bem como sobre a produção legislativa na matéria. Em primeiro lugar, pela previsão de um amplo catálogo de garantias, inserido no art. 5º (v. *supra*). Além disso, o texto constitucional impõe ao legislador o dever de criminalizar determinadas condutas⁹³, assim como impede a criminalização de outras⁹⁴. Adicione-se a circunstância de que algumas tipificações previamente existentes são questionáveis à luz dos novos valores constitucionais ou da transformação dos costumes⁹⁵, assim como podem ser excepcionadas em algumas de suas incidências concretas, se provocarem resultado constitucionalmente indesejável⁹⁶.

A constitucionalização do direito penal suscita um conjunto instigante e controvertido de idéias, a serem submetidas ao debate doutrinário e à consideração da jurisprudência. Boa parte do pensamento jurídico descrê das potencialidades das penas privativas de

⁹³ Como, por exemplo, nos casos de racismo, tortura, ação de grupos armados contra a ordem constitucional, crimes ambientais e violência contra a criança, dentre outras referências expressas. V. arts. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV, 7º, X, 225, § 3º e 227, § 4º.

⁹⁴ Como por exemplo: “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”; “Art. 5º. (...) XVI – todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização (...); XVII – é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

⁹⁵ É o caso de tipos previstos no Código Penal (CP), como os de sedução (art. 217), adultério (art. 240) ou de escrito obsceno, assim descrito: “Art. 234. Fazer, importar, exportar, adquirir ou ter sob sua guarda, para fim de comércio, de distribuição ou de exposição pública, escrito, desenho, pintura, estampa ou qualquer objeto obsceno: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

⁹⁶ Duas decisões do Supremo Tribunal Federal exemplificam o argumento. Na primeira, concedeu-se **habeas corpus** em favor de um jovem acusado de estupro, por haver mantido relação sexual com uma menina de 12 anos. Por maioria, decidiu a Corte que a presunção de violência do art. 224 do CP é relativa e que o crime não se configurava, à vista de elementos do caso concreto – consentimento da vítima e sua aparência de ter mais de 14 anos – que tornariam extremamente injusta a aplicação literal do dispositivo do Código Penal (STF, *DJU* 20 set. 1996, HC 73662-MG, Rel. Min. Marco Aurélio). Num outro caso, a Corte trançou a ação penal promovida contra ex-Prefeita Municipal, pela contratação de boa-fé, mas sem concurso público, de um único gari. O fundamento utilizado foi a *insignificância jurídica do ato apontado como delituoso, gerando falta de justa causa para a ação penal* (STF, *DJU* 11 set. 1998, HC 77003-4, Rel. Min. Marco Aurélio). Sobre o tema da interpretação conforme a equidade, de modo a evitar a incidência iníqua de determinada regra, v. Ana Paula de Barcellos, **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**, 2005.

liberdade, que somente deveriam ser empregadas em hipóteses extremas, quando não houvesse meios alternativos eficazes para a proteção dos interesses constitucionalmente relevantes⁹⁷. Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica⁹⁸. A disciplina jurídica dada a determinada infração ou a pena aplicável não deve *ir além* nem tampouco *ficar aquém* do necessário à proteção dos valores constitucionais em questão. No primeiro caso, haverá inconstitucionalidade por falta de razoabilidade ou proporcionalidade⁹⁹; no segundo, por omissão em atuar na forma reclamada pela Constituição¹⁰⁰.

Uma hipótese específica de constitucionalização do direito penal suscitou candente debate na sociedade e no Supremo Tribunal Federal: a da legitimidade ou não da interrupção da gestação nas hipóteses de feto anencefálico. Na ação constitucional ajuizada pe-

⁹⁷ O presente parágrafo beneficia-se da discussão de idéias trazidas por Valéria Caldi de Magalhães, “Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: Algumas considerações”, mimeografado, 2005, trabalho de final de curso apresentado na disciplina *Interpretação Constitucional*, do Programa de Pós-graduação em Direito Público da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Averbou a autora: “Ao mesmo tempo em que o funda e autoriza, a Constituição reduz e limita o direito penal, na medida em que só autoriza a criminalização de condutas que atinjam de modo sensível um bem jurídico essencial para a vida em comunidade. Este é o papel do direito penal: atuar como última *ratio*, quando seja absolutamente necessário e não haja outros mecanismos de controle social aptos a impedir ou punir aquelas lesões”.

⁹⁸ Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens, **Crime e Constituição**, 2003, p. 44-5: “No campo do Direito Penal, em face dos objetivos do Estado Democrático de Direito estabelecidos expressamente na Constituição (erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais e regionais, direito à saúde, proteção do meio-ambiente, proteção integral à criança e ao adolescente, etc.), os delitos que devem ser penalizados com (maior) rigor são exatamente aqueles que, de uma maneira ou outra, obstaculizam/dificultam/impedem a concretização dos objetivos do Estado Social e Democrático. Entendemos ser possível, assim, afirmar que os crimes de sonegação de tributos, lavagem de dinheiro e corrupção (para citar apenas alguns) merecem do legislador um tratamento mais severo que os crimes que dizem respeito às relações meramente interindividuais (desde que cometidos sem violência ou grave ameaça)”.

⁹⁹ É o caso da disciplina penal dada pela Lei nº 9.677/98 (Lei dos Remédios) à adulteração de cosméticos. O delito é equiparado à adulteração de medicamentos que, por sua vez, prevê penas mínimas superiores à do crime de homicídio para a falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (CP, art. 273 e § 1º, a). Sobre o tema, v. Miguel Reale Júnior, “A inconstitucionalidade da Lei dos Remédios”, **Revista dos Tribunais** 763:415, 1999. Outro exemplo é o da Lei nº 9.437/97, que em seu art. 10 pune com penas idênticas o porte de arma de fogo e o porte de arma de brinquedo. Sobre a proporcionalidade no âmbito do direito penal, v. Ingo Sarlet, *Constituição e proporcionalidade: O direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência*, **Revista de Estudos Criminais** 12:86, 2003.

¹⁰⁰ Valéria Caldi de Magalhães, “Constitucionalização do direito e controle de constitucionalidade das leis penais: algumas considerações”, mimeografado, 2005, p. 15, considera de “duvidosa constitucionalidade” a previsão legal de extinção da punibilidade de crimes contra a ordem tributária, em razão do pagamento do tributo antes e, até mesmo, após o recebimento da denúncia. A matéria é disciplinada pelo art. 34 da Lei nº 9.249/95 e pelo art. 9º da Lei nº 10.684/2003.

diu-se a interpretação conforme a Constituição dos dispositivos do Código Penal que tipificam o crime de aborto, para declarar sua não incidência naquela situação de inviabilidade fetal. A grande questão teórica em discussão era a de saber se, ao declarar a não incidência do Código Penal a uma determinada situação, porque isso provocaria um resultado inconstitucional, estaria o STF interpretando a Constituição – que é o seu papel – ou criando uma nova hipótese de não punibilidade do aborto, em invasão da competência do legislador¹⁰¹.

Não é propósito desse estudo, voltado para uma análise panorâmica, percorrer caso a caso o impacto da Constituição sobre os diferentes segmentos do Direito. A constitucionalização, como já observado, manifesta-se de maneira difusa pelos diferentes domínios, ainda que em graus variados. As idéias gerais apresentadas são válidas, portanto, para todos os ramos, aí incluídos o direito do trabalho, o direito comercial, o direito ambiental, o direito processual e assim por diante.

V. CONSTITUCIONALIZAÇÃO E JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A constitucionalização, na linha do argumento aqui desenvolvido, expressa a irradiação dos valores constitucionais pelo sistema jurídico. Esta difusão da Lei Maior pelo ordenamento se dá por via da jurisdição constitucional, que abrange a aplicação direta da Constituição a determinadas questões; a declaração de inconstitucionalidade de normas com ela incompatíveis; e a interpretação conforme a Constituição, para atribuição de sentido às normas jurídicas em geral. No caso brasileiro, deve-se enfatizar, a jurisdição constitucional é exercida amplamente: do juiz estadual ao Supremo Tribunal Federal, todos interpretam a Constituição, poden-

¹⁰¹ STF, ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio. Por 7 votos a 4, o STF decidiu conhecer da ação e apreciar-lhe o mérito. Alguns dos argumentos apresentados pela autora da ação, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde foram os seguintes: (i) atipicidade do fato: pelo direito positivo brasileiro, a vida se extingue pela morte encefálica; o feto anencefálico não chega sequer a ter vida cerebral (princípio da legalidade); (ii) exclusão da punibilidade: o Código Penal determina a não punição nos casos de risco de morte para a mãe e de estupro; tais situações, por envolverem feto com potencialidade de vida, são mais drásticas do que a da anencefalia, que só não foi prevista expressamente por inexistirem recursos tecnológicos de diagnóstico, quando da elaboração do Código Penal, em 1940 (interpretação evolutiva); (iii) violação do princípio da dignidade da pessoa humana, tanto na versão da integridade física quanto psíquica, pela imposição de sofrimento imenso e inútil à mulher, obrigando-a a levar a termo uma gestação inviável.

do, inclusive, recusar aplicação à lei ou outro ato normativo que considerem inconstitucional¹⁰².

Ao lado desse exercício amplo de jurisdição constitucional, há um outro fenômeno que merece ser destacado. Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. Isso conduz a um último desenvolvimento de natureza política, que é considerado no parágrafo abaixo.

Uma das instigantes novidades do Brasil dos últimos anos foi a virtuosa ascensão institucional do Poder Judiciário. Recuperadas as liberdades democráticas e as garantias da magistratura, juízes e tribunais deixaram de ser um departamento técnico especializado e passaram a desempenhar um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo. Tal circunstância acarretou uma modificação substantiva na relação da sociedade com as instituições judiciais, impondo reformas estruturais e suscitando questões complexas acerca da extensão de seus poderes.

Pois bem: em razão desse conjunto de fatores – constitucionalização, aumento da demanda por justiça e ascensão institucional do Judiciário –, verificou-se no Brasil uma expressiva *judicialização* de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final¹⁰³. Vejam-se abaixo, ilustrativamente, alguns dos temas e casos que foram objeto de

¹⁰² A Constituição de 1988 manteve o sistema eclético, híbrido ou misto, combinando o controle *por via incidental e difuso* (sistema americano), que vinha desde o início da República, com o controle *por via principal e concentrado*, implantado com a EC nº 16/65 (sistema continental europeu). V. Luís Roberto Barroso, **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**, 2004.

¹⁰³ O tema é ainda pouco explorado na doutrina. V., no entanto, o trabalho-pesquisa elaborado por Luiz Werneck Vianna, Maria Alice de Carvalho, Manuel Cunha Melo e Marcelo Baumann Burgos, **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, 1999. E também, para duas visões diversas, Luiz Werneck Vianna (org.), **A democracia e os três Poderes no Brasil**, 2002, e Rogério Bastos Arantes, **Ministério Público e política no Brasil**, 2002. Para uma análise crítica desses dois trabalhos, v. Débora Alves Maciel e Andrei Koerner, **Sentidos da judicialização da política: Duas análises**, Lua Nova 57:113, 2002.

pronunciamento do Supremo Tribunal Federal ou de outros tribunais, em período recente:

(i) Políticas públicas: a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição dos inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça);

(ii) Relações entre Poderes: determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebra de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal;

(iii) Direitos fundamentais: legitimidade da interrupção da gestação em certas hipóteses de inviabilidade fetal;

(iv) Questões do dia-a-dia das pessoas: legalidade da cobrança de assinaturas telefônicas, a majoração do valor das passagens de transporte coletivo ou a fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde.

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, *jurídicos*, mas a natureza de sua função é inegavelmente *política*, aspecto que é reforçado pela exemplificação acima. Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Nesse ponto se coloca uma questão que só mais recentemente vem despertando o interesse da doutrina no Brasil, que é a da legitimidade democrática da função judicial, suas possibilidades e limites. Relativamente ao controle de constitucionalidade das normas, já há alguma literatura recente¹⁰⁴. No tocante ao controle de

¹⁰⁴ No direito comparado, no qual o tema é discutido de longa data, v., exemplificativamente: Hamilton, Madison e Jay, *The Federalist papers*, 1981 (a publicação original foi entre 1787 e 1788), especialmente **O Federalista nº 78**;

constitucionalidade de políticas públicas, o tema só agora começa a ser desbravado¹⁰⁵. Vale a pena investir uma energia final nessa matéria.

Em sentido amplo, a jurisdição constitucional envolve a interpretação e aplicação da Constituição, tendo como uma de suas principais expressões o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. No Brasil, esta possibilidade vem desde a primeira Constituição republicana (controle incidental e difuso), tendo sido ampliada após a Emenda Constitucional nº 16/65 (controle principal e concentrado). A existência de fundamento normativo expresso, aliada a outras circunstâncias, adiou o debate no país acerca da legitimidade do desempenho pela corte constitucional de um papel normalmente referido como *contra-majoritário*¹⁰⁶: órgãos e agentes públicos não eleitos têm o poder de afastar ou conformar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de

John Marshall, voto em *Marbury v. Madison* [5 U.S. (1 Cranch)], 1803; Hans Kelsen, **Quién debe ser el defensor de la Constitución**, 1931; Carl Schmitt, **La defensa de la constitución**, 1931; John Hart Ely, **Democracy and distrust**, 1980; Alexander Bickel, **The least dangerous branch**, 1986; Ronald Dworkin, **A matter of principle**, 1985; John Rawls, **A theory of justice**, 1999; Jürgen Habermas, **Direito e democracia: Entre facticidade e validade**, 1989; Bruce Ackerman, **We the people: Foundations**, 1993; Carlos Santiago Nino, **La Constitución de la democracia deliberativa**, 1997. Na literatura nacional mais recente, vejam-se: Bianca Stamato Fernandes, **Jurisdição constitucional**, 2005; Gustavo Binenbojm, **A nova jurisdição constitucional brasileira**, 2004; Cláudio de Souza Pereira Neto, **Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática**, 2002; José Adércio Leite Sampaio, **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**, 2002.

¹⁰⁵ V. Ana Paula de Barcellos, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", **Revista de direito administrativo** 240, 2005; e Marcos Maselli Pinheiro Gouvêa, **O controle judicial das omissões administrativas**, 2003. Abordagens iniciais da questão podem ser encontradas em Luís Roberto Barroso, **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**, 2003; e Ingo Wolfgang Sarlet, **A eficácia dos direitos fundamentais**, 2004.

¹⁰⁶ A expressão "dificuldade contra-majoritária" (*the counter-majoritarian difficulty*) foi cunhada por Alexander Bickel, **The least dangerous branch**, 1986, p. 16, cuja 1.a edição é de 1962.

constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação¹⁰⁷.

A questão do controle das políticas públicas envolve, igualmente, a demarcação do limite adequado entre matéria constitucional e matéria a ser submetida ao processo político majoritário. Por um lado, a Constituição protege os direitos fundamentais e determina a adoção de políticas públicas aptas a realizá-los. Por outro, atribuiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas a cada tempo aos Poderes Legislativo e Executivo. Para assegurar a supremacia da Constituição, mas não a hegemonia judicial, a doutrina começa a voltar sua atenção para o desenvolvimento de parâmetros objetivos de controle de políticas públicas¹⁰⁸.

O papel do Judiciário, em geral, e do Supremo Tribunal, em particular, na interpretação e na efetivação da Constituição, é o combustível de um debate permanente na teoriafilosofia¹⁰⁹ constitucional contemporânea, pelo mundo afora. Como as nuvens, o tema tem percorrido trajetórias variáveis, em função de ventos circunstanciais, e tem assumido formas as mais diversas: ativismo *versus* contenção judicial; interpretativismo *versus* não-interpretativismo; constitucionalismo

¹⁰⁷ Sobre o tema, vejam-se Cláudio Pereira de Souza Neto, **Jurisdição, democracia e racionalidade prática**, 2002; José Adércio Leite Sampaio, **A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional**, 2002; Bianca Stamato, **Jurisdição constitucional**, 2005.

¹⁰⁸ V., especialmente, Ana Paula de Barcellos, "Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas", **Revista de direito administrativo** 240, 2005. Em duas passagens, sintetiza a autora, de maneira feliz, os dois pólos da questão: "Em um Estado democrático, não se pode pretender que a Constituição invada o espaço da política em uma versão de substancialismo radical e elitista, em que as decisões políticas são transferidas, do povo e de seus representantes, para os reis filósofos da atualidade: os juristas e operadores do direito em geral". Porém de outra parte: "Se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas jurídicas, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema, não haveria sentido em concluir que a atividade de definição das políticas públicas – que irá ou não realizar esses fins – deve estar totalmente infensa ao controle jurídico. Em suma: não se trata da absorção do político pelo jurídico, mas apenas da limitação do primeiro pelo segundo" (grifos no original).

¹⁰⁹ Os conceitos de teoria e de filosofia constitucional não se confundem, mas vêm se aproximando, como notou Cláudio Pereira de Souza Neto, "A teoria constitucional e seus lugares específicos: Notas sobre o aporte reconstrutivo". In: **Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides**, 2005, p. 87 e ss.: "Tradicionalmente, a teoria da constituição se destinava à identificação, análise e descrição do que 'é' uma constituição. Hoje, contudo, abrange também o campo das indagações que versem sobre o que a constituição 'deve ser', *i. e.*, incorpora dimensões racional-normativas, as quais se situam na seara do que se vem denominando 'filosofia constitucional'".

popular *versus* supremacia judicial. A terminologia acima deixa traír a origem do debate: a discussão existente sobre a matéria nos Estados Unidos, desde os primórdios do constitucionalismo naquele país. A seguir uma palavra sobre a experiência americana.

A atuação pró-ativa da Suprema Corte, no início da experiência constitucional americana, foi uma bandeira do pensamento conservador. Não há surpresa nisso: ali se encontrou apoio para a política da segregação racial¹¹⁰ e para a invalidação das leis sociais em geral¹¹¹, culminando no confronto entre o Presidente Roosevelt e a Corte¹¹². A situação se inverteu completamente a partir da década de 50, quando a Suprema Corte, nas presidências Warren e Burger, produziu jurisprudência progressista em matéria de direitos fundamentais¹¹³, incluindo negros, presos e mulheres, bem como questões relativas a privacidade e aborto¹¹⁴.

Pelos anos seguintes, o debate central na teoria constitucional norte-americana contrapôs, de um lado, liberais (ou progressistas), favoráveis ao *judicial review* e a algum grau de ativismo

¹¹⁰ Em *Dred Scott vs. Sandford* [60 U.S. (10 How.) 393], julgado em 1857, a Suprema Corte considerou serem inconstitucionais tanto as leis estaduais como as federais que pretendessem conferir cidadania aos negros, que eram vistos como seres inferiores e não tinham proteção constitucional. Na mais condenada decisão do constitucionalismo americano, a Suprema Corte alinhou-se com a defesa da escravidão. Muitos anos se passaram até que o Tribunal recuperasse sua autoridade moral e política. V. Nowack, Rotunda e Young, *Constitutional law*, 2000, p. 68.

¹¹¹ A partir do final do século XIX, a Suprema Corte fez-se intérprete do pensamento liberal, fundado na idéia do *laissez faire*, pelo qual o desenvolvimento é melhor fomentado com a menor interferência possível do Poder Público. A decisão que melhor simbolizou esse período foi proferida em 1905 no caso *Lochner vs. New York* (198 U.S. 45), na qual, em nome da liberdade de contrato, considerou-se inconstitucional uma lei de Nova York que limitava a jornada de trabalho dos padeiros. Sob o mesmo fundamento, a Suprema Corte invalidou inúmeras outras lei. Esse período ficou conhecido como era **Lochner**.

¹¹² Eleito em 1932, após a crise de 1929, Franklin Roosevelt deflagrou o *New Deal*, programa econômico e social caracterizado pela intervenção do Estado no domínio econômico e pela edição de ampla legislação social. Com base na doutrina desenvolvida na era **Lochner**, a Suprema Corte passou a declarar inconstitucionais tais leis, gerando um confronto com o Executivo. Roosevelt chegou a enviar um projeto de lei ao Congresso, ampliando a composição da Corte – **Court-packing plan** –, que não foi aprovado. A Suprema Corte, no entanto, veio a mudar sua orientação e abdicou do exame do mérito das normas de cunho econômico e social, tendo por marco a decisão proferida em *West Coast vs. Parrish* (300 U.S. 379), datada de 1937.

¹¹³ Veja-se o registro dessa mudança em Larry D. Kramer, *Popular constitutionalism*, circa 2004, **California Law Review** 92:959, 2004, p. 964-5: “(The Warren Court), for the first time in American history, gave progressives a reason to see the judiciary as a friend rather than a foe. This had never been a problem for conservatives. Going all the way back to the Federalist era, conservatives had always embraced an idea of broad judicial authority, including judicial supremacy, and they continued to do so after Chief Justice Warren took over. For them, the problem with the Warren Court was simply that its decisions were wrong. (...) Beginning with Robert Bork’s 1968 attack on the Court in *Fortune Magazine*, many conservatives started to assail the Court using the traditionally liberal rhetoric of countermajoritarianism”.

¹¹⁴ Earl Warren presidiu a Suprema Corte de 1953 a 1969; Warren Burger, de 1969 a 1986. Algumas decisões emblemáticas desses períodos foram: *Brown vs. Board of Education* (1954), que considerou inconstitucional a política

judicial, e, de outro, conservadores, favoráveis à auto-contenção judicial e a teorias como originalismo e não-interpretativismo¹¹⁵. De algum tempo para cá, em razão do amplo predomínio republicano e conservador, com reflexos na jurisprudência da Suprema Corte, alguns juristas liberais vêm questionando o que denominam “supremacia judicial” e defendendo um ainda impreciso constitucionalismo popular, com a “retirada da Constituição dos tribunais”¹¹⁶.

O debate, na sua essência, é universal e gravita em torno das tensões e superposições entre constitucionalismo e democracia. É bem de ver, no entanto, que a idéia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria. Há outros princípios a serem preservados e há direitos da minoria a serem respeitados. Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado¹¹⁷. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los¹¹⁸. O *deficit* democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contra-majoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja

de segregação racial nas escolas públicas; *Griswold vs. Connecticut* (1965), que invalidou lei estadual que incriminava o uso de pílula anticoncepcional, reconhecendo um direito implícito à privacidade; e *Roe vs. Wade* (1973), que considerou inconstitucional lei estadual que criminalizava o aborto, mesmo que antes do terceiro mês de gestação. No domínio do processo penal, foram proferidas as decisões marcantes já mencionadas (v. *supra*), em casos como *Gideon vs. Wainwright* (1963) e *Miranda vs. Arizona* (1966)

¹¹⁵ A crítica de viés conservador, estimulada por longo período de governos republicanos, veio embalada por uma corrente doutrinária denominada de *originalismo*, defensora da idéia pouco consistente de que a interpretação constitucional deveria ater-se à intenção original dos criadores da Constituição. Sobre o tema, v. Robert Bork, **The Tempting of América**, 1990, e William Rehnquist, The notion of a living Constitution, **Texas Law Review** 54:693, 1976. Em sentido oposto, v. Morton J. Horwitz, “Foreword: the Constitution of change: legal fundamentality without fundamentalism”, **Harvard Law Review** 107:30, 1993, e Laurence Tribe, **American constitutional law**, 2000, p. 302 e s. Para uma análise ampla dessa temática em língua portuguesa, v. Bianca Stamato, **Jurisdição constitucional**, 2005.

¹¹⁶ Vejam-se alguns textos escritos nos últimos anos. Em favor do “popular constitutionalism”, v.: Larry D. Kramer, **The people themselves: Popular constitutionalism and judicial review**, 2004; Mark Tushnet, **Taking the Constitution away from the courts**, 1999; Jeremy Waldron, **The dignity of legislation**, 1999; Richard D. Parker, **“Here the people rule”: A popular constitutionalist manifest**, 1994. Em defesa do “judicial review”, v.: Christopher L. Eisgruber’s, **Constitutional self-government**, 2001; Erwin Chemerinsky, In defense of judicial review: A reply to professor Kramer, **California Law Review** 92:1013, 2004; Frederick Schauer, Judicial supremacy and the modest Constitution, **California Law Review** 92:1045.

¹¹⁷ Christopher L. Eisgruber, “Constitutional self-government and judicial review: A reply to five critics”, **University of San Francisco Law Review** 37:115, 2002, p. 119-31.

¹¹⁸ A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e

composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação¹¹⁹.

O papel do Judiciário e, especialmente, das cortes constitucionais e supremos tribunais deve ser o de resguardar o processo democrático e promover os valores constitucionais, superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes, quando seja o caso. Sem, contudo, desqualificar sua própria atuação, o que ocorrerá se atuar abusivamente, exercendo preferências políticas em lugar de realizar os princípios constitucionais¹²⁰. Além disso, em países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao tribunal constitucional funcionar como garantidor da estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre Poderes ou entre estes e a sociedade civil. Estes os seus grandes papéis: resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assim como assegurar a estabilidade institucional.

No Brasil, só mais recentemente se começam a produzir estudos acerca do ponto de equilíbrio entre supremacia da Constituição, interpretação constitucional pelo Judiciário e processo político ma-

respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. **Inf. STF** 393, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.

¹¹⁹ V. Vital Moreira, "O futuro da Constituição". In: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho, **Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**, 2001, p. 323: "Na fórmula constitucional primordial, 'todo poder reside no povo'. Mas a verdade é que, na reformulação de Sternberger, 'nem todo o poder vem do povo'. Há o poder econômico, o poder mediático, o poder das corporações sectoriais. E por vezes estes poderes sobrepõem-se ao poder do povo".

¹²⁰ Luís Roberto Barroso, "Disciplina legal dos direitos do acionista minoritário e do preferencialista. Constituição e espaços de atuação legítima do Legislativo e do Judiciário". In: **Temas de direito constitucional**, t. III, 2005, p. 314-5: "Como já referido, porém, a Constituição não ocupa, nem pode pretender ocupar todos os espaços jurídicos dentro do Estado, sob pena de asfixiar o exercício democrático dos povos em cada momento histórico. Respeitadas as regras constitucionais e dentro do espaço de sentido possível dos princípios constitucionais, o Legislativo está livre para fazer as escolhas que lhe pareçam melhores e mais consistentes com os anseios da população que o elegeu. A disputa política entre diferentes visões alternativas e plausíveis acerca de como dar desenvolvimento concreto a um princípio constitucional é própria do pluralismo democrático. A absorção institucional dos conflitos pelas diversas instâncias de mediação, com a conseqüente superação da força bruta, dá o toque de civilidade ao modelo. Mas não é possível pretender derrotar a vontade majoritária, em espaço no qual ela deva prevalecer, pela via oblíqua de uma interpretação jurídica sem lastro constitucional. Ao agir assim, o intérprete estaria usurpando tanto o papel do constituinte quanto do legislador".

oritário. O texto prolixo da Constituição, a disfuncionalidade do Judiciário e a crise de legitimidade que envolve o Executivo e o Legislativo tornam a tarefa complexa. Os diversos outros ingredientes da vivência brasileira espantam os riscos de tédio ou marasmo, embora provoquem sustos paralisantes. A difícil tarefa de construir as instituições de um país que se atrasou na história exige energia, idealismo e imunização contra a amargura. Não adianta: ninguém escapa do seu próprio tempo.

CONCLUSÃO

O novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, após a Constituição de 1988. O ambiente filosófico em que floresceu foi o do pós-positivismo, tendo como principais mudanças de paradigma, no plano teórico, o reconhecimento de força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a elaboração das diferentes categorias da nova interpretação constitucional.

Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. A constitucionalização, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade brasileira e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais.

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional. ☐

A Pessoa: Entre o Formalismo e a Realidade Ética*

José de Oliveira Ascensão

Professor Catedrático da Universidade de Lisboa

1. O DILEMA DA PESSOA NO DIREITO

Os arts. 11 a 21 do novo Código Civil (daqui por diante, simplesmente CC) representam uma inovação em relação ao código anterior. Este não regulava os Direitos de Personalidade.

Mas qual é o âmbito, afinal de contas, dessa inovação?

A lista de direitos apresentada é extremamente sucinta. Pode mesmo surpreender que os direitos mais importantes não estejam contemplados: o direito à vida, desde logo.

E os direitos que efectivamente se prevêem não duplicarão direitos fundamentais, assegurados já pela Constituição?

Por outro lado, a mesma Constituição insere logo no art. 1, III, entre os seus fundamentos, “a dignidade da pessoa humana”¹. A mesma categoria aflora igualmente noutros preceitos constitucionais.

Que conexão existe entre esta proclamação e a nova disciplina civilística dos direitos de personalidade?

Procuraremos responder a estas interrogações. Mas para isso, partimos de uma verificação que se situa aparentemente muito longe.

* Texto reduzido a escrito da conferência proferida no seminário “Os Direitos da Personalidade”, realizado na EMERJ, em 13.05.2005.

¹ Segue na esteira da Constituição alemã, que declara lapidariamente: “*Die Würde des Menschen ist unantastbar*”. Mas esta isola o princípio de todas as outras matérias para exprimir a dignidade supraconstitucional da pessoa. Já assim não procedem a Constituição brasileira e a portuguesa, que o inserem junto a outros princípios de menor transcendência.

Os livros dedicados à disciplina de Teoria Geral (ou Parte Geral) do Direito Civil versam normalmente as pessoas logo após as considerações introdutórias, de envolta ou não com a personalidade jurídica.

Mas outros não o fazem. Começam pela relações ou situações jurídicas. E só mais tarde, como mero elemento destas, aparecem os sujeitos, que seriam as pessoas.

Será apenas questão de sistemática?

Toca-se, ao que pensamos, algo muito mais profundo.

Ou se parte da *pessoa*, como entidade prévia e fundamentadora de todo o Direito, ou da *norma*, como critério universal e auto-suficiente do jurídico.

Esta última orientação é emanção do positivismo e do normativismo, que têm a sua formulação extrema na Teoria Pura do Direito. A pessoa é figura incómoda e não integrável, por ser extra-jurídica. Só há que falar em *sujeito*, como realidade somente funcional: é um centro de imputação de normas jurídicas. Não se caracteriza materialmente quem ocupa a posição de sujeito. Adaptando uma formulação usada a propósito de certos entendimentos do direito real, a pessoa surge como um buraco no meio de um complexo de normas.

Neste enquadramento não haveria que fazer distinção substancial entre pessoa física e jurídica, como sujeitos de direito. Tudo o que fosse centro de imputação de normas jurídicas seria sujeito de direito – por exemplo, o cavalo que o imperador Calígula designou senador.

Na orientação oposta, a pessoa é realidade que preexiste ao Direito, de modo que este lhe está subordinado. A pessoa define-se e impõe-se por si: não é a lei quem a cria². O Direito positivo é moldado ao serviço dela. Por isso, haverá necessariamente que partir desta entidade real³.

² Isso não impede que, aqui como noutros lugares, o Direito deva desempenhar a função de dar condições de praticabilidade à realidade, atribuindo fronteiras operacionais ao fluir contínuo da vida.

³ Na nossa orientação, a pessoa é simultaneamente:

- fim do Direito.
- fundamento do Direito da Personalidade.
- sujeito de situações jurídicas.

Em qualquer caso, a noção de pessoa é prévia. Cfr. o nosso **Direito Civil – Teoria Geral**, vol. I, “Introdução. As Pessoas. Os Bens”, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2000.

2. A GÊNESE: A FILOSOFIA GREGA E O CRISTIANISMO

Mas pode objectar-se: seja qual for a resposta que se der, o que traz de novas de novo o CC? Não estaria tudo já contido na extensíssima lista do art. 5º da Constituição, que ainda por cima não se pretende exaustiva?⁴ Não seria já suficiente o “Direito Civil Constitucional”, para usar uma categoria que está na moda?

Para responder, não podemos deixar de ir às origens. E antes de mais, à própria génese da noção de pessoa.

Esta noção não se desenvolveu no gregarismo das sociedades primitivas. A coesão imposta aos seus membros, para assegurar a própria subsistência, não o permitia.

Não se formulou sequer nas grandes civilizações orientais. Em terminologia actual, eram totalitárias. O homem funcionava como uma peça do conjunto.

Ganha-se consciência da pessoa através de duas fontes, separadas mas convergentes no resultado:

- a filosofia grega.
- o cristianismo.

A *cidade grega*, mesmo quando democrática, era totalitária: a condenação de Sócrates é elucidativa. Mas é também de Sócrates o ***nosce te ipsum***. Os gregos cultivaram o homem de uma maneira nova. Distinguem-no da cidade, por abstracção. Aparece assim um humanismo, base da identidade pessoal.

Além disso, os gregos fundam-se numa ontologia. A ética tem base na realidade, no que é. É ético o que é. Na base está, pois, um *é*, que se prolonga num *dever ser*.

O outro pilar está no *cristianismo*. Afirma o valor infinito de cada pessoa, porque criada à imagem e semelhança de Deus⁵. Marca a não absorção da pessoa pelo grupo: “Dai a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus!”⁶ Cada pessoa, embora comunitariamente integrada, tem em si a plenitude da humanidade.

⁴ Uma vez que estabelece que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adoptados ou de tratados internacionais (art. 5º, § 2.º).

⁵ “O segundo mandamento é semelhante ao primeiro: amar o próximo como a si mesmo”. Amar o próximo é semelhante a amar a Deus, não obstante a infinita desproporção!

⁶ É um princípio que, não obstante as aparências, ainda só encontrou acolhimento na civilização ocidental.

3. AS DECLARAÇÕES DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO

Estavam assim lançadas as bases do entendimento da pessoa.

Mas a noção não desabrochou imediatamente. Foi necessária uma lenta elaboração, que só alcançou a maturidade na filosofia medieval.

Esta filosofia foi estimulada pela necessidade de explicar a trindade das pessoas divinas. Para isso a noção de *pessoa* tornou-se central. O acesso tardio aos textos gregos permitiu a síntese.

O homem é um ***distinctum subsistens***. Tem fins próprios: a liberdade é-lhe dada para conduzir à sua própria realização. E a integração comunitária, o próximo, aparece dialecticamente como condição da realização de cada homem.

Estamos no séc. XIII. Mas da orientação de São Tomás de Aquino logo se distingue uma linha voluntarista, prosseguida por Guilherme de Ockam, Duns Escoto e outros.

Essa linha prepara de certo modo o caminho para a reforma protestante, como o prepara, noutra vertente, para o humanismo renascentista.

No séc. XVI traz o florescimento do direito subjectivo.

No séc. XVII, o contrato social.

No séc. XVIII, o iluminismo, o enciclopedismo e o próprio kantismo.

O contrato social dá a explicação voluntarista dos direitos do cidadão. No estado de natureza o homem só tinha, por definição, direitos. O Estado é criado para garantir esses direitos. Na linha liberal o Estado assegura a liberdade, mas a liberdade é formal – só importa o espaço de livre arbítrio, não o conteúdo ou para quê. O individualismo subordina o elemento comunitário e a solidariedade. Sobre estas bases se constrói a democracia política e o liberalismo económico do séc. XIX, com a grande exaltação da propriedade que é característica destas orientações.

E é neste ambiente que florescem os Direitos do Homem⁷. Mas no início havia muito a referência aos *direitos do cidadão*, o

⁷ Ou humanos, ou inatos, ou originários...

que traduzia o espírito que lhes presidiu. Estavam centrados numa visão redutora do Estado; este era o inimigo que, mediante a interposição destes direitos, se procurava manter a distância. É muito o espírito das declarações constitucionais de direitos, sobretudo da Constituição dos Estados Unidos da América, surgida logo no séc. XVIII e ainda vigente.

As constituições e as declarações de direitos passam a albergar uma lista de reivindicações perante o Estado, que haviam logrado satisfação. Por elas, o cidadão só tem direitos e não tem deveres⁸.

Isto conduziu à sociedade burguesa em que nos encontramos ainda, em que, perante cidadãos só com direitos, se configura um Estado que só tem deveres.

Porém o Estado, ao contrário da pessoa, não é um ente subsistente por si. O Estado vive das pessoas que o compõem.

De maneira que temos um Estado, que só tem deveres, composto por pessoas que só têm direitos!

Não pode deixar de dar mau resultado.

Na evolução subsequente procurou-se dar mais conteúdo aos direitos, dissociando-os da visão de meros atributos contra o Estado. Surgem assim os direitos fundamentais de segunda, terceira, quarta e sabe-se lá que mais geração. Todavia, o espírito inicial nunca se apagou. Há que manter o Estado a serviço, mas, por isso mesmo, simultaneamente a distância. Há eclipses deste pensamento nas grandes emoções, como quando desabam as torres gémeas, mas na base encontra-se um específico entendimento do que é público e é privado, sendo privado aquilo em que o Estado não pode intervir.

É este o sentido da **privacy** norte-americana, que abrange a quase totalidade do que nos outros países se designa direitos de personalidade⁹. Traduz-se num direito negativo, o direito de não ser incomodado. Fala-se num direito de estar só. A verdade é que ganha um acento anti-comunitário, o que representa uma maneira viciosa de entender a pessoa humana.

⁸ É assim literalmente nas origens filosóficas, até em Kant.

⁹ Cfr. o nosso "A reserva da intimidade da vida privada e familiar", in **Direito Civil no Século XXI**, Editora Saraiva (São Paulo), 2003, 317-334; e in **RFDL**, vol. XLIII, n.º1, Coimbra Editora, 2002, 9-25.

Quando nos hospedamos num hotel, encontramos a placa: “do not disturb”. Traduz primorosamente o sentido da **privacy**.

Paralelamente, foram-se formulando declarações pretensamente universais de direitos do homem. Só atribuem direitos, omitem deveres. Têm a característica comum de serem insensíveis ao tempo e quase sempre ao espaço.

Dá-se particular relevo à Declaração Universal dos Direitos do Homem, embora consista numa simples Resolução da Assembleia Geral da ONU. Tem um estranho conteúdo, dando grande importância à propriedade. “Direitos” como o de protecção dos interesses *materiais* e morais do autor, a coberto da protecção da pessoa, escondem mal a pressão dos **lobbies** dominantes.

Estas declarações contêm uma carga política, utilizada para permitir intervenções selectivas a nível internacional, mas afastam-se do que deveriam ser as autênticas implicações da pessoa humana.

A tendência de tudo apresentar como direitos universalizou-se, mas esconde também um logro¹⁰.

4. PANORAMA DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE NO BRASIL

Neste pano de fundo, como caracterizar a situação brasileira?

O art. 5º da Constituição dá um empolamento máximo aos direitos fundamentais.

Com isto, ao lado de previsões que respeitam efectivamente a aspectos substanciais, surgem outras que dificilmente podem estar relacionadas com direitos do homem.

E assim, são incluídos aspectos:

– organizacionais, como o relativo ao júri (inc. XXXVIII).

¹⁰ É elucidativo o que respeita ao chamado *direito à arquitectura*. É promovido sistematicamente como um novo direito dos cidadãos. Mas esse direito é afinal um encargo mais para os destinatários: consiste em serem obrigados a recorrer a um arquitecto, por estes passarem a ter a exclusividade de subscrição de planos de arquitectura. Não nos interessa saber se o exclusivo reclamado se justifica ou não: basta notar que se apresenta como *direito* aquilo que para o público constitui um agravamento da situação, como resulta sempre dos exclusivos. Dizer que há um direito porque “o interesse bem entendido do público” o exige é o mesmo que falar num direito ao imposto para referir a obrigação de o pagar... Cfr. em Portugal a Resolução unânime da Assembleia da República, a culminar uma vasta campanha pelo direito à arquitectura: Resol. n.º 52/03, **Diário da República**, 1.ª série, de 11.VI.03.

– de vantagem pecuniária, como a garantia do direito à imagem nas competições desportivas (inc. XXVIII a).

– nada fundamentais, mesmo insignificantes, como a gratuidade da certidão de óbito (inc. LXXVI b).

Neste último caso, é evidente que não há nenhum aspecto pessoal que seja assegurado.

Isto faz perder à categoria dos direitos fundamentais unidade substantiva: só tem unidade formal. Equivale afinal ao que se conseguiu que ficasse assegurado pela constituição, mas dissocia-se da defesa da personalidade.

Esta floração de direitos, que se manifesta igualmente noutras ordens jurídicas, tem reflexos negativos. Banaliza na realidade o que deveria ser verdadeiramente fundamental. E os direitos menos importantes, competindo com os principais, acabam por os sufocar por disputarem o mesmo espaço e os mesmos meios de defesa.

É perante este quadro que há que repropor a pergunta enunciada: que traz de novo a previsão dos direitos de personalidade no Código Civil?

Já dissemos que a lista apresentada é exígua; e que faltam os direitos que sempre foram considerados mais importantes, como os direitos à vida e integridade física, à honra...

Só aqueles poucos direitos contemplados, como o direito ao nome e à imagem, serão direitos de personalidade para o Código Civil?

Analisando as figuras contempladas, encontramos um traço negativo comum: não são direitos contra o Estado, ou direitos dirigidos primordialmente contra o Estado. Escapam assim à caracterização originária que fizemos dos direitos fundamentais.

Por outro lado, não se diz que a lista apresentada seja exaustiva; mas também não se diz que o não seja. Pelo que se suscita a questão da tipicidade dos direitos de personalidade.

Se só estes fossem os direitos de personalidade admitidos, o contributo do Código Civil seria insignificante – ou mesmo praticamente nulo, perante o que constava já da Constituição. E teria muito pouco relevo para o objectivo de protecção da pessoa humana.

Para superar um problema análogo, de uma insuficiente previsão de direitos sobre bens da personalidade que devessem ser pro-

tegidos, a jurisprudência alemã criou a figura do *direito geral da personalidade*: um direito que abrangeria todas as exigências de tutela da pessoa humana.

Este esquema é retomado por vezes no Brasil e noutros países, mas sem razão. Ele tem fundamento na limitação dos “bens da vida”, a que é outorgada protecção absoluta, nos termos do § 823 BGB, podendo gerar responsabilidade civil. A descoberta deste novo direito permitiria preencher essa lacuna¹¹. Ora, no Brasil, semelhante recurso não é necessário. Há razões para considerar que a tutela da personalidade é geral, sem que para isso seja necessário recorrer ao direito geral da personalidade.

O Código Civil não se limita a previsões específicas. Os arts. 11 e 12 contêm um regime geral. Não se compreenderia que fosse da aplicabilidade limitada às escassas figuras a seguir contempladas de direitos de personalidade.

Mas o grande fundamento da atipicidade dos direitos de personalidade está na previsão constitucional da *dignidade da pessoa humana*. Esta não pode ser reduzida à mera frase. Uma vez colocada como fundamento da disciplina subsequente, ilumina toda a ordem jurídica. Como nota Perlingieri, constitui um princípio directamente aplicável¹².

O carácter não exaustivo da enumeração dos direitos de personalidade pelo Código Civil foi por isso recebido com naturalidade pela doutrina brasileira que se pronunciou sobre a matéria¹³.

Teremos aqui uma manifestação do Direito Civil Constitucional? Seria conforme à moda dizê-lo, mas não é necessário. Basta ter em conta a unidade da ordem jurídica e o assento constitucional último de todos os elementos desta.

¹¹ Tal como em paralelo foi criado um direito geral sobre a empresa ou o estabelecimento comercial (*Unternehmen*) para suprir a ausência de previsão de protecção absoluta de vários bens ligados à actividade mercantil.

¹² Perlingieri, *Perfis do Direito Civil* (trad.), Renovar, 1997, n.º 100: uma norma desta ordem não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas.

¹³ Cfr. por exemplo Danilo Doneda, “Os direitos de personalidade no Código Civil”, in *A Parte Geral do Novo Código Civil*, 2ª ed., coord. G. Tepedino, Renovar, 2003, 35-59 (46), com referência à “cláusula geral de personalidade” e não ao direito geral de personalidade; Gustavo Tepedino / Heloísa Barbosa / Celina Moraes (coord.), *Código Civil Interpretado*, I, Renovar, 2004, *sub art.* 11, 32-33.

5. O NECESSÁRIO SUBSTRATO ÉTICO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Mas a Constituição, que fundamenta uma ordem positiva, tem por sua vez de ser fundamentada.

O que representa esta dignidade humana, que assim é proclamada? Qual a sua essência?

Não se apresenta como mera escolha legal, sujeita a alterações pelo vai-vém das forças políticas, nem o seu conteúdo é arbitrariamente fixado pelo legislador.

Para se compreender o que é a dignidade da pessoa humana, tal como aliás para qualquer outro instituto jurídico, temos de conhecer a realidade a que se aplica¹⁴. Aqui, não se dispensa a reflexão sobre a pessoa, que a lei erige em fundamento da disciplina global que traça.

Não podemos escusar-nos a este debate, com o receio de descer aos fundamentos ontológicos. Não há motivo para que as realidades mais determinantes sejam justamente as que se deixam de parte.

O choque das escolas é decerto imponente. Mas o que ameaça especificamente a hora actual não é tanto qualquer falsa orientação sobre a pessoa, mas possivelmente a recusa de toda a orientação. O empenhamento filosófico transferiu-se, da busca da verdade, para a demonstração de que não é possível chegar à verdade. É a hora da *doxa* – tudo é relegado para a opinião.

À verdade absoluta decerto que não podemos chegar: por isso mesmo somos humanos. Diverso é pretender que não cheguemos em absoluto a nada.

Mas neste momento não precisamos de mergulhar a fundo no debate. Porque com facilidade se verifica que, justamente neste domínio, as orientações relativistas convivem com uma espécie de consenso universal sobre os direitos do Homem; e com a convicção de que estes direitos se impõem por si, independentemente de norma positiva. Isso significa que a pessoa, a quem esses direitos inerem, é tomada como realidade de quase indiscutida aceitação.

¹⁴ Assim como não se compreende a disciplina do *leasing*, ou da empresa, ou do testamento, sem conhecer a realidade que disciplinam.

Temos, assim, implicitamente admitido, não obstante os desvios históricos verificados, algo que transcende os direitos constituídos, mesmo ao nível constitucional e internacional e que vincula por si os Estados e as pessoas. Por isso, pode alguém ser condenado pela violação destes direitos, independentemente de se apontar uma lei positiva que tenha sido violada. É este o fundamento encontrado para os crimes contra a humanidade, não obstante todas as distorções que se possam ter verificado também neste percurso.

Pensando bem, o simples facto de os direitos de personalidade serem atípicos, como é objecto de aceitação generalizada, já traduzia que se baseavam numa realidade que estava fora e acima da norma positiva. Vejamos:

Os direitos de personalidade são direitos absolutos.

O princípio é o de que os direitos absolutos são típicos. E a razão é simples: como são direitos *erga omnes*, não se poderia admitir que amanhã alguém fosse surpreendido pela acusação e condenação por violação de direito absoluto, quando nenhuma lei positiva vedava a prática da conduta em questão. São conseqüentemente típicos os direitos reais, os direitos de exclusivo e assim por diante.

Mas os direitos de personalidade são direitos absolutos e são atípicos. Por quê?

Porque é pressuposto, quer pela lei quer pelos intérpretes, que correspondem a imposições naturais: não são criações arbitrárias da lei. Por serem realidades naturais são objectivamente reconhecíveis por todos, independentemente de descrição legal.

Pode ser que nem todos os intérpretes que afirmam a atipicidade dos direitos de personalidade tenham consciência desta implicação. Mas ela é forçosa: na afirmação da atipicidade dos direitos de personalidade, está implícito o reconhecimento da dignidade objectiva e vinculativa por si da pessoa humana que exprimem.

A esta observação está inevitavelmente associado um corolário, que a complementa.

Só é exigível às pessoas que respeitem os direitos de personalidade alheios, independentemente de previsão legal, sob a cominação de responsabilidade em caso de inobservância, no pressuposto de que estes correspondem a aspectos essenciais da personalidade humana, e, como tais, são objectivamente reconhecíveis.

Aspectos menores, que representem elementos que possam ou não ser atribuídos, consoante as oscilações políticas e as orientações de cada ordem jurídica, estão fora desta exigência radical de respeito da pessoa.

Nomeadamente, não há que confundir os direitos de personalidade com os direitos *pessoais*. Os direitos de personalidade são direitos pessoais, mas há muitos outros direitos pessoais, além dos direitos de personalidade.

Os direitos pessoais constituem uma categoria vastíssima e com pouca unidade substantiva. Haverá possivelmente que defini-los negativamente, como direitos não patrimoniais: são faculdades que se não cifram em dinheiro. Atingem aspectos muito variados: até o direito de voto em sociedades comerciais é um direito pessoal, porque a lei exclui que seja convertível em dinheiro. Não têm nada que ver com o nosso tema ¹⁵.

Também daqui resulta que os direitos de personalidade nunca podem respeitar a pessoas jurídicas. Apenas se encontrarão analogias. Assim, o direito de personalidade à honra pode ter um equivalente no direito ao bom nome da pessoa jurídica. Por isso, o art. 52 do CC aplica a disciplina dos direitos de personalidade às pessoas jurídicas *no que couber*.

Mas há que reconhecer que cabe pouco. O regime excepcional de tutela dos direitos de personalidade é fundado na personalidade ontológica da pessoa física. Pressupõe uma valoração ética. Nada disto é aplicável à pessoa jurídica.

Só restam então aspectos mais periféricos para aplicar. Por exemplo, certos aspectos do direito ao nome são extensivos por analogia. Assim, o art. 18 não permite sem autorização usar o nome alheio em publicidade: encontra-se uma analogia no que respeita ao uso em publicidade do nome de pessoa jurídica. Mas o regime geral dos direitos de personalidade é inaplicável. Seja o caso do art. 11 do CC, sobre a limitação voluntária dos direitos de personalidade: a sua carga ética exclui qualquer analogia no que respeita à pessoa jurídica.

¹⁵ Tão-pouco os direitos chamados “personalíssimos” nos interessam. Cfr. sobre esta matéria o nosso **Direito Civil – Teoria Geral I**, cit., n.º 39 l.

6. O REFLEXO DA PERSONALIDADE ONTOLÓGICA NO DIREITO

Qual é então a realidade que é substrato dos direitos de personalidade? Procede-se agora à busca da realidade subjacente, essencial para a compreensão de qualquer disciplina jurídica, mas aqui maximamente importante, porque só esse substrato dita a excepcionalidade da protecção legal.

O que é pessoa humana? Sem nenhuma intenção de esgotar o tema, vamos limitar-nos a indicar alguns traços básicos.

Assentando sobre a realidade biológica, a pessoa é caracterizada pela consciência; e particularmente por aquele nível mais elevado de consciência, que representa a consciência de si própria.

É caracterizada pela liberdade, no sentido de livre arbítrio. Independentemente de determinação filosófica mais profunda, é um dado que se impõe ao direito: este pressupõe necessariamente a liberdade humana. Por isso a pessoa é responsável.

O homem é um ser dotado de fins próprios. A liberdade-livre arbítrio é assim instrumento para a pessoa realizar a sua própria perfeição. Pelo exercício dessa liberdade, a pessoa atinge (ou não, se o omitir) a liberdade moral. Há assim uma espécie de dialéctica: o homem é pessoa, porque lhe é confiada e eticamente exigida a sua própria realização como pessoa.

É um ser distinto da comunidade; mas a realização própria passa pela integração social, como condicionante do desenvolvimento espiritual.

E esta integração social deve traduzir-se em solidariedade, porque a pessoa se realiza com os outros e nunca contra os outros.

Em que medida se reflectem no Direito estes traços muito breves?

O Direito não os pode acolher a todos. O Direito tem como limite a exterioridade, no sentido que regula as relações sociais e não pode pretender ditar o desenvolvimento ético das pessoas¹⁶. Esse só cada um o pode realizar por si; nenhuma entidade pode substituir-se à pessoa na sua realização.

¹⁶ Cfr. o nosso *Introdução à Ciência do Direito*, 3.ª ed., Renovar (Rio de Janeiro), 2005, n.º 45 a 47, nomeadamente.

Mas se o Direito não toma o encargo do aperfeiçoamento moral, já pelo contrário lhe cabe contemplar a pessoa na totalidade do seu ser. E isto significa que o deve contemplar como ser espiritual e não apenas como ser biológico.

Perante esse ser, fim e fundamento de toda a sociedade, cabe ao Direito a função de criar um ordenamento ao serviço dessa realidade. E isso traduzir-se-á em três aspectos essenciais:

I – Assegurar ao homem a possibilidade de autodeterminação

Não se lhe pode substituir, mas cabe-lhe eliminar quanto possível os obstáculos que se levantem.

II – Criar condições exteriores adequadas ao aperfeiçoamento de cada pessoa

Por isso, a estruturação social não é neutra, mas, sim, a correspondente ao homem como ser espiritual.

III – Promover uma ordem de solidariedade

Porque, dialecticamente também, o homem só se realiza individualmente realizando-se com os outros, como ser socialmente integrado.

Como se repercutem estas grandes orientações no regime jurídico concreto dos direitos de personalidade?

O primeiro aspecto, já enunciado, é o da *atipicidade* dos direitos de personalidade.

É um aspecto essencial. Se é a pessoa como tal que deve ser contemplada, todos os aspectos fundantes da personalidade têm de ser compreendidos na tutela dada pela ordem jurídica. A dignidade humana não consente uma satisfação sectorial. Isso implica que os direitos de personalidade sejam os impostos pelo substrato ôntico, não dependendo de qualquer listagem positiva de direitos protegidos.

Para esse fim, dissemos já que se não carece da categoria do direito geral de personalidade: carece-se do reconhecimento da pessoa como realidade espiritual. A pessoa é a fonte e o limite ético destas situações jurídicas.

7. A AUTONOMIA

O segundo aspecto é o da autonomia. Cada homem só se realiza por si, numa ordem de liberdade. Os direitos de personalidade

não podem assim ter um conteúdo rígido, têm de prever um diálogo com a orientação de vida tomada pelo seu titular.

Neste ponto ganha grande relevo a questão da admissibilidade de limitações voluntárias aos direitos de personalidade.

O art. 11 do CC determina que os direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária, salvo nos casos previstos na lei.

Nesta linha, o art. 20 refere várias limitações que são admissíveis se autorizadas. Teríamos assim a possibilidade de restrições aos direitos à honra, respeitabilidade, palavra, imagem...

Serve-se com isto a autonomia, a reserva de um campo de decisão ou escolha, uma vez que cada pessoa é responsável pela sua própria realização.

Mas aqui levanta-se uma questão maior. Estes preceitos só contemplam meia dúzia de figuras.

E em todos os outros casos? Rege a exclusão de limitação voluntária do art. 11 do CC?

Pode ser autorizada a realização de tatuagens? O encarceramento voluntário para fins de experimentação científica? A assunção de posições de risco físico em espectáculos de circo, tipo sujeição às habilidades de um Guilherme Tell?

Seria insensato supor que tudo isto estaria proibido na ordem jurídica brasileira ¹⁷.

Supomos que haverá que proceder a uma grande distinção dentro dos direitos de personalidade, particularmente daqueles que são previstos por lei.

Nos direitos de personalidade podemos distinguir três extractos, a que chamamos:

- o núcleo duro
- a orla
- a periferia

¹⁷ O art. 81 do CC português admite as limitações voluntárias, mas declara-as nulas se contrárias aos *princípios de ordem pública*. Dá-se aqui a escolha equivocada de uma cláusula geral em vez doutra: o que está em causa não é a ordem pública, são os bons costumes. Considera-se ainda que essas limitações são sempre revogáveis, mas sujeitam quem o fizer à responsabilidade. O princípio é pois o da autorização de limitações, sob reserva duma cláusula geral e assistida duma possibilidade (excepcional) de revogação.

I – Núcleo duro

É sempre indisponível: por exemplo, a redução à escravatura, no que respeita à liberdade pessoal.

Há direitos em que tudo se reduz ao núcleo: é o caso de direito à vida.

II – Periferia

As limitações são sempre admitidas. Exemplo, a reserva da disponibilização das imagens de futebolistas.

Mas a razão profunda desta liberalização encontra-se em só formalmente se tratar de matéria de direito da personalidade. Substancialmente não é: é uma relação patrimonial como qualquer outra, autorizar a publicação da imagem quando nenhum aspecto ético está implicado.

Concluimos, assim, que os direitos de personalidade devem ser substancialmente limitados pelas implicações éticas. O que estiver além disso pode ser submetido pela lei ao mesmo *nomen iuris*, mas não é já direito de personalidade. Escapa, assim, ao regime jurídico deste.

III – Orla

Há normalmente nos direitos de personalidade uma orla, em que se admitem limitações voluntárias, dentro da autonomia de cada um.

O consentimento para ser encarcerado, que referimos assim, está na orla do direito de liberdade de locomoção.

Podemos ilustrar estes princípios com o *direito ao nome*:

O *núcleo* não pode sofrer limitações. O núcleo consiste porém na *identidade pessoal*. Não é possível nenhuma limitação que ponha em causa a identidade pessoal.

Na *orla*, não são admissíveis limitações. Mas têm o limite na exposição da pessoa ao desprezo (art. 17 do CC).

Na *periferia*, há completa liberdade de actuação de terceiros, com ou sem autorização. A referência a nomes alheios para fins de informação, a afixação de listas de alunos, a notícia de vítimas de acidentes, são livres. Mas isto porque não é afinal matéria coberta pelo direito de personalidade.

Podemos assim concluir:

O art. 11 do CC só exclui a limitação que atinja o núcleo dos direitos de personalidade; e além deste, ainda aquela zona valorativa

constituída pelas condutas contrárias aos bons costumes. Mas também só para estas limitações se justifica a proibição.

Ficam, assim, liberadas as limitações aos direitos de personalidade, no uso da autonomia privada, que estejam fora daquele círculo. Essas são compatíveis com a dignidade humana.

Porém, para defesa da mesma dignidade, deve-se admitir a revogabilidade dessas limitações. É uma imposição da tutela geral da personalidade.

A lei não o diz directamente. Mas o art. 14, parágrafo único do CC, dá o apoio suficiente.

O art. 14 prevê a disposição gratuita do próprio cadáver. Mas o parágrafo único acrescenta que a disposição é revogável a todo o tempo.

Em rigor, não é propriamente um direito de personalidade: é uma reserva da autonomia do sujeito. Mas a proximidade das matérias é evidente, porque é sempre a tutela da pessoa que as justifica.

Daí a possibilidade de extracção dum princípio geral. Quem dispõe em aspectos em que a personalidade está implicada não fica definitivamente manietado: mantém a autodeterminação. Esta é assegurada através da susceptibilidade excepcional de revogação¹⁸.

8. TRAÇOS DO REGIME ESPECÍFICO

Outra faceta do regime específico dos direitos de personalidade respeita à capacidade para a prática de actos jurídicos que tenham reflexo sobre a pessoa.

A lei não o contempla expressamente. Mas por estarem em causa os aspectos essenciais da pessoa, não podem ser decisivas bitolas formais.

Deve-se supor que o que importa não é a capacidade formal de exercício, que é pré-dada, mas a capacidade natural, que varia de pessoa para pessoa. É esta que interessa para efeitos da autodeterminação substantiva.

¹⁸ Porém, como o acto, justificado embora, causa prejuízos a outrem, é de admitir, mesmo no silêncio da lei, que o sujeito que revoga a autorização dada incorra em responsabilidade civil. Assim dispõe o art. 81 do CC português. Há porém que ter em conta a dificuldade resultante de ser uma responsabilidade por actos lícitos, que não é uma categoria de geral admissibilidade.

Por isso, as gradações são diversas, em função dessa capacidade natural. O menor, por exemplo, poderá praticar actos válidos de disposição se tiver a maturidade bastante. Por exemplo, poderá por si admitir tratamentos médicos conformes às **leges artis**, ainda que os seus representantes a tal se oponham por motivos ideológicos.

É outra manifestação da adesão à realidade humana, com o conseqüente repúdio do formalismo.

A protecção da personalidade tem também incidência pós-morte. São legitimados para prosseguir essa tutela o cônjuge, ascendentes e descendentes no que respeita a escritos, palavras e imagem (art. 20, parágrafo único). Já o art. 12, parágrafo único, legitima o cônjuge e permite ainda a intervenção de parentes até ao 4.^a grau nos casos que contempla, possivelmente porque pretende uma maior amplitude na possibilidade de defesa desses direitos ¹⁹.

Todavia:

– nem se trata de defesa de direitos da personalidade violados após a morte do titular, porque a morte extingue todos os direitos, e em absoluto os de personalidade;

– nem de uma defesa de direitos dos familiares referidos, porque os direitos de personalidade do falecido não se transmitem por natureza;

– nem de direitos próprios desses familiares, que teriam sido ofendidos como tal, porque não são interesses próprios que eles estão legitimados a defender.

Os familiares actuam funcionalmente. O objecto é sempre a defesa do falecido, neste caso, da sua memória. Por isso não podem aproveitar a sua legitimação para satisfazer interesses próprios²⁰.

Há também um regime especial no que respeita à disponibilidade destes direitos. O art. 11 do CC determina a *intransmissibilidade*. Não podem passar da pessoa do seu titular. Acabamos de ver que são excluídos da sucessão por morte e que não reverterem mesmo para os familiares a quem se dá legitimidade para os defender.

¹⁹ Porque se trata então de reagir à ameaça ou lesão de direito de personalidade.

²⁰ Por exemplo, proibir o que o falecido autorizaria ou autorizar o que ele proibiria.

O art. 11 acrescenta a *irrenunciabilidade*. Refere-se, note-se, à renúncia global ao direito. Já a autorização para uma limitação em concreto pode ser dada, nos termos atrás examinados.

O preceito não fala da *imprescritibilidade*. Podia fazê-lo.

Podemos distinguir a imprescritibilidade global dos direitos de personalidade e a imprescritibilidade de faculdades destes derivados.

Uma prescritibilidade global está excluída. Ainda que um titular não exerça longamente um direito de personalidade, não o perde. Não se podem perder aspectos constitutivos da personalidade.

A questão da prescritibilidade em concreto poderia suscitar-se em relação a uma violação singular de um direito de personalidade. Se dessa violação resultar um direito à indenização, esse direito prescreve nos termos gerais, se não for exercido. Mas já o mesmo se não passa no que respeita à pretensão de que cesse uma violação do direito de personalidade (art. 12). Essa não se extingue, porque se não pode dispor de um bem da personalidade. Aliás, nessas hipóteses a ofensa é sempre actual (ser objecto de escárnio público, por exemplo). Qualquer que seja a duração da violação, nunca a pessoa perde a faculdade de reagir ²¹.

9. OS MEIOS DE TUTELA

É fundamental neste domínio o que respeita aos meios de tutela. Isto porque a relevância máxima da protecção da pessoa exige uma grande especificidade dos meios de tutela.

Começando pelos meios materiais ou substantivos de tutela, a questão que se coloca é antes de mais a de saber se essa tutela é servida pelos meios comuns, ou se, além desses, é admissível que se lance mão de outros, mesmo atípicos, que sejam os adequados para essa protecção.

²¹ Pode colocar-se em dúvida se a reacção se dirige só contra actos ilícitos, ou se pode ter por objecto também actuações lícitas por parte de outro sujeito, mas que ponham em causa direitos de personalidade, a saúde por exemplo. Como orientação, o princípio da possibilidade de reacção é geral. O carácter ilícito da acção alheia pode ter relevância para outros efeitos (desde logo a responsabilidade civil), mas não condiciona a faculdade de reagir.

Não há no CC uma previsão que o estabeleça genericamente²². Haverá todavia outros elementos que permitam chegar até ela?

Parece muito importante o art. 21, e último do CC, entre os dedicados aos direitos da personalidade. No que respeita à matéria aí contemplada, dispõe que “o juiz adoptará as providências necessárias”.

Ora, isto implica uma atipicidade. O juiz tem liberdade para escolher os meios que se revelarem necessários para proteger aquela faceta da personalidade. Há assim uma liberdade e simultaneamente um controle judicial dos meios a adoptar. É um grande progresso.

Mas será generalizável a todas as situações em que a personalidade estiver em jogo?

A previsão terá surgido no art. 21 do CC por influência do carácter vastíssimo da previsão que contém. Mas, materialmente, não há nada que justifique uma solução diferente nas outras hipóteses. Até porque inúmeras situações se podem perfilar de muito maior gravidade que as contempladas no art. 21, no que respeita à salvaguarda da personalidade.

Supomos por isso que a afirmação constitucional da dignidade da pessoa humana leva a considerar que a orientação estabelecida no art. 21 pode ser aplicada em todos os casos em que se tornar necessário fazê-lo para a defesa da pessoa. O juiz não está cerceado pelas previsões específicas de meios materiais de reacção. Pode lançar mão de outras providências que o caso reclama, porque a defesa da pessoa prima também nos restantes casos sobre o formalismo legal vigente.

Num outro plano pode suscitar-se questão análoga, agora por referência aos meios adjectivos ou formais de tutela.

Não encontramos na lei brasileira previsões específicas sobre a aplicação efectiva dos direitos de personalidade, além das constantes do art. 12 do CC.

Este refere a “cessação da ameaça ou lesão” e a sujeição a perdas e danos.

²² Ao contrário do Código Civil português, cujo art. 70/2 dispõe: “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

Não tem grande conteúdo. Decerto que, sendo os direitos de personalidade situações juridicamente protegidas, seria sempre possível impor a cessação da ameaça ou da lesão. É todavia importante notar que a reacção não se dirige apenas contra actos que sejam ilícitos por si; pode dirigir-se também contra actuações lícitas que atinjam os direitos de personalidade. Por exemplo, pode pôr-se a necessidade de reagir contra emissões lícitas, porque autorizadas por lei, mas que atinjam gravemente a saúde de vizinhos que a elas estão sujeitos.

Também a eventual responsabilidade civil resulta dos princípios gerais. Mas por estes requer-se o carácter ilícito do acto, salvo regra especial que comine responsabilidade objectiva ou por actos lícitos, o que permite dar outro conteúdo a esta previsão.

Noutras ordens jurídicas vai-se mais longe. Estabelecem-se processos especiais em matéria de direitos de personalidade, por exemplo²³.

Poderá afirmar-se que os direitos de personalidade ocupam um grau hierárquico superior em relação aos outros direitos?

Em abstracto sim, uma vez que protegem os bens de maior valia. Mas é necessário ser prudente nas consequências que daí se pretendam tirar em caso de conflito de direitos. Nomeadamente, não se pode pretender que os direitos de personalidade prevaleçam sempre sobre os direitos de qualquer outro tipo.

Todos os direitos têm os seus limites, intrínsecos e extrínsecos. Os limites extrínsecos funcionam necessariamente em caso de conflito entre direitos de personalidade, sejam ou não idênticos. Mas podem funcionar também no confronto destes com outros direitos. Só em concreto será porém possível apurar a solução dos conflitos que eventualmente surjam, porque depende muito das circunstâncias do caso.

A prioridade hierárquica dos direitos de personalidade é assim um princípio que se deve afirmar, mas que não é passível de uma aplicação mecânica.

²³ Assim, os arts. 1.474 e 1.475 do Código de Processo Civil português prevêem um processo especial, integrado nos processos de jurisdição voluntária.

10. CONFRONTO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em resultado da pesquisa empreendida chegamos assim a uma categoria bem definida, constituída pelos direitos de personalidade.

São direitos com substrato na própria pessoa humana, traduzindo a primazia desta. Regem-se por princípios fundamentais próprios e são servidos por um regime jurídico próprio também.

Estamos agora em condições de estabelecer definitivamente a relação desta matéria com a dos direitos fundamentais.

Há uma evidente proximidade, que leva mesmo a uma espécie de sobreposição parcial, no sentido que muitos bens são cumulativamente objecto de protecção por direito fundamental e por direito de personalidade.

Mas o fundamento e a perspectiva da tutela são diferentes.

Os direitos fundamentais estão formalmente delimitados na Constituição, embora se abra a possibilidade de extensão analógica. Continuam baseados nas garantias públicas, portanto numa posição dos cidadãos perante o Estado, e não na consideração da pessoa em si. Têm um regime próprio e privilegiado de tutela, tal como os direitos de personalidade; mas os regimes não são coincidentes.

Os direitos de personalidade estão menos dependentes de previsões legais. O seu centro de gravidade é a pessoa ontológica: moldam-se ao serviço desta. São independentes da problemática da posição da pessoa perante o Estado, embora necessariamente a condicionem.

Por isso, por estarem mais soltos, levam por si a soluções, independentes de específica previsão legal. E conduzem a um regime de protecção ímpar em toda a ordem jurídica, pela atipicidade dos direitos e do regime de tutela.

A afinidade, inegável, com os direitos fundamentais leva freqüentemente também à sobreposição dos regimes. Mas há dupla tutela e não confusão de tutelas. A relevância ética permanente dos direitos de personalidade não o permite. Não é por isso possível a osmose com o sector, hoje em risco de banalização, dos direitos fundamentais.

11. DOS DIREITOS DO CIDADÃO AO DIREITO DA PERSONALIDADE

O percurso seguido representa quase uma revolução (no sentido das ciências exactas) no entendimento oitocentista dos direitos do homem e do cidadão.

Surgiram inicialmente como uma emanção do individualismo, por força do “contrato social”. Omitem-se os deveres – e continuam a omitir-se, séculos volvidos, pois isso é próprio da sociedade da lisonja em que estamos mergulhados.

Ofusca-se a solidariedade, quando esta é um elemento radicalmente constitutivo da condição humana. Por exemplo, hesita-se na resposta a dar aos conflitos que possam surgir entre a pretensão à reserva sobre o estado pessoal de doença, quando a revelação poderia beneficiar outros (por exemplo, familiares com a mesma propensão genética), mediante tratamento precoce. A solução personalista é só uma – é a da solidariedade, porque os direitos de personalidade não podem representar uma capa do egoísmo.

A revolução necessária, que se apresenta como um programa, consiste em reforçar o conteúdo, pois tal é implicado pelo sentido autêntico de pessoa. Não se esqueça que só este é o sentido constitucional, pois como vimos a “dignidade humana” tem de ser entendida como realidade substancial, e não dístico formal manipulável.

Do mesmo modo, a irrenunciabilidade dos direitos de personalidade não equivale a uma entronização do ego sobre todos os demais. Se a realização humana passa pela solidariedade, o sacrifício autónomo dos direitos em benefício dos outros não pode ser confundido com uma lesão de direitos próprios, nem contender com estes. O sacrifício do P.^e Kolbe, oferecendo-se para integrar um lote de condenados a fuzilamento pelos alemães na Polónia, em substituição dum pai de família, representa a mais alta forma de realização humana. Não há maior prova de amor que dar a vida pelo outro. Este domínio não é pois o refúgio do egoísmo, porque aponta – sem impor – para a realização autónoma de valores que o rejeitam.

Em paralelo, há que pensar na revelação dum novo ramo do Direito. Ramo esse que seria o primeiro e o mais importante do Direito Civil e do Direito em geral, por decorrência do primado da pessoa humana.

Fala-se em Direitos de Personalidade. Não pensamos ser a designação adequada. Não se trata propriamente da objecção fundada em fazerem surgir a pessoa simultaneamente como sujeito e objecto destes direitos. Afastado o pretenso direito geral de persona-

lidade, a crítica vence-se através da reformulação necessária da noção de objecto do direito. Não há que “coisificar” o objecto, o objecto é apenas um ponto de referência²⁴. Com este ponto de partida, nada tem de estranho que os bens da personalidade possam ser tidos como o objecto dos direitos de personalidade.

A questão é outra. Não se trata de discutir a categoria dos direitos de personalidade mas de denunciar o carácter reductor que aquela qualificação traduz.

Primeiro, e sobretudo – omite os deveres. Ora o Direito da Personalidade, como aliás todo o Direito, mas aqui com maior intensidade, supõe deveres, dado o seu conteúdo ético essencial.

Além disso, a referência a *direitos* é estreita demais para reflectir toda a riqueza de situações activas compreendidas. Encontramos afinal muitas outras figuras técnicas.

Consideremos o “direito ao ambiente”. Ganhou o primeiro plano e alcançou consagração como direito fundamental. Qualquer que seja o seu significado nesse sector, o que nos interessa é porém saber se representa um direito de personalidade.

Mas haverá mesmo um direito de personalidade ao ambiente? A própria regulação positiva não traduz, antes de mais, o que se chama um *interesse difuso*? Porque a especificidade desta disciplina está precisamente no carácter altruísta da intervenção que se supõe, uma vez que a prossecução por cada membro da comunidade do interesse ao ambiente é indissociável do de todos os outros membros. Cada membro, actuando, desempenha simultaneamente uma função no interesse de todos.

E que dizer do direito à saúde, como direito da personalidade? Não será antes uma situação doutra ordem?

E que dizer das liberdades como direitos de personalidade, quando a manifestação específica daquelas está no domínio do juridicamente indiferente?

Não podemos abordar esta problemática *ex professo*. Mas o que se nos revela é que o ramo que se nos depara não regula apenas

²⁴ Cfr. sobre este entendimento funcional do objecto do direito subjectivo o nosso **Direito Civil – Teoria Geral I**, cit., nomeadamente n.º 198; III – **Relações e Situações Jurídicas**, Coimbra Editora, 2002, n.º 31 e 32.

os direitos de personalidade. Abrange todas as figuras, activas ou passivas, que sejam manifestação directa e necessária da personalidade ôntica. Por isso se exprime por direitos, deveres ou quaisquer outros tipos de situações jurídicas que ocorram.

Com isto se delinea como um novo ramo o **Direito da Personalidade**. Por isso dizemos que a revolução que há que consumir é aquela que, partindo dos direitos do cidadão, conduza ao Direito da Personalidade.

Qual é então o significado da previsão dos direitos de personalidade no Código Civil?

No seu conteúdo específico, aqueles escassos preceitos representam seguramente um pequeno passo.

E todavia, são da maior importância, porque marcam uma direcção.

A situação que se viveu, de a maioria dos livros sobre a Teoria Geral do Direito Civil não referir sequer os direitos da personalidade, está definitivamente superada.

O tempo é de construção. E podemos observar que as primeiras reacções neste domínio foram numerosas e muito correctas, no sentido praticamente unânime da correspondência ao primado radical da pessoa humana. Há motivos para esperar um desenvolvimento promissor no caminho para o Direito da Personalidade.☐

Impenhorabilidade de Bem do Fiador em Decorrência do Direito à Moradia

Nagib Slaibi Filho

Desembargador do TJ/RJ

Professor da EMERJ e da UNIVERSO

Decisão da Suprema Corte, publicada em 30 de maio de 2005, proclamou revogado o disposto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90, que excluía o imóvel residencial do fiador locatício da impenhorabilidade, pelo art. 6º da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, que acrescentou a moradia ao rol dos direitos sociais.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, através de um dos seus mais notáveis integrantes, muito mais que resolver a prebenda entre duas partes privadas, tem o extraordinário efeito, comum a qualquer Corte Constitucional, de produzir efeitos *erga omnes*.

No caso, aliás, é público e notório que a mencionada decisão teve extraordinária repercussão no mercado imobiliário, onde aproximadamente sete milhões de imóveis residenciais são dedicados à locação, interessando a milhões de inquilinos e outro tanto de locadores, os quais esperam da renda do aluguel geralmente a complementação do pouco que recebem da previdência social para a sua subsistência.

Tais condições do mercado indicam que a respeitável decisão monocrática deu a interpretação devida em tema de forte fundamento social, e sua orientação conduz todos os juízes, senão por disciplina judiciária, a respeitar os seus efeitos porque expressivos do conteúdo atual da Constituição, suprema manifestação da vontade

de popular no Estado Democrático de Direito instaurado em 5 de outubro de 1988.

A supremacia da Constituição é a especial característica que lhe confere predominância sobre as demais normas jurídicas, subordinando-as aos seus comandos.

É a qualidade de supremacia sobre as demais que atribui a determinada norma jurídica a denominação de Constituição ou de leis constitucionais, estas as normas supremas que não estejam consolidadas em uma coletânea.

Não há, assim, como dissociar a Constituição da supremacia.¹

Veja-se a lição de Humberto Quiroga Lavié: 'Que es la supremacia constitucional? Es la particular relación de supra y subordinación en que se encuentran las normas dentro de un ordenamiento jurídico determinado: porque, por virtud de la Constitución del Estado, un ordenamiento deja de ser un sistema coordinado de normas (como lo es el derecho internacional o como lo fue el derecho consuetudinario o primitivo)'.

Segundo o mesmo mestre,² são decorrências do princípio da supremacia:

1 - o princípio da unidade em que as normas inferiores devem se adequar às normas superiores contidas na Constituição;

2 - o princípio do controle da constitucionalidade, isto é, de verificação da compatibilidade das normas inferiores com a Constituição;

3 - o princípio da razoabilidade, segundo o qual as normas infraconstitucionais devem ser instrumentos ou meios adequados (razoáveis) aos fins estabelecidos na Constituição;

4 - o princípio de rigidez para a reforma da Constituição, que não pode ser feita pelo mesmo procedimento de elaboração da norma legislativa comum;

5 - a distinção entre poder constituinte e poder constituído, que é a distribuição de competência funcional a determinar quem pode criar os diversos níveis jurídicos;

¹Supremacia vem do latim *superus*, adjetivo, que significa superior, que está mais acima, mais elevado, e *supremus*, superlativo de *superus*, conduzindo ao francês *superiorité* e *suprématie*, o inglês *supremacy*, como nos ensina o **Dicionário Etimológico da Língua Portuguesa**, 2a edição, 9a impressão, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, p. 744.

²Humberto Quiroga Lavié, **Derecho Constitucional**, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 47.

6 - a gradação do ordenamento jurídico em diversos níveis, desde a norma fundamental abstrata até o ato de execução pelo órgão público;

7 - a garantia do Estado de Direito, pois os órgãos públicos se encontram limitados pelas determinações do poder constituinte.”³

A decisão monocrática da Suprema Corte sequer teve o sabor da novidade.

A revogação do art. 3º, VIII, da Lei nº 8.009/90 pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000, já fora exaustivamente defendida pela Defensora Pública Doutora Eliane Maria Barreiros Aina, em livro intitulado **O Fiador e o Direito à Moradia**, publicado em 2002, pela Editora Lumen Juris, desta Capital:

De um lado, temos uma norma de direito privado, qual seja, o art. 3º da Lei Federal nº 8.009/90. De outro, uma norma constitucional.

Conforme vimos desenvolvendo ao longo do trabalho, a Lei Fundamental está no ápice da pirâmide que forma o ordenamento jurídico, sendo hierarquicamente superior a todas as outras normas não constitucionais e exercendo papel ordenador e sistematizador das demais normas jurídicas. Especialmente os direitos fundamentais constituem-se no núcleo material da Constituição e determinam os programas políticos e jurídicos para efetivar-se a justiça social.

Dessa forma, o direito fundamental à moradia apresenta-se hierarquicamente superior à norma infraconstitucional que permite a excussão do bem de família do fiador de relação locatícia. Tal significa dizer que a penhora da moradia de uma família é que deve estar em consonância com a proteção jusfundamental à moradia e não o contrário, ou seja, o direito à moradia cedendo diante da proteção pura e simples ao crédito. Veja-se o conteúdo da decisão monocrática ora em debate:

RE 415563/SP RECURSO EXTRAORDINÁRIO
Relator(a) Min. - CARLOS VELLOSO DJ DATA-30/05/2005

³ Nagib Slaibi Filho, **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2004, p. 3 e 4.

POOO99 Julgamento 03/05/2005
RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 415.563-0 - SP
RELATOR : MIN. CARLOS VELLOSO
RECTE.(S): RITA MARIA DOS SANTOS
ADV.(A/S): JOÃO MONTEIRO DE CASTRO
RECDO.(A/S): PAULINA NEVES
ADV.(A/S): RICARDO ARALDO
EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, proferido pela Décima Segunda Câmara do Eg. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, entendeu ser penhorável, nos termos do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação dada pelo art. 82 da Lei 8.245/91, o bem de família do fiador de contrato de locação. Daí o RE, interposto por RITA MARIA DOS SANTOS, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sustentando, a impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, dado que a Constituição Federal, art. 6º, que assegura o direito à moradia, não recepcionou o disposto no art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, redação da Lei 8.245/91. Admitido o recurso, subiram os autos. A Procuradoria-Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas, opinou pelo não provimento do recurso extraordinário. Autos conclusos em 25.4.2005. Decido. Ao julgar o RE 352.940/SP, em 26.4.2005, escrevi: “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245,

de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação': sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (...) A Lei 8.009, de 1990, art. 1º, estabelece a impenhorabilidade do imóvel residencial do casal ou da entidade familiar e determina que não responde o referido imóvel por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas na mesma lei, art. 3º, inciso I a VI. Acontece que a Lei 8.245, de 18.10.91, acrescentou o inciso VII, a ressaltar a penhora 'por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação'. É dizer, o bem de família de um fiador em contrato de locação teria sido excluído da impenhorabilidade. Acontece que o art. 6º da C.F., com a redação da EC nº 26, de 2000, ficou assim redigido: 'Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição'. Em trabalho doutrinário que escrevi, 'Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil', texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração, direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000. O bem de família, a moradia do homem e sua família justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental. Posto isso, veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida de que a

ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII, do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio, ou, em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo, inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000. Essa não-recepção mais se acentua diante do fato de a EC 26, de 2000, ter estampado, expressamente, no art. 6º, C.F., o direito à moradia como direito fundamental de 2ª geração, direito social. Ora, o bem de família, Lei 8.009/90, art. 1º, encontra justificativa, foi dito linhas atrás, no constituir o direito à moradia um direito fundamental que deve ser protegido e por isso mesmo encontra garantia na Constituição. Em síntese, o inciso VII do art. 3º da Lei 8.009, de 1990, introduzido pela Lei 8.245, de 1991, não foi recebido pela CF, art. 6º, redação da EC 26/2000. Do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, invertidos os ônus da sucumbência”. Reportando-me à decisão acima transcrita, conheço do recurso e dou-lhe provimento. Publique-se.

Brasília, 03 de maio de 2005.

Ministro CARLOS VELLOSO - Relator

Neste Tribunal de Justiça, já tivemos a seguinte manifestação em decorrência dos efeitos da referida decisão monocrática, pela voz de um de seus mais ilustres integrantes:

CONSTITUCIONAL E CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO OFERCIDOS PELOS FIADORES, DEMANDADOS EM EXECUÇÃO POR COBRANÇA DE VALORES LOCATÍCIOS. ALEGAÇÃO DE IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA DOS FIADORES EM RAZÃO DO DIREITO À MORADIA PREVISTO NO ART. 6º, DA CONSTITUIÇÃO, COM A REDAÇÃO DA EC Nº 26, PROMULGADA EM 14/02/2000, ALÉM DE EXCESSO NA EXECUÇÃO COM INSERÇÃO DE VALORES RELATIVOS AOS ENCARGOS LOCATÍCIOS EM EXCESSO AO PRAZO

CONTRATUAL, E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE 20%, APLICÁVEIS, APENAS, AO LOCATÁRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO DOS EMBARGANTES COM PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA, POR NÃO TEREM TIDO OPORTUNIDADE DE PROVAR NA AII, NÃO REALIZADA, A CONDIÇÃO DE ÚNICO BEM DE FAMÍLIA DO IMÓVEL EM QUE RESIDEM, SUSTENTANDO NO MÉRITO A IMPENHORABILIDADE DO MESMO EM RAZÃO DO CARÁTER SOCIAL DA MORADIA, ASSIM COMO A EXCLUSÃO DOS VALORES COBRADOS A TÍTULO DE ENCARGOS LOCATÍCIOS E REDUÇÃO PARA 10% DO PERCENTUAL FIXADO EM 20% AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INOCORRÊNCIA DO CERCEAMENTO, UMA VEZ INDEMONSTRADA A RESPECTIVA PERTINÊNCIA DA PROVA ORAL. REJEIÇÃO DA PRELIMINAR. RECONHECIMENTO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA, DIREITO SOCIAL DE 2ª GERAÇÃO. PROTEÇÃO À MORADIA FAMILIAR. APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE LOCATÁRIO E FIADOR. AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO DO INCISO VII, DO ART. 3º, DA LEI Nº 8.009/90, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 8.245/91, DIANTE DA REDAÇÃO DADA AO ART. 6º PELA E.C. Nº 26, PROMULGADA EM 14/02/2000. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO POR MEIO DE CERTIDÕES, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO, DE QUE O BEM É O ÚNICO IMÓVEL DA FAMÍLIA, POR SE TRATAR DE MATÉRIA PREJUDICIAL. AFASTAMENTO DA MEDIDA CONSTRITIVA. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS SENTENCIAIS, MORMENTE EM RELAÇÃO AOS ENCARGOS LOCATÍCIOS ATÉ A ENTREGA EFETIVA DAS CHAVES, ASSIM COMO DO PERCENTUAL FIXADO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO” (TJ-RJ, Terceira Câmara Cível, Apelação Cível nº 2004.001.24456, voto vencido do Desembargador Luiz Fernando de Carvalho).

A contar da vigência da Emenda Constitucional nº 26, a moradia foi explicitada como direito fundamental, usufruindo do *status de* direito social e, assim, dever da sociedade e do Estado.

O direito social visa assegurar o atendimento às necessidades diárias e permanentes e corresponde a um programa para fazer e

conservar a igualdade entre os membros da sociedade política, nas conhecidas palavras do Desembargador Pontes de Miranda.

Não há democracia sem maior igualdade política, econômica, social e cultural.

A Constituição não deve ser interpretada como um conceito único e sim como um bloco, configurado por pluralidade de concepções, visando à *concretização da idéia de ordem constitucional global*.⁴

Verifica-se, portanto, todas as outras normas infraconstitucionais que estiverem em desacordo com o parâmetro constitucional firmado pela EC nº 26/2000, ou seja, todas as normas que confrontarem o direito fundamental à moradia e forem hierarquicamente inferiores.

O Ministro Celso Mello, em decisão monocrática proferida na ADI 2971/MC/RO, com a habitual proficiência pedagógica, ensina sobre o bloco de constitucionalidade:

Isso significa, portanto, que a idéia de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade), por encerrar um conceito de relação (JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II, p. 273/274, item n. 69, 2ª ed., Coimbra Editora Limitada) – que supõe, por isso mesmo, o exame da compatibilidade vertical de um ato, dotado de menor hierarquia, com aquele que se qualifica como fundamento de sua existência, validade e eficácia – torna essencial, para esse específico efeito, a identificação do parâmetro de confronto, que se destina a possibilitar a verificação, “in abstracto”, da legitimidade constitucional de certa regra de direito positivo, a ser necessariamente cotejada em face da cláusula invocada como referência paradigmática. A busca do paradigma de confronto, portanto, significa, em última análise, a procura de um padrão de cotejo, que, ainda em regime de vigência temporal, permita, ao intérprete, o exame da fidelidade hierárquico-normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Constituição. Esse processo de indagação, no entanto, impõe que se analisem dois (2) elementos essenciais à compreensão da matéria

⁴ Ministro Celso Mello, ADI 2971/MC/RO, julgamento em 05/05/2004.

ora em exame. De um lado, põe-se em evidência o elemento conceitual, que consiste na determinação da própria idéia de Constituição e na definição das premissas jurídicas, políticas e ideológicas que lhe dão consistência. De outro, destaca-se o elemento temporal, cuja configuração torna imprescindível constatar se o padrão de confronto, alegadamente desrespeitado, ainda vige, pois, sem a sua concomitante existência, descaracterizar-se-á o fator de contemporaneidade, necessário à verificação desse requisito. No que concerne ao primeiro desses elementos (elemento conceitual), cabe ter presente que a construção do significado de Constituição permite, na elaboração desse conceito, que sejam considerados não apenas os preceitos de índole positiva, expressamente proclamados em documento formal (que consubstancia o texto escrito da Constituição), mas, sobretudo, que sejam havidos, igualmente, por relevantes, em face de sua transcendência mesma, os valores de caráter suprapositivo, os princípios cujas raízes mergulham no direito natural e o próprio espírito que informa e dá sentido à Lei Fundamental do Estado. Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, certa vez, e para além de uma perspectiva meramente reducionista, veio a proclamar – distanciando-se, então, das exigências inerentes ao positivismo jurídico – que a Constituição da República, muito mais do que o conjunto de normas e princípios nela formalmente positivados, há de ser também entendida em função do próprio espírito que a anima, afastando-se, desse modo, de uma concepção impregnada de evidente minimalismo conceitual (RTJ 71/289, 292 - RTJ 77/657). É por tal motivo que os tratadistas – consoante observa JORGE XIFRA HERAS (“Curso de Derecho Constitucional”, p. 43) –, em vez de formularem um conceito único de Constituição, costumam referir-se a uma pluralidade de acepções, dando ensejo à elaboração teórica do conceito de bloco de constitucionalidade, cujo significado – revestido de maior ou de menor abrangência material – projeta-se, tal seja o sentido que se lhe dê, para além da totalidade das regras constitucionais meramente escritas e dos princípios contemplados, explícita ou implicitamente, no corpo normativo da própria Constituição formal, chegando, até mesmo, a com-

preender normas de carácter infraconstitucional, desde que vocacionadas a desenvolver, em toda a sua plenitude, a eficácia dos postulados e dos preceitos inscritos na Lei Fundamental, viabilizando, desse modo, e em função de perspectivas conceituais mais amplas, a concretização da idéia de ordem constitucional global. Sob tal perspectiva, que acolhe conceitos múltiplos de Constituição, pluraliza-se a noção mesma de constitucionalidade/inconstitucionalidade, em decorrência de formulações teóricas, matizadas por visões jurídicas e ideológicas distintas, que culminam por determinar – quer elastecendo-as, quer restringindo-as – as próprias referências paradigmáticas conformadoras do significado e do conteúdo material inerentes à Carta Política. Torna-se relevante destacar, neste ponto, por tal razão, o magistério de J. J. GOMES CANOTILHO (“Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 811/812, item n. 1, 1998, Almedina), que bem expôs a necessidade de proceder-se à determinação do parâmetro de controle da constitucionalidade, consideradas as posições doutrinárias que se digladiam em torno do tema: “Todos os actos normativos devem estar em conformidade com a Constituição (art. 3.º/3). Significa isto que os actos legislativos e restantes actos normativos devem estar subordinados, formal, procedimental e substancialmente, ao parâmetro constitucional. Mas qual é o estalão normativo de acordo com o qual se deve controlar a conformidade dos actos normativos? As respostas a este problema oscilam fundamentalmente entre duas posições: (1) o parâmetro constitucional equivale à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, e daí que a conformidade dos actos normativos só possa ser aferida, sob o ponto de vista da sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, segundo as normas e princípios escritos da constituição (ou de outras leis formalmente constitucionais); (2) o parâmetro constitucional é a ordem constitucional global, e, por isso, o juízo de legitimidade constitucional dos actos normativos deve fazer-se não apenas segundo as normas e princípios escritos das leis constitucionais, mas também tendo em conta princípios não escritos integrantes da ordem constitucional global. Na perspectiva (1), o parâmetro da

constitucionalidade (= normas de referência, bloco de constitucionalidade) reduz-se às normas e princípios da constituição e das leis com valor constitucional; para a posição (2), o parâmetro constitucional é mais vasto do que as normas e princípios constantes das leis constitucionais escritas, devendo alargar-se, pelo menos, aos princípios reclamados pelo ‘espírito’ ou pelos ‘valores’ que informam a ordem constitucional global” (grifei). Veja-se, pois, a importância de compreender-se, com exatidão, o significado que emerge da noção de bloco de constitucionalidade – tal como este é concebido pela teoria constitucional (BERNARDO LEÔNICIO MOURA COELHO, “O Bloco de Constitucionalidade e a Proteção à Criança”, in *Revista de Informação Legislativa* nº 123/259-266, 263/264, 1994, Senado Federal; MIGUEL MONTORO PUERTO, “Jurisdicción Constitucional y Procesos Constitucionales”, tomo I, p. 193/195, 1991, Colex; FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/ANGEL J. GÓMEZ MONTORO/MANUEL MEDINA GUERRERO/JUAN LUIS REQUEJO PAGÉS, “Jurisdicción y Procesos Constitucionales”, p. 33/35, item C, 1997, Berdejo; IGNACIO DE OTTO, “Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes”, p. 94/95, § 25, 2ª ed./2ª reimpressão, 1991, Ariel; LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO, “O Princípio da Subsidiariedade: Conceito e Evolução”, p. 77/81, 2000, Forense; DOMINIQUE TURPIN, “Contentieux Constitutionnel”, p. 55/56, item n. 43, 1986, Presses Universitaires de France, v.g.) –, pois, dessa percepção, resultará, em última análise, a determinação do que venha a ser o paradigma de confronto, cuja definição mostra-se essencial, em sede de controle de constitucionalidade, à própria tutela da ordem constitucional. E a razão de tal afirmação justifica-se por si mesma, eis que a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de confronto é que determinará a própria noção do que é constitucional ou inconstitucional, considerada a eficácia subordinante dos elementos referenciais que compõem o bloco de constitucionalidade. Não obstante essa possibilidade de diferenciada abordagem conceitual, tor-

na-se inequívoco que, no Brasil, o tema da constitucionalidade ou inconstitucionalidade supõe, no plano de sua concepção teórica, a existência de um duplo vínculo: o primeiro, de ordem jurídica, referente à compatibilidade vertical das normas inferiores em face do modelo constitucional (que consagra o princípio da supremacia da Carta Política), e o segundo, de caráter temporal, relativo à contemporaneidade entre a Constituição e o momento de formação, elaboração e edição dos atos revestidos de menor grau de positividade jurídica. Vê-se, pois, até mesmo em função da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (RTJ 169/763, Rel. Min. PAULO BROSSARD), que, na aferição, em abstrato, da constitucionalidade de determinado ato normativo, assume papel relevante o vínculo de ordem temporal, que supõe a existência de uma relação de contemporaneidade entre padrões constitucionais de confronto, ainda em regime de plena e atual vigência, e os atos estatais hierarquicamente inferiores, questionados em face da Lei Fundamental. Dessa relação de caráter histórico-temporal, exsurge a identificação do parâmetro de controle, referível a preceito constitucional, ainda em vigor, sob cujo domínio normativo foram produzidos os atos objeto do processo de fiscalização concentrada. Isso significa, portanto, que, em sede de controle abstrato, o juízo de inconstitucionalidade há de considerar a situação de incongruência normativa de determinado ato estatal, contestado em face da Carta Política (vínculo de ordem jurídica), desde que o respectivo parâmetro de aferição ainda mantenha atualidade de vigência (vínculo de ordem temporal). Sendo assim, e quaisquer que possam ser os parâmetros de controle que se adotem – a Constituição escrita, de um lado, ou a ordem constitucional global, de outro (LOUIS FAVOREU/FRANCISCO RUBIO LLORENTE, “El bloque de la constitucionalidad”, p. 95/109, itens ns. I e II, 1991, Civitas; J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional”, p. 712, 4ª ed., 1987, Almedina, Coimbra, v.g.) –, torna-se essencial, para fins de viabilização do processo de controle normativo abstrato, que tais referências paradigmáticas encontrem-se, ainda, em regime de plena vi-

gência, pois, como precedentemente assinalado, o controle de constitucionalidade, em sede concentrada, não se instaura, em nosso sistema jurídico, em função de paradigmas históricos, consubstanciados em normas que já não mais se acham em vigor, ou, embora vigendo, tenham sofrido alteração substancial em seu texto. É por tal razão que, em havendo a revogação superveniente (ou a modificação substancial) da norma de confronto, não mais se justificará a tramitação da ação direta, que, anteriormente ajuizada, fundava-se na suposta violação do parâmetro constitucional cujo texto veio a ser suprimido ou, como no caso, substancialmente alterado. Bem por isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, desde o regime constitucional anterior, tem proclamado que tanto a superveniente revogação global da Constituição da República (RTJ 128/515 - RTJ 130/68 - RTJ 130/1002 - RTJ 135/515 - RTJ 141/786), quanto a posterior derrogação (ou alteração substancial) da norma constitucional (RTJ 168/436 - RTJ 169/834 - RTJ 169/920 - RTJ 171/114 - RTJ 172/54-55 - RTJ 179/419 - ADI 296/DF - ADI 595/ES - ADI 905/DF - ADI 906/PR - ADI 1.120/PA - ADI 1.137/RS - ADI 1.143/AP - ADI 1.300/AP - ADI 1.510/SC - ADI 1.885-QO/DF), por afetarem o paradigma de confronto invocado no processo de controle concentrado de constitucionalidade, configuram hipóteses caracterizadoras de prejudicialidade da ação direta, em virtude da evidente perda de seu objeto: “II - Controle direto de constitucionalidade: prejuízo. Julga-se prejudicada, total ou parcialmente, a ação direta de inconstitucionalidade no ponto em que, depois de seu ajuizamento, emenda à Constituição haja ab-rogado ou derogado norma de Lei Fundamental que constituísse paradigma necessário à verificação da procedência ou improcedência dela ou de algum de seus fundamentos, respectivamente: orientação de aplicar-se no caso, no tocante à alegação de inconstitucionalidade material, dada a revogação primitiva do art. 39, § 1º, CF 88, pela EC 19/98” (RTJ 172/789-790, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - grifei). “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INSTRUMENTO DE AFIRMAÇÃO DA SUPREMACIA DA ORDEM CONSTITUCI-

ONAL. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO LEGISLADOR NEGATIVO. A NOÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE COMO CONCEITO DE RELAÇÃO. A QUESTÃO PERTINENTE AO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE. POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS DIVERGENTES EM TORNO DO SEU CONTEÚDO. O SIGNIFICADO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE COMO FATOR DETERMINANTE DO CARÁTER CONSTITUCIONAL, OU NÃO, DOS ATOS ESTATAIS. NECESSIDADE DA VIGÊNCIA ATUAL, EM SEDE DE CONTROLE ABSTRATO, DO PARADIGMA CONSTITUCIONAL ALEGADAMENTE VIOLADO. SUPERVENIENTE MODIFICAÇÃO/SUPRESSÃO DO PARÂMETRO DE CONFRONTO. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO DIRETA. - A definição do significado de bloco de constitucionalidade – independentemente da abrangência material que se lhe reconheça – reveste-se de fundamental importância no processo de fiscalização normativa abstrata, pois a exata qualificação conceitual dessa categoria jurídica projeta-se como fator determinante do caráter constitucional, ou não, dos atos estatais contestados em face da Carta Política. - A superveniente alteração/supressão das normas, valores e princípios que se subsumem à noção conceitual de bloco de constitucionalidade, por importar em descaracterização do parâmetro constitucional de confronto, faz instaurar, em sede de controle abstrato, situação configuradora de prejudicialidade da ação direta, legitimando, desse modo – ainda que mediante decisão monocrática do Relator da causa (RTJ 139/67) – a extinção anômala do processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade. Doutrina. Precedentes” (ADI 595/ES, Rel. Min. CELSO DE MELLO, “Informativo/STF” nº 258/2002). Cumpre ressaltar, por necessário, que essa orientação jurisprudencial reflete-se no próprio magistério da doutrina (CLÊMERTON MERLIN CLÊVE, “A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro”, p. 225, item n. 3.2.6, 2ª ed., 2000, RT; OSWALDO LUIZ PALU, “Controle de Constitucionalidade – Conceitos, Sistemas e Efeitos”, p. 219, item n. 9.9.17, 2ª ed., 2001, RT;

GILMAR FERREIRA MENDES, "Jurisdição Constitucional", p. 176/177, 2ª ed., 1998, Saraiva), cuja percepção do tema ora em exame põe em destaque, em casos como o destes autos, que a superveniente alteração da norma constitucional revestida de parametricidade importa na configuração de prejudicialidade do processo de controle abstrato de eis que, como enfatizado, o objeto da ação direta resume-se, em essência, à fiscalização da ordem constitucional vigente.

A Lei de locações, no tocante às normas que tratam das garantias locatícias, deverá ser interpretada conforme a Constituição da República e, quanto às contravenções, algumas serão revogadas, pois a inclusão da moradia no rol dos direitos sociais e a concretização da ordem constitucional global trouxeram inúmeras modificações à ordem jurídica, principalmente quanto ao mercado imobiliário.

A fiança, com a possibilidade de penhora do bem residencial do fiador, sem dúvida era a maior e melhor garantia locatícia existente, e a revogação desta modalidade de fiança não pode significar o caos do inadimplemento em massa dos locatários.

A alteração do paradigma ou bloco temático constitucionalmente previsto, com a explicitação do direito de moradia como direito social, realizada pela Emenda Constitucional nº 26/2000, oferece múltiplos efeitos sobre os atos normativos inferiores, não só revogando expressamente alguns dispositivos legais como também exigindo de outros, ao menos, a releitura ou a interpretação pela filtragem constitucional, inclusive as normas da Lei do Inquilinato Urbano que possam representar desproporcional e excessiva limitação dos meios de garantia da locação, assim rompendo as cadeias legais que hoje inibem ou mesmo inviabilizam a liberdade contratual, na busca do legítimo fim social e econômico representado pela moradia através do contrato de locação de bem imóvel:

a) revoga o disposto no art. 3º, VII, da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, com a redação dada pela Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991, ao permitir a penhora do único bem residencial por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação;

b) exige interpretação conforme a Constituição da norma que decorre do disposto no art. 37 e seu parágrafo único, da Lei nº 8.245/91,

que dispõe sobre as garantias locatícias, para que seja conferido a este rol a natureza exemplificativa, e não exaustiva, assim se evitando o reconhecimento de sua revogação pelo confronto com o direito constitucional;

c) revoga o § 2º do art. 38 da Lei nº 8.245/91, pois limita a caução ao equivalente a três meses de aluguel;

d) revoga o tipo contravencional do art. 43, II, da mesma Lei do Inquilinato Urbano, permitindo a adoção de mais de uma garantia pelas partes, na formação e na execução do contrato locatício, em consequência, ensejando a utilização de quaisquer meios de garantia para o cumprimento da obrigação, desde que admitidos pelo Direito para os demais negócios jurídicos;

e) revoga inteiramente o disposto no art. 40 da Lei do Inquilinato Urbano, que se refere especificamente à fiança locatícia como meio de realização das garantias locatícias; e

f) confere ao art. 42 da Lei nº 8.245/91 a interpretação conforme a Constituição de que, *não estando a locação garantida por qualquer meio específico, o locador poderá exigir do locatário o pagamento do aluguel e encargos até o sexto dia útil do mês vincendo*, assim permitindo a cobrança do aluguel no início do mês da respectiva obrigação, como já faz usualmente o condomínio edilício na cobrança de seus encargos.

Proclama a Constituição de 5 de outubro de 1988, em seu art. 102, **initio**, que compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda. Tal encargo, comum a todas as Cortes Constitucionais, aqui e alhures, implica em reconhecer às decisões do Excelso Pretório, ainda que proferidas incidentalmente, efeitos **erga omnes** que repercutem em toda a sociedade. E assim é pela ímpar situação de fonte suprema da compreensão do significado das normas inferiores perante a própria Carta Magna, patamar mais elevado do sistema normativo do Estado Democrático de Direito porque decorrente da vontade popular e fonte dos valores de superlativa importância na organização política, social e econômica.

Datada de 03 e publicada no Diário da Justiça da União no dia 30 do mesmo mês de maio de 2005, proclamando pela vez primeira na Corte Constitucional os efeitos perante a legislação infraconstitucional da Emenda Constitucional nº 26, promulgada em

14 de fevereiro de 2000, a decisão monocrática do eminente Ministro Carlos Velloso é eficaz não só na causa em que foi proferida, como também vincula as demais instâncias judiciais e descortina novos significados normativos da Lei Maior, com efeitos além da referida causa, repercutindo intensamente nas relações locatícias, até mesmo nos aspectos econômicos delas decorrentes.

O relator, nas causas em tramitação nos tribunais, atua em nome de todo o colegiado, e dele pode ser considerado como o seu *porta-voz*, na conhecida expressão do Desembargador José Carlos Barbosa Moreira.

Muito além de agente maior da interpretação literal ou gramatical do texto constitucional, a Corte Constitucional atua como fonte de explicitação dos valores que a sociedade, através da Constituição, considera relevantes em determinado momento histórico.

Qualquer pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a interpretação da Constituição, da qual tem a função de guardião, produz efeitos além dos limites subjetivos da lide, merecendo a atenção de todos os agentes sociais e, conseqüentemente, impregnando todas as relações jurídicas. E assim é em face do seu poder de conferir ao texto frio da letra constitucional a densidade normativa própria da supremacia da Lei Maior, com fonte na vontade popular.

Em tema de relações estatutárias, como as do inquilinato urbano, não há que se obstar os efeitos de normas e valores constitucionais pela alegação da irretroatividade da lei e do direito adquirido a determinada situação, mas deve o aplicador do Direito, nos casos que lhe são submetidos, evitar tanto quanto possa retroagir os efeitos para que a norma recente não desbaste o Direito anterior como se tratasse de rasoura incontrolável, a causar a perplexidade do jurisdicionado pela insegurança dos efeitos jurídicos.

Em decorrência, produzindo a referida decisão da Suprema Corte seus efeitos *erga omnes* a contar de 30 de maio de 2005, esta data é que se deve considerar como o termo inicial dos efeitos da norma constitucional de proteção do direito da moradia, assim resguardados os efeitos dos negócios jurídicos realizados até então. ▣

IMPENHORABILIDADE*

Bem de família de fiador pode ser penhorado, entende o plenário

O único imóvel (bem de família) de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. A decisão foi tomada por maioria pelo plenário do Supremo Tribunal Federal que rejeitou um Recurso Extraordinário (RE 407688), no qual a questão era discutida.

No recurso, o fiador M.J.P. contestou decisão do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que havia determinado a penhora de seu único imóvel para o pagamento de dívidas decorrentes de contrato de locação. O tribunal paulista entendeu que a Lei 8.009/90 protege o bem de família, mas faz uma ressalva, no entanto, para os casos em que o imóvel é dado como garantia pelo fiador, em contrato de aluguel (artigo 3º, inciso VII).

A questão chegou ao Supremo porque o fiador, inconformado com a decisão do tribunal paulista, recorreu alegando que o dispositivo da Lei 8.009/90 ofende o artigo 6º da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional 26/2000, que incluiu a moradia no rol dos direitos sociais amparados pelo texto constitucional.

O Julgamento

Durante o julgamento pelo plenário do STF, os ministros debateram duas questões: se deve prevalecer a liberdade individual e constitucional de alguém ser ou não fiador, e arcar com essa respectiva responsabilidade, ou se o direito social à moradia, previsto na Constituição, deve ter prevalência.

Isso implicaria dizer se o artigo 3º, inciso VII da Lei 8.009/90 estaria ou não em confronto com o texto constitucional, ao permitir a penhora do bem de família do fiador, para o pagamento de dívidas decorrentes de aluguel.

O relator da matéria, ministro Cezar Peluso, entendeu que a Lei 8.009/90 é clara ao tratar como exceção à impenhorabilidade o bem de família de fiador. Segundo o ministro Peluso, o cidadão tem

* 8/2/2006 - STF - Últimas Notícias

a liberdade de escolher se deve ou não avalizar um contrato de aluguel e, nessa situação, o de arcar com os riscos que a condição de fiador implica.

O ministro Peluso não vê incompatibilidade entre o dispositivo da lei e a Emenda Constitucional 26/2000 que trata do direito social à moradia, ao alterar o artigo 6º da Constituição Federal. O voto do ministro Peluso foi acompanhado pelos ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim.

A Divergência

O ministro Eros Grau divergiu do relator, no sentido de afastar a possibilidade de penhora do bem de família do fiador. O ministro citou como precedentes dois Recursos Extraordinários (RE 352940 e 449657) relatados pelo ministro Carlos Velloso (aposentado) e decididos no sentido de impedir a penhora do único imóvel do fiador. Nesses dois recursos entendeu que o dispositivo da lei ao excluir o fiador da proteção contra a penhora de seu imóvel feriu o princípio constitucional da isonomia.

Esse entendimento também foi citado pelos ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello, que acompanharam a divergência aberta pelo ministro Eros Grau. Os três votos divergentes no julgamento foram no sentido de que a Constituição ampara a família e a sua moradia e que essa proteção consta do artigo 6º da Carta Magna, de forma que o direito à moradia seria um direito fundamental de 2ª geração, que tornaria indisponível o bem de família para a penhora.

Mas prevaleceu o entendimento do relator. Por 7 votos a 3, o plenário acompanhou o voto do ministro Cezar Peluso e negou provimento ao Recurso Extraordinário, mantendo, desta forma, a decisão proferida pelo Tribunal de Alçada de São Paulo, que determinou a penhora do bem de família do fiador.

N. Coordenador da Revista: A propósito do artigo acima, do eminente Desembargador Nagib Slaibi Filho, publicamos o texto sob o título "Impenhorabilidade", que nos passou o prelado Desembargador Nagib.

O Recurso de Agravo

A sua nova disciplina

Lei 11.187, de 19.10.05

Wilson Marques

Desembargador aposentado do TJ/RJ.

Professor de Direito Processual Civil da EMERJ . Advogado

A recente Lei 11.187, de 19.10.05, que entrou em vigor em janeiro de 2006, como quase todas as outras que integram a chamada Reforma Processual, visa, precipuamente, racionalizar e, pois, agilizar a entrega da prestação jurisdicional, agora, sobretudo, através de medidas destinadas a desafogar os Tribunais de Justiça.

Traz como principal novidade a instituição do agravo, sob a forma retida, como o recurso interponível, em regra, contra as decisões interlocutórias, reservando para poucas hipóteses expressamente previstas na lei a possibilidade de utilização do recurso, sob a forma de instrumento.

Com essa brevíssima introdução, passa-se ao exame de cada uma das alterações introduzidas no Código de Processo Civil em vigor, pela referida lei.

Artigo 522

No sistema anterior ao da lei nova, ao agravar, o legitimado a recorrer podia escolher entre a forma retida e a forma do instrumento, embora, em alguns casos, só lhe restasse uma das alternativas: a) a da retenção; ou, então: b) a do instrumento.

Com efeito, a forma retida era obrigatória se o agravo fosse interposto de decisões proferidas nas audiências de instrução de julgamento e nas proferidas após a sentença (artigo 523, § 4º, primeira parte).

Mas em contrapartida, o agravo só podia ser de instrumento, porque nenhum sentido teria o agravo interposto pela forma retida, se interposto contra decisão: a) proferida em “casos de dano de difícil e de incerta reparação”; b) de inadmissão de apelação; c) relativa aos efeitos em que a apelação é admitida (artigo 523, § 4º, última parte).

Quando o agravante podia optar e optava pelo instrumento, o relator, não obstante, podia “converter o agravo de instrumento em agravo retido”, só não podendo fazê-lo “quando se tratasse de provimento jurisdicional de urgência ou houvesse perigo de lesão grave e de difícil ou incerta reparação” (artigo 527, II)

Com o novo artigo 522, o direito do recorrente de optar pela forma retida ou pela do instrumento desapareceu, pois em todos os casos o agravo será sempre retido, admitindo-se a utilização do instrumento única e exclusivamente naqueles mesmos casos em que antes o seu uso era de rigor: a) quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação; b) no caso de inadmissão de apelação; c) quando relativa aos efeitos em que a apelação é admitida.

Nós vamos sentir falta do agravo de instrumento interponível contra outras decisões em relação às quais, ao menos pelo teor literal do novo artigo 522, o agravo doravante terá de ser interposto pela forma retida, mas a lei devia ter permitido o uso do recurso pela forma do instrumento.

Estamos nos referindo ao recurso interponível contra: I: as decisões interlocutórias proferidas em sede de execução e II: as relativas à incompetência absoluta.

No primeiro caso - decisões interlocutórias proferidas em sede de ação de execução – dificilmente nós teremos, contra a sentença de extinção do processo, pela sua própria natureza – artigo 795 – a interposição de recurso de apelação, a ensejar a reiteração do agravo retido, nas razões ou nas contra-razões de apelação, sem o que, no Tribunal, “não se conhecerá do agravo” (artigo 523, § 1º).

No segundo caso – de incompetência absoluta - as graves conseqüências decorrentes da sua configuração bem que poderiam ter levado o legislador a abrir mais esta exceção à regra geral.

Eis como ficou o artigo 522 com a redação que lhe deu a lei nova:

“Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento”.

Com essa redação, dada ao *caput* do novo artigo 522, o parágrafo 4º do atual artigo 523 ficou inteiramente esvaziado e, por isso, foi revogado pelo artigo 3º da Lei nº 11.187, de 19.10.05.

De fato, a primeira parte deste último dispositivo – “Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrução e julgamento e das posteriores à sentença” - perdeu a sua razão de ser porque, doravante, o agravo será retido, não apenas nesses casos, mas, como regra geral, nos outros também, ressalvados os casos já apontados em que, por exceção, será admitido o uso do instrumento.

A segunda parte do mesmo dispositivo, aquela que autoriza o uso do instrumento em determinados casos - nos de “dano de difícil e de incerta reparação, nos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida” - também deixou de ter qualquer utilidade, pois a autorização para o uso do instrumento, nesses casos, foi contemplada, expressamente, no *caput* do novo artigo 522, de tal sorte que mantê-la, no velho § 4º, seria ocioso, repetitivo, inútil.

No manejo da lei nova, questão que certamente vai dividir doutrina e jurisprudência e que, por isso, está a merecer meditação é a seguinte:

Se o agravante entrar com Agravo de Instrumento, alegando, como, em muitos casos, certamente alegará, que está autorizado a utilizar essa forma de agravo porque a decisão recorrida é daquelas que são suscetíveis de “causar à parte lesão grave e de difícil reparação...” e se o relator entender diversamente, ou seja, que não existe risco dessa natureza, o que também freqüentemente ocorrerá, como deverá proceder o julgador?

Julgar o recurso inadmissível e, portanto, dele não conhecer? Ou converter o agravo de instrumento em agravo retido, mandando remeter os autos ao juiz da causa, na forma do disposto no artigo 527, II?

A ser correta a segunda alternativa – a da conversão -, a modificação do *caput* do artigo 522, instituindo, como regra, o agravo retido e como exceção o agravo de instrumento provavelmente não atingirá os fins visados e terá sido mais aparente do que real porque, alegando risco de lesão grave e de difícil reparação – o que sempre poderão fazer e certamente o farão - os legitimados a recorrer continuarão a utilizar o agravo pela forma do instrumento e os relatores continuarão a converter o agravo de instrumento em agravo retido, como já vêm fazendo, desde 2002, autorizados pelo atual artigo 527, II, na redação que lhe deu a Lei 10.352, de 26.12.01.

Além disso, a conversão de que trata o artigo 527, II, é a de recurso de agravo, ao qual o recorrente podia livremente imprimir qualquer das duas formas – a do instrumento e a retida - e ele preferiu a primeira, não sendo aplicável aos casos de conversão de recurso inadmissível em recurso admissível e é disso que aqui se trata, pois, como observam, com acerto, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “quando a lei veda a interposição do recurso por determinada forma, temos caso de descabimento do recurso” (**Código de Processo Civil Anotado**, 8ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, página 990, nº 3).

A alternativa correta é, portanto, a primeira, a significar que se, a juízo do relator, não se tratar de “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação”, o recurso interposto ressentir-se-á da falta de um dos seus requisitos de admissibilidade - o cabimento - e, portanto, dele não deverão conhecer o relator e o Tribunal.

Correta que seja esta última tese, e, portanto, tendo sido interposto o recurso incabível no lugar do cabível, seria aplicável ao caso o princípio da fungibilidade dos recursos, a impor ao relator o recebimento, pela forma retida, do agravo que se interpôs pela forma instrumental?

Acreditamos que não, porque o princípio da fungibilidade não é aplicável nos casos de erro grosseiro ou de má-fé (argumento ex

artigo 810 do Código de Processo Civil de 1.939) e alegar situação fática inócua, para forçar o cabimento do recurso incabível, é, indiscutivelmente, má-fé, obstativa da aplicação do princípio.

Tudo o que vem de ser dito é aplicável, também, aos outros casos em que a lei nova admite a interposição do recurso pela forma instrumental – o da inadmissão da apelação e o dos efeitos em que a apelação é recebida - mas aqui, não se tratando, nestes casos, como no outro, de conceito juridicamente indeterminado, o problema dificilmente surgirá.

Artigo 523, § 3º

Antes do advento da lei nova, das decisões interlocutórias proferidas em audiência - qualquer uma menos a de instrução e julgamento – a parte podia optar entre o agravo de instrumento e o agravo retido. Para esses casos, dizia a lei, "*admitir-se-á a interposição do agravo retido*" (artigo 523, § 3º).

Mas se a audiência fosse de instrução e julgamento, só do agravo retido podia o interessado lançar mão. "*Será retido o agravo das decisões proferidas na audiência de instrumento e julgamento...*" estabelecia o § 4º do mesmo artigo 523.

O novo artigo 523, § 3º, estabelece que "*das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (artigo 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante*".

A primeira parte do dispositivo é, para dizer o menos, repetitiva e, portanto, desnecessária.

Com efeito, se o artigo 522 já nos informou que "*das decisões interlocutórias (em geral, no elenco das quais se inserem, sem qualquer sombra de dúvida, as que foram proferidas na audiência de instrução e julgamento) caberá agravo... na forma retida*", para que serve a primeira parte do novo artigo 523, § 3º, que nos diz aquilo que nós já sabíamos: que "*das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida...*" ?

A segunda parte deste último dispositivo legal não é tão inútil quanto a primeira: serve para deixar claro que, quando interposto de

decisão proferida na audiência de instrução e julgamento, o agravo retido deverá “ser interposto oral e imediatamente”, não podendo, assim, ser interposto por escrito, no prazo de dez dias referido no *caput* do artigo 522.

De qualquer modo, não deixa de ser estranho o fato de que a matéria está assim disciplinada somente para o caso de audiência de instrução e julgamento e não, igualmente, para as outras audiências, como a audiência preliminar do artigo 331, criando, assim, a lei nova, um tratamento diferente para situações substancialmente iguais: I: se a decisão interlocutória foi proferida na audiência preliminar, o agravo retido virá por escrito, no prazo de 10 dias; mas: II: se prolatada na audiência de instrução e julgamento, o recurso, pela mesma forma retida, terá que “ser interposto oral e imediatamente”.

Artigo 527, II

O novo artigo 527, II, assim dispõe, *in verbis*:

Artigo 527: Recebido o agravo....o relator:

II: converterá o agravo de instrumento em agravo retido, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, mandando remeter os autos ao juiz da causa.

Somente nesses casos de “decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida”, é que a lei nova admite a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento. Em todos os outros, só se admitirá o agravo pela forma retida (novo artigo 522).

Exatamente porque, nesses citados casos, o agravo só é admissível pela forma do instrumento, a lei não permite ao relator que o converta em agravo retido (novo artigo 527, II).

Quando é então que, doravante, o relator terá oportunidade de converter o agravo de instrumento em agravo retido?

Em princípio nunca, pois, nos únicos casos em que o agravo poderá ser interposto pela forma do instrumento, a lei proíbe a conversão. E se, nos demais, o agravo só poderá mesmo ser retido, é óbvio que em nenhum deles terá o relator a oportunidade de aplicar

a primeira parte do novo 527, II, e, com base nele, converter o agravo de instrumento em agravo retido.

Para dar sentido útil a essa primeira parte do dispositivo, não faltará quem cogite de aplicá-lo nos casos em que, cabível o agravo retido, o recorrente, erradamente, atacou a decisão por meio de agravo de instrumento. Nesse caso o relator, com base no referido dispositivo legal, converteria o agravo de instrumento (incabível) no agravo retido (cabível).

A tentativa de salvar o dispositivo esbarra, no entanto, no obstáculo intransponível a que antes já se aludiu: o artigo 527, II, só permite a conversão de cabível recurso de agravo de instrumento em também cabível recurso de agravo retido e de acordo com o já invocado magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, “quando a lei veda a interposição do recurso por determinada forma, temos caso de descabimento do recurso” (**Código de Processo Civil Anotado**, 8ª. edição, Editora Revista dos Tribunais, página 990, nº 3)

No caso figurado, portanto, o relator, ao invés de converter o recurso incabível no recurso cabível deverá julgá-lo inadmissível, não podendo promover a conversão do recurso, prevista no artigo 527,II, pois, como já se assinalou, mas não custa insistir no ponto, este dispositivo pressupõe, para a conversão em agravo retido, a existência de um agravo de instrumento admissível, hipótese que não é aquela da qual se está a cogitar.

Não se vislumbra, portanto, utilidade alguma na citada primeira parte no novo artigo 527, II.

Se a doutrina e a jurisprudência conseguirem descobrir algum caso em que o dispositivo possa ser aplicado, a conversão, que antes ficava no poder discricionário do juiz - “*poderá converter o agravo de instrumento em agravo retido...*” - artigo 527, II, redação anterior - doravante será de aplicação obrigatória - “*converterá o agravo de instrumento em agravo retido*” - artigo 527, II, redação atual.

Artigo 527, V e VI

Nesses dois incisos do artigo 527, as modificações foram somente de redação, sem alteração da substância: no V: remissão ao artigo 525, § 2º, antes inexistente, e substituição de “juntar cópias”

por “juntar documentação”; no VI: substituição da (incorreta) referência a incisos I a V, por incisos III a V.

Agora, como antes, continua e continuará a referência inútil à intimação que será feita mediante publicação no órgão oficial “nas comarcas sede de tribunal e naquelas em que o expediente forense for divulgado no Diário Oficial” .

Como é óbvio, não há comarca sede de tribunal em que não circule órgão oficial que publica o expediente forense. Portanto: se a lei velha e a nova dissessem “nas comarcas em que o expediente forense for divulgado no diário oficial, a intimação far-se-á...” já se teria dito tudo, sem nada faltar ou sobrar.

Do mesmo defeito padece o inciso VI na velha e na nova redação, de acordo com o qual “ultimadas as providências referidas nos incisos III a V do *caput* deste artigo, (o relator) mandará ouvir o Ministério Público, se for o caso, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias”.

Com efeito, trata-se de mais um dispositivo ocioso, na medida em que, se é caso de intervenção obrigatória do Ministério Público (artigo 82), obviamente o relator, para que seja cumprido o preceito legal, há de mandar dar vista dos autos... ao Ministério Público.

A lei não precisava declará-lo expressamente.

Mas se disse o que não precisava dizer, o legislador, para compensar, deixou de dizer o que precisava ser dito, para resolver questões tormentosas: 1: Quem é que decide se é o ou não caso de intervenção do Ministério Público? O relator? O próprio Ministério Público? Se for o relator, como deve este proceder se o órgão do Ministério Público se recusar a officiar nos autos? 2: Se o agravado é o Ministério Público, a quem será feita a intimação para apresentação de razões? Ao órgão em exercício no primeiro grau de jurisdição? Ao que funciona no segundo grau de jurisdição, no próprio órgão julgador? 3: Em ambos os casos, além das contra-razões, o Ministério Público apresentará, também, por intermédio de outro dos seus órgãos, parecer, como *custos legis*?

Artigo 527, parágrafo único

O novo artigo 527, parágrafo único, é um dispositivo assaz enigmático. Ei-lo:

“A decisão liminar, proferida nos casos dos incisos II e III do caput deste artigo, somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Salvo engano, o que se pretendeu dizer foi o seguinte: nos casos dos referidos incisos II e III, proferida a decisão, pelo relator – de conversão do agravo de instrumento em agravo retido (inciso II) ou de atribuição de efeito suspensivo ao recurso ou de deferimento, em antecipação da tutela, da pretensão recursal (inciso III) - a parte prejudicada interporá o seu recurso (de agravo inominado, no primeiro caso, e regimental, no segundo) normalmente; também normalmente, o relator poderá dar provimento ao recurso, reformando a sua decisão.

Se não o fizer, ou seja, se negar provimento ao recurso, ou, como diz a lei, com menor propriedade, se o relator não reconsiderar a sua decisão, o agravo (inominado ou regimental) não será posto em mesa para imediato julgamento; somente será julgado, pelo colegiado, quando por ocasião do julgamento do agravo (retido, em que se converteu o agravo de instrumento, no primeiro caso (inciso II); e, no segundo, de instrumento, ao qual se atribuiu efeito suspensivo ou no bojo do qual se deferiu “em antecipação da tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal” (inciso III).

A finalidade do dispositivo estaria, pois, em deixar, para julgar em conjunto, no primeiro caso (o do inciso II), os três recursos – a apelação, o agravo retido e o agravo inominado - e, no segundo (o do inciso III), os dois recursos (o agravo de instrumento e o agravo regimental) - evitando os julgamentos, em separado, com todos os inconvenientes daí decorrentes.

Mas, indaga-se: doravante, quando é que será possível converter o agravo de instrumento em agravo retido e havendo a conversão ser interposto o recurso inominado, cujo julgamento somente ocorrerá “no momento do julgamento” do recurso convertido?

Em princípio nunca, pois, como já se registrou anteriormente, nos únicos casos em que o agravo poderá ser interposto pela forma do instrumento, a lei proíbe a conversão. E se, nos outros, o agravo só pode mesmo ser retido, é óbvio que em nenhum deles terá o

relator a oportunidade de aplicar a primeira parte do novo 527, II, e, com base nele, converter o agravo de instrumento em agravo retido e, em decorrência, em caso algum poderá aplicar o parágrafo único do mesmo artigo 527, de acordo com a qual a decisão liminar (inexistente !) “somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar”.

Cumpra-se indagar se, no outro caso - o do inciso III - o dispositivo pode ser aplicado.

Na sua primeira parte, o inciso III estabelece que o relator “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (artigo 558)...”.

A remissão que o inciso III faz ao artigo 558 mostra que, malgrado o teor literal do dispositivo (– “poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso”), não é disso que se trata, senão que daquilo de que se ocupa o referido artigo 558, para o qual se remeteu: a permissão que a lei deu ao relator para “suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”, o que não é exatamente a mesma coisa do que “atribuir efeito suspensivo ao recurso”, embora, no plano prático, acabe dando tudo na mesma.

Assim, nos limitados casos em que, doravante, será admitido o agravo em forma de instrumento – decisão suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação; inadmissão de apelação e nos casos relacionados com os efeitos em que a apelação será recebida - o relator, ao abrigo do permissivo do artigo 558, poderá suspender o cumprimento da decisão “até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara”, e se a parte interessada investir, contra essa decisão, através do cabível recurso de agravo regimental, esse recurso somente será julgado no “momento do julgamento do agravo” (de instrumento) - (parágrafo único do novo artigo 527).

Mas, indaga-se : se a suspensão do cumprimento da decisão vai durar “até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara” (artigo 558) de que adiantará julgar o recurso interposto contra a decisão de suspensão exatamente no momento em que a suspensão vai chegar ao fim?

Não adiantará para coisa alguma.

A conclusão idêntica se há de chegar quanto à matéria sobre a qual dispõe a segunda parte do mesmo artigo 527, III, aquela que

atribui ao relator o poder de “deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal...”

Senão vejamos:

Convém notar, de início, que, ao contrário do que poderia sugerir uma leitura apressada do dispositivo, não se trata, aqui, de autorizar o relator a antecipar, desde logo, monocraticamente, a tutela de mérito, nos casos e na forma do disposto no artigo 273.

No artigo 527, III, o objeto direto do verbo deferir é a pretensão recursal. Não é a antecipação da tutela. A lei não diz que o relator poderá deferir a antecipação da tutela. O que ela diz é que ele pode deferir a pretensão recursal (em antecipação da tutela).

Mas o que significa deferir, em antecipação da tutela, a pretensão recursal?

Outro significado não pode ter a expressão senão que a de julgar o recurso, desde logo, liminarmente.

Diante disso, estamos convencidos de que, no dispositivo legal sob exame, a lei transferiu, do colegiado para o relator, a competência para o julgamento do recurso de agravo de instrumento.

Esse é, também, o pensamento de Hélio José Cavalcanti Barros, in **Comentários às Alterações do CPC**, Lumen Juris, 2ª. tiragem, página 81, **verbis**:

“Destarte, na acepção da expressão “deferir, em antecipação da tutela”, constante do inciso III do artigo 527 do CPC, há que se compreender uma “antecipação da tutela recursal, ou seja, o deferimento, de início, pelo relator, isoladamente, daquilo que, no todo ou em parte, pretende-se obter (com) o julgamento do recurso de agravo de instrumento, nada tendo a ver, portanto, o dispositivo legal em exame com a antecipação de tutela de mérito de que se ocupa o artigo 273 do Diploma Processual Civil”.

Convém insistir no ponto: o que se antecipa, com base no referido dispositivo legal, não é a tutela de mérito, pleiteada na inicial, ou seja, aquela de que trata o artigo 273, e sim o próprio julgamento do recurso, pois esse é o sentido da expressão antecipação do julgamento da “pretensão recursal”.

A lei não diz que essa antecipação da tutela da pretensão recursal é provisória, nem, muito menos, que está destinada a ser substituída por tutela definitiva, a ser prestada pelo colegiado.

Isso confirma a conclusão a que antes já se chegou - a de que a lei nova simplesmente transferiu, do colegiado para o relator, a competência para o julgamento do recurso de agravo de instrumento.

Em homenagem ao princípio do contraditório, pensamos que o relator só poderá “antecipar a tutela da pretensão recursal” após ouvir o agravado.

A lei não prevê recurso algum contra a decisão do relator proferida em julgamento isolado do agravo de instrumento, mas, diante do que dispõe o Regimento Interno do nosso Tribunal, dessa decisão caberá recurso de Agravo Regimental, no prazo de 5 (cinco) dias (artigos 200 e seguintes).

Como, no caso, não há uma decisão liminar, seguida do ulterior julgamento do recurso, eis que este é julgado, desde logo, “em antecipação de tutela”; então a conclusão a que se chega, partindo dessa premissa, é a de que, em caso algum, haverá campo para aplicação do novo artigo 527, parágrafo único, de acordo com o qual “a decisão liminar (inexistente !) somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo.

Aliás, essa possibilidade de o relator julgar isoladamente o recurso de Agravo de Instrumento, mesmo fora dos casos do artigo 557, só é novidade no plano estadual, porque, nos Tribunais Superiores, já era e continua sendo assim, se de recurso interposto contra decisão denegatória de recurso especial ou extraordinário se tratar (artigo 544, parágrafo 2º). No Superior Tribunal de Justiça: artigo 34, VII, do Regimento.

Agravo regimental contra a decisão do relator que julgou antecipadamente e monocraticamente o recurso de agravo haverá – sim- mas sem possibilidade de que este recurso – o de agravo regimental- seja julgado, como prevê o novo artigo 527, parágrafo único, “no momento do julgamento do agravo “ que já foi julgado, pelo relator, como já se disse, antecipada e monocraticamente.

Direito intertemporal

Lei nova pode modificar o sistema recursal, transformando em recorrível decisão até então irrecorrível, suprimindo recurso até en-

tão interponível, alterando-lhe os requisitos de admissibilidade ou seus efeitos, ou, até, a forma de sua interposição.

Indaga-se se, nesses casos, a lei nova é aplicável aos processos em curso.

No direito intertemporal dos recursos, a regra de ouro é a de que a lei do recurso é a lei do dia em que a decisão se tornou recorrível; a decisão se torna recorrível no momento em que adquire existência jurídica, e ela adquire existência jurídica no momento da sua publicação, que nem sempre coincidirá com o momento da sua intimação às partes.

O princípio vale tanto para o cabimento dos recursos como para os outros requisitos de sua admissibilidade e efeitos.

Desse modo, ressalvados os casos em que, pela lei anterior, é obrigatória, no recurso de agravo, a utilização da forma retida ou a do instrumento, e ressalvados, também, os casos em que, pela lei posterior, é admissível a utilização do agravo por meio de instrumento, podemos extrair das premissas estabelecidas as seguintes conclusões :

a) as decisões interlocutórias publicadas até o dia em que a Lei 11.187 entrou em vigor poderão ser atacadas mediante agravo de instrumento ou agravo retido, de acordo com as conveniências do recorrente, na forma da lei velha;

b) já as que foram publicadas após o início de vigência da referida lei somente poderão ser atacadas através de recurso de agravo retido, de acordo com o que dispõe a lei nova.☐

A Interrupção do Fornecimento de Energia Elétrica por Falta de Pagamento.

Uma Reflexão para o Direito do Consumidor

PLÍNIO LACERDA MARTINS

Prof. de Direito do Consumidor da FGV e UGF.

Professor Convidado da EMERJ.

Mestre em Direito - Promotor de Justiça/RJ.

1. O FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA COMO SERVIÇO ESSENCIAL

O presente trabalho objetiva uma reflexão a respeito da interrupção do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Recentemente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro editou o enunciado nº 29, que afiança:

“É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma dos respectivos regulamentos administrativos”¹.

¹ Enunciados aprovados por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, realizado nos dias 13, 14 e 15 de maio de 2005 (AVISO N.º 17) Justificativa do Enunciado: Havendo inadimplemento do usuário, o diploma legal aplicável é a Lei nº 8.997/95 e os regulamentos dela advindos, em consonância com o disposto no art. 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a interrupção dos serviços, após prévio aviso do usuário (art. 6º, § 3º, inciso II, daquela lei) e de acordo com as normas administrativas que regulamentam este procedimento.

Na esteira do enunciado expressado, a jurisprudência vem sustentando a possibilidade da suspensão desde que haja aviso prévio, em atenção ao princípio da segurança jurídica. Todavia, a energia elétrica é na atualidade um bem essencial à população, constituindo serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua suspensão.²

Os serviços de energia elétrica são, sem dúvida, relações de consumo, considerado fornecedor a empresa de energia elétrica, na forma do art. 3º do CDC, e os usuários são consumidores na forma do art. 2º e parágrafo único da norma consumerista, considerado como serviço público essencial, subordinado ao princípio da continuidade, conforme afirmado anteriormente, na forma do art. 22 do Código do Consumidor, da mesma forma que os serviços de telefonia e água.³

Enuncia o art. 22 e seu parágrafo único do CDC, que *“Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos”*.

Cumpra registrar que a Portaria nº 03/99 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (publicada em 19/0399), reconheceu como serviço essencial o fornecimento de água energia elétrica e telefonia.⁴

Com efeito, a doutrina assevera que o princípio da continuidade do serviço público previsto no CDC não é absoluto e sim relativo, ou seja: admite-se que algumas causas como caso fortuito e força maior possam interromper o serviço público essencial sem a consequência de gerar indenização, como por exemplo um acontecimento natural

² Ref.: REsp 628833/RS, STJ, 1ª Turma, DJ03/11/2004, p. 155, ApCv 2004.001.21687, TJERJ, 18º C. Cível, julgada em 07/12/2004. ApCv 2004.001.18674, TJERJ, 2º C. Cível, julgada em 08/09/2004

³ Hermam Benjamin afiança que *“O Código não disse o que entendia por **serviços essenciais**. Essencialidade, pelo menos neste ponto, há que ser interpretada em seu sentido vulgar, significando todo serviço público indispensável à vida em comunidade, ou melhor, em uma sociedade de consumo. Incluem-se aí não só os serviços públicos stricto sensu (os de polícia, os de proteção, os de saúde), mas ainda os serviços de utilidade pública (os de transporte coletivo, os de **energia elétrica**, os de gás, os de telefone, os de correios)...”* (grifo nosso). Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin et. al. **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1991. p.111.

⁴ Estabelece a Portaria do Ministério da Justiça no item 3 : *“ 3. Permitam ao fornecedor de serviço essencial (água, energia elétrica, telefonia) incluir na conta...”*.

imprevisível como uma tempestade, ou mesmo, a necessidade de manutenção de vias públicas, fazendo necessária a interrupção do serviço público para o conserto.⁵ No entanto, interromper o fornecimento de serviço essencial como forma de compelir ao pagamento, isto traduz autotutela, justiça privada, fato este repellido pelo direito, considerando inclusive tratar-se de exploração de atividade econômica por um fornecedor de serviço.⁶ Absurdo!

2. A QUALIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO E O ATENDIMENTO AO CONSUMIDOR

Verifica-se em muitos casos que o consumidor não efetua o pagamento não porque não quer, mas porque há situações imprevisíveis que fogem à esfera de sua vontade, tais como o atraso no salário, problemas de saúde, etc...inviabilizando o pagamento da conta de energia elétrica.

Arrimado a este fato existem hipóteses de débitos indevidos praticados pelo fornecedor, que com a ameaça de desligamento, impossibilita o direito de revisão.

O art. 6, X do CDC consigna que é direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

O art. 4º do CDC estabelece a política nacional das relações de consumo, cujo objetivo é atender às necessidades dos consumidores, respeitando a sua dignidade, saúde e segurança, providenciando a melhoria de sua qualidade de vida.

Prescreve ainda a legislação consumerista a ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor, garantindo que os produtos e serviços possuam padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho (art. 4, II, d), devendo o Estado ainda providenciar a *“harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção*

⁵ O art. 6º, § 3º, I da Lei 8.987 estabelece: § 3º *Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações;*

⁶ § 3º *Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.*

do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores;” (art. 4. III).

O art. 175, parágrafo único, inciso IV da Constituição Federal estabelece:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

A Lei 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos, estabelece no art. 6º, que “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários”, afirmando no § 1º o conceito de serviço adequado como sendo “o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.”⁷

Dispõe o art. 7º da Lei de Concessões (Lei 8.987/95) a aplicabilidade do Código do Consumidor no tocante aos direitos dos usuários, afirmando o dispositivo:⁸

“Art. 7º Sem prejuízo do disposto na Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

1. receber serviço adequado;”

⁷ Estabelece ainda a Lei da Concessão do serviço público que a atualidade do serviço “compreende a modernidade das técnicas do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (§ 2).

⁸ Fernando Jacques Onófrío, em sua obra **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. ed. Forense. Rio de Janeiro, 2005, p. 56 afirma que atualmente, por disposições contidas na Medida Provisória nº. 2.198 de 24 de agosto de 2001, transformada na Lei 10.438/2002, os serviços essenciais de fornecimento de energia elétrica foram excluídos do CDC. Todavia, não perfilhamos este entendimento, sustentando que a legislação própria, Lei 8.987/95, faz menção expressa a aplicação do CDC aos direitos dos usuários dos serviços públicos, em consonância com o art. 7º, *caput* do CDC como norma de sobredireito.

Registra-se, ainda, que o art. 4, VII do CDC imputa ao Estado o dever da melhoria dos serviços públicos.

Logo, não é difícil deduzir que tanto a Lei da Concessão do Serviço Público quanto a Lei do Consumidor, atribuem ao fornecedor o dever jurídico de prestar um serviço público com qualidade, não esquecendo de que a teoria adotada pelo CDC é a teoria do risco da atividade empresarial, considerando que a empresa está explorando uma atividade econômica em prol do lucro, possuindo o risco do empreendimento; logo, não pode constranger, quando suporta prejuízos, sob pena de o serviço público explorado ficar prejudicado.

3. A TEORIA DA LESÃO E O DIREITO DO CONSUMIDOR À REPARAÇÃO POR DANOS PRATICADOS PELO FORNECEDOR

O Código do Consumidor assegura ao consumidor o direito à reparação pelos danos sofridos. Estabelece o art. 6º, VI do CDC:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

No mesmo sentido estabelece o art. 22, parágrafo único do CDC,:

“Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados na forma prevista neste Código” .

Antônio Herman Benjamin conclui, ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC que: *“Uma vez que a Administração não esteja cumprindo as quatro obrigações básicas enumeradas pelo caput do art. 22 (adequação, eficiência, segurança e continuidade), o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o*

futuro, por isso mesmo, impõe o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores”.⁹

Diante dos conflitos de consumo que surgem a cada dia entre o fornecedor e o consumidor, verifica-se o desequilíbrio entre as partes em face de uma prática comercial abusiva ditada pela parte mais forte, demonstrando a manifesta vantagem excessiva. Surge assim a necessidade do intervencionismo estatal, permitindo inclusive a revisão das cláusulas contratuais pactuadas em razão do abuso que implica lesão ao direito do consumidor.

Demonstrado está que as práticas abusivas ocasionam um desequilíbrio na relação de consumo, podendo ocasionar uma lesão à parte mais desfavorecida.

Assim, o poderio econômico da parte mais forte faz evoluir o desequilíbrio da força contratual, que dita condições, faz prevalecer interesses egoístas, contrata sem combate, mascarando os privilégios e assegurando a eficiência e a rentabilidade.¹⁰

É cediço que, envolvendo relação de consumo, os princípios contratuais clássicos são mitigados e temperados pelo princípio da onerosidade excessiva, também conhecido pela máxima romana *cláusula rebus sic stantibus* *imprevisibilidade* (Teoria da imprevisão) e pela Teoria da lesão.¹¹

Se existe uma desvantagem exagerada, fica caracterizada para o consumidor uma lesão (*laesio*), sendo este tema abordado pela doutrina como *Teoria da Lesão*.

⁹ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin. *op. cit.* p. 111

¹⁰ *Apud.* Maria Cecília Nunes Amarante, **Justiça ou Equidade nas Relações de consumo**. Rio de Janeiro: Lumem Juris. 1998.

No mesmo sentido o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior afirma em aresto que “O art. 4º do Código se dirige para o aspecto externo e quer que a intervenção na economia contratual, para a harmonização dos interesses, se dê com base na boa-fé, isto é com a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através de comportamento fundado na lealdade e na confiança”. A Boa fé na relação de Consumo. **Revista Direito do Consumidor**. V.14. São Paulo: RT, 1995. p.22.

¹¹ A respeito das teorias sobre a base do negócio, em especial o trabalho da doutrina germânica adotando a teoria da base subjetiva do negócio apresentado por PAUL OERTMANN contrapondo a Windscheid, que repudiava a correlação entre a pressuposição e a *rebus sic stantibus*; a teoria da base objetiva do negócio e a unitária e a teoria moderna de Karl Larenz. Ob. cit. em Luís Renato Ferreira da Silva. **Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p.133-137.

A lesão é vício do negócio jurídico em grau de igualdade com o dolo, erro ou vício do negócio jurídico, sendo certo que o fato de a parte contratar não implica que a mesma não possa discutir o contrato, buscando a revisão de cláusulas com onerosidade excessiva.¹²

Por isso, no caso da manifesta vantagem excessiva, a doutrina denomina este fato de *dolo de aproveitamento*,¹³ que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, não prevalecendo em relação à parte mais vulnerável.

A Lei do Consumidor consagrou a Teoria da Lesão, bem como a Teoria da Quebra da Base do Negócio Jurídico, bastando para a sua configuração o fato superveniente arrimado ao fato da onerosidade excessiva, concretizando assim a lesão ao direito do consumidor (art. 6, V do CDC).

No magistério de Caio Mário, o instituto da lesão continua presente na proteção à parte contratual mais fraca, “e tudo indica que veio para ficar”.¹⁴

Com acerto, o fato de o fornecedor efetuar o desligamento de energia elétrica do consumidor inadimplente ocasiona uma lesão ao direito do consumidor, dificultando o direito de acesso à justiça para discussão do débito indevido, consolidando em vantagem manifestamente excessiva para o fornecedor (autotutela).

Consigna-se ainda que o Código Civil/2002, também reconhece a teoria da lesão ao dispor:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob a premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

¹² Palestra proferida pelo Prof. Sílvio Capanema no GAMA JUR em 26/04/99, na Universidade Gama Filho, sobre o tema: “Os princípios Contratuais e a Nova Realidade Econômica”.

¹³ O 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Gramado(RS), concluiu no item 4 que “O CDC., no art. 39, V, adota como causa de revisão do contrato(art.6,V) a lesão objetiva, prescindindo do estado de necessidade do consumidor ou do **dolo de aproveitamento** do fornecedor.” Conclusões aprovadas no 40º Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor realizado entre 8 a 11 de março de 1988 sob o título: “A Sociedade de serviços e a proteção do Consumidor no Mercado Global” - Gramado(RS), painel V, Serviços Bancários e Financeiros, item 4, aprovação por maioria.

¹⁴ *Apud* Caio Mário da Silva Pereira. **Lesão nos contratos**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p 213.

Na esteira deste entendimento, destaca-se ainda que o contrato firmado com o consumidor é um contrato de adesão, aprovado pela autoridade competente, sem direito a discussão das cláusulas impostas, inclusive da interrupção do fornecimento de energia por falta de pagamento.

Estabelece o art. 54 do CDC:

Art. 54 - Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.¹⁵

4. DA ABUSIVIDADE DAS PRÁTICAS COMERCIAIS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O CDC consagra a ação governamental de coibição e repressão eficiente de todos os abusos praticados no mercado do consumo (art. 4, VI).

A cada dia tornam-se mais comuns reclamações contra o fornecedor pelos serviços prestados.

Não são raras as vezes em que o consumidor/usuário é surpreendido com um débito indevido em sua conta, e a solução outorgada pelo fornecedor consiste na orientação ao consumidor de pagar a conta indevida para após discutir, sob pena de corte do fornecimento.

Prescreve o art. 39, inciso IV, do CDC que prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços, constitui prática abusiva repudiada pela norma do consumidor.

¹⁵ A Lei nº 10.438, de 2002 afirma no art. 15 que, visando a universalização do serviço público de energia elétrica, a Aneel poderá promover licitações para outorga de permissões de serviço público de energia elétrica, afirmando no § 1º que as licitações poderão ser realizadas, por delegação, pelas Agências de Serviços Públicos Estaduais conveniadas, mediante a utilização de editais padronizados elaborados pela Aneel, inclusive o **contrato de adesão**, com observância da Lei nº 8.987, e demais dispositivos legais específicos para o serviço público de energia elétrica, aplicando-se, no que couber e subsidiariamente, a Lei nº 8.666/93.

O Código de Defesa do Consumidor traz preceito expresso a respeito do Princípio da Boa-fé (art. 4, inciso III da norma do consumidor), concretizando assim o *Princípio da Boa-fé Objetiva*.

No magistério da doutrinadora Cláudia Lima Marques, "*Boa-fé significa aqui um nível mínimo e objetivo de cuidados, de respeito e de tratamento leal com a pessoa do parceiro contratual e seus dependentes. Este patamar de lealdade, cooperação, informação e cuidados com o patrimônio e a pessoa do consumidor é imposto por norma legal, tendo em vista a aversão do direito ao abuso e aos atos abusivos praticados pelo contratante mais forte, o fornecedor, com base na liberdade assegurada pelo princípio da autonomia privada*".¹⁶

O Código do Consumidor, presumindo o consumidor como parte contratual mais fraca, impõe aos fornecedores de serviços no mercado um mínimo de atuação conforme a boa-fé. O princípio da Boa-fé nas relações de consumo atua limitando o princípio a autonomia da vontade e combatendo os abusos praticados no mercado.

Há práticas comerciais que ocasionam desequilíbrio na relação contratual, atentando contra o patamar mínimo de boa-fé nas relações contratuais de consumo, devendo serem declaradas abusivas tais práticas.

O Código do Consumidor prevê no art. 6, IV, como direito básico do consumidor, a proteção contra cláusulas abusivas. Também prevê, como direito básico do consumidor, no mesmo dispositivo legal, a proteção contra práticas abusivas impostas no fornecimento de produtos e serviços.¹⁷

Há que se observar que o Código de Defesa do Consumidor enumera no art. 39 uma lista de práticas abusivas, sendo certo que a lista não é taxativa, admitindo outras práticas comerciais como sendo abusivas, desde que figure o significativo desequilíbrio entre os direitos consumidor, a manifesta vantagem e a ofensa ao princípio da boa-fé objetiva.

¹⁶ Cláudia Lima Marques, Congresso Mineiro de Direito do Consumidor, sobre Saúde e Qualidade-Belo Horizonte-MG, realizado de 15 a 17 de maio de 1996. p.32.

¹⁷ Estabelece o Código do Consumidor: Art. 6º - São direitos básicos do consumidor: V - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços; Sobre práticas abusivas ver art. 39 do CDC.

Infere-se que sem boa-fé, princípio que norteia o sistema, a prática é abusiva.

5. O CORTE DE ENERGIA E O CONSTRANGIMENTO DO CONSUMIDOR

Conforme leciona Hélio Gama, a “Constituição Federal traz dispositivo de proteção da honra da pessoa, enquanto o Código Penal comina crime ao ato de exacerbação no exercício arbitrário das próprias razões.” Assevera Hélio Gama que “era comum submeter-se os devedores à execração pública ou constrangê-los até pagarem os seus débitos”, afirmando que certos credores se aproveitam dos mecanismos de cobrança, “para aviltar as dignidades dos seus devedores”.¹⁸

O Código de Defesa do Consumidor, contudo, veda a prática do constrangimento na cobrança de dívidas, determinando que o consumidor não pode ser submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça e nem exposto a ridículo, pela cobrança de dívida.

Consagra o art. 42 do CDC:

“Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.”

Como se sabe, a lei do Consumidor repudiou a cobrança vexatória a ponto de tipificar como criminosa a conduta que expõe o consumidor a constrangimento em razão de dívida.

Estabelece o art. 71 do CDC:

*“Art. 71 - Utilizar, na cobrança de dívidas, de ameaça, coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou de qualquer outro procedimento que exponha o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou interfira com seu trabalho, descanso ou lazer:
Pena - Detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.”*

¹⁸ Hélio Zaghetto Gama. **Curso de Direito do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 91.

Afirma ainda Hélio Gama que os fornecedores, quando são cobrados, sabem muito bem como contornar as cobranças e até mesmo utilizam-se de protelações legais para deixar de pagar as suas dívidas. Já quando são credores submetem os consumidores a constrangimento. *op. cit.* p. 91.

Vale transcrever as lições do Prof. Hélio a respeito do conceito de constrangimento, sustentando, *in verbis*:

*Ao nosso ver, o constrangimento de que fala o CDC é aquela imposição de situações que venham a atormentar o devedor, fazendo com que as agruras da cobrança que sofra se transformem em condenação adicional ou acessória.*¹⁹

Seria o caso de indagarmos: será que a cobrança do fornecedor de energia elétrica que ameaça de interromper o serviço público essencial do usuário/consumidor inadimplente não configura, para o consumidor, um constrangimento? Será que esta cobrança não dificulta o acesso a Justiça?

O fornecimento de energia é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la. Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), a teor do art.6º, VI, X e art. 22 do Código de Defesa do Consumidor:

6. A ANTINOMIA ENTRE A NORMA DO CONSUMIDOR E OUTRA NORMA JURÍDICA.

Cumpra registrar *a priori* que a relação de consumo é prevista no Código do Consumidor como norma jurídica especial, que trata dos mecanismos de equilíbrio no mercado de consumo.

A bem da verdade, o Código do Consumidor não é uma simples norma jurídica e sim um sistema jurídico, contendo várias normas de direito material civil e penal, além do direito instrumental.

No magistério de Maria Helena Diniz, “sistema jurídico é o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito”, estabelecendo as relações entre eles, projetando-se numa

¹⁹ *op. cit.*, p. 92.

dimensão significativa. “O sistema jurídico não é, portanto, uma construção arbitrária”.²⁰

Nesse sentido surge a ponderação: como entender a norma prevista no art. 22 do CDC que estabelece que os serviços públicos essenciais deverão ser prestados de forma contínua e a norma posterior, que autoriza o corte do fornecimento do serviço público por falta de pagamento?

Estabelece o art. 22 do CDC:

“Art. 22 - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.”

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelece no art. 6º, § 3º:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

A Portaria nº 466 de 12 de novembro de 1997 do DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, atual Agência Nacional de Energia Elétrica), estabelece diversas situações em que o concessionário poderá suspender o fornecimento de energia elétrica, com destaque para o inciso I - art.76- *“por atraso no pagamento da conta após o decurso de 15(quinze) dias de seu vencimento mediante prévia comunicação do consumidor”.*

²⁰ Maria Helena Diniz. **Conflitos de Normas**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 9.

Da análise dos textos legais seria o caso de interpretarmos que a Lei 8.987/95 derogou a Lei 8.078/90 (Código do Consumidor) no sentido de que o serviço essencial pode ser interrompido? Seria o caso de aplicarmos o critério cronológico de resolução de conflitos de normas **lex posteriori** revoga **legis a priori** ?

Salvo melhor juízo, o critério para resolução deste possível conflito não se traduz neste critério cronológico. É certo que ambas as normas jurídicas pertencem à mesma hierarquia, e que a lei da concessão do serviço público é posterior a lei do consumidor. Também é certo que a lei das concessões foi criada atendendo o dispositivo normativo constitucional previsto no art. 175, que prescreve:

“Art. 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

Não vislumbramos no texto constitucional autorização às empresas concessionárias e permissionárias para efetuar o desligamento do serviço essencial. Ao contrário, a Carta Magna prescreve que a lei deverá dispor sobre os direitos dos usuários e a obrigação de manter os serviços adequados, fato este não verificado na atualidade.

Destarte, em caso de antinomia entre o critério de especialidade (Código do Consumidor) e o cronológico (lei da concessão do serviço público) não se aplica o critério **lex posteriori** revoga **legis a priori**, e sim o critério **lex posterior generalis non derogat priori specialis**.

Há que se observar que a norma do consumidor, como norma especial, contém o sistema jurídico do equilíbrio da relação de con-

sumo, não podendo ser revogada por norma posterior que regula a concessão e permissão do serviço público, e não o direito do usuário/consumidor.

Outra interpretação consumerista que coíbe a interrupção, sendo favorável ao consumidor, consiste em asseverar que a Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, ao estabelecer no art. 6, § 3º, II a interrupção por falta de pagamento, relaciona somente ao serviço público, não mencionando “**serviço público essencial**”, sendo neste caso aplicável o art. 22 do CDC.²¹

Finalmente, consigna-se que o art. 27 da Emenda Constitucional nº. 19/98 afirma que o Congresso Nacional deverá elaborar “*lei de defesa do usuário de serviços públicos*”, sendo que a lei não foi elaborada até hoje, cabendo ao CDC dirimir os conflitos entre usuários e fornecedores de serviços públicos.

7. O DIREITO FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

É cediço que o Código do Consumidor surgiu atendendo a um comando constitucional, estabelecendo um sistema de defesa do consumidor. Conforme já registrado anteriormente, se há relação de consumo, os direitos dos usuários/consumidores são regulados e tutelados pelo Código do Consumidor.

O art. 1º do CDC é bem claro ao dispor que o *presente Código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos artigos 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas Disposições Transitórias*, atendendo assim à política nacional de relação de consumo, que tem por objetivo *o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a pro-*

²¹ “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.

teção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. (art. 4º, caput).

Com conhecimento jurídico sólido sobre o assunto, o jurista Marcos Maselli Gouvêa afirma que “a defesa do consumidor é uma garantia fundamental prevista no art. 5º, XXXII, e um princípio da ordem econômica, previsto no art. 170, V.”²²

A Constituição Federal estabelece como princípios fundamentais à dignidade da pessoa humana um fundamento básico (art. 1, III da C.F.). No art. 170, V da C.F. estabelece:

*“Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
V - defesa do consumidor;”*

No mesmo sentido, o direito do consumidor está elencado entre os direitos fundamentais da Constituição.

José Geraldo Brito Filomeno esclarece, a respeito do art. 1º do CDC, que sua promulgação se deve a “mandamento constitucional expresso. Assim, a começar pelo inc. XXXII do art. 5º da mesma Constituição, impõe-se ao Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor.”²³

O 40º Congresso do Consumidor, realizado em Gramado, concluiu que o direito de proteção ao consumidor é cláusula pétrea da Constituição Federal (art. 5, XXXII CF/88).²⁴

²² Marcos Maselli Gouvêa. Mestre pela UERJ e Promotor de Justiça do Consumidor do Rio de Janeiro. Trabalho jurídico apresentado nos autos da ação nº 98.001.047233-1. 5ª Vara de Falência e Concordatas da Comarca da Capital do RJ. 10/08/99.

²³ José Geraldo Brito Filomeno et. al. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997 p. 21.

²⁴ Congresso do Consumidor, *op cit.* painel I Mercosul, Privatização. Concorrência e Serviços Públicos. item 8, aprovado por unanimidade.

A Constituição Federal assegura no art. 5, XXXII que o “Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, assegurando ainda no art. 60, § 4º, IV, os direitos e garantia individuais como cláusula pétrea.

Conforme demonstrado, o Código do Consumidor erigiu do comando Constitucional, estabelecendo expressamente no art. 1º do CDC a despeito da norma Constitucional.

Nesse sentido, é correta a premissa de que qualquer norma infra constitucional que ofender aos direitos consagrados pelo Código do Consumidor estará ferindo a Constituição e, *mutatis mutandis* deverá ser declarada como inconstitucional.

Nesta direção estabelece o doutrinador Arruda Alvim:

*Garantia constitucional desta magnitude, possui, no mínimo, como efeito imediato e emergente, irradiado da sua condição de princípio geral da atividade econômica do país, conforme erigido em nossa Carta Magna, o condão de inquirir de inconstitucionalidade qualquer norma que possa consistir em óbice à defesa desta figura fundamental das relações de consumo, que é o consumidor.*²⁵

Sem embargo destas considerações, se faz necessário comentar o princípio da proibição do retrocesso em face das garantias fundamentais.

Com efeito, o direito do consumidor possui o *status* de direito constitucional e, como tal, não pode o legislador ordinário fazer regredir o “grau de garantia fundamental” conforme leciona Marcos Gouvêa.²⁶

A lei da concessão do serviço público (Lei nº 8.987/95), ao afirmar que não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção “por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”(art. 6º, §3º, II), na realidade está praticando o autêntico retrocesso ao direito do consumidor, haja vista que o art.

²⁵ **Código do consumidor comentado.** Arruda Alvim... et al. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995. p.15.

²⁶ Nesse sentido, o Parecer de Marcos Maselli Gouvêa é incisivo ao comentar o princípio da proibição de retrocesso, afirmando: “Em segundo lugar, há que se observar, na seara das garantias fundamentais, o princípio da proibição do retrocesso. Com efeito, se o legislador ordinário, ao elaborar a Lei nº 7.347/85 e a Lei nº 8.078/90, estabeleceu a legitimidade mesmo para os que não são associados, não pode o legislador teratológico das medidas provisórias fazer regredir o grau da garantia.” *op. cit.*

22 do CDC afirma que os fornecedores de serviço essencial são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes e “contínuos”.

Arrimado a este fato acrescenta-se que o direito do consumidor possui garantia fundamental na Constituição, e que a interrupção do fornecimento, além de causar uma lesão, afeta diretamente a sua dignidade, sem embargo da dificuldade de acesso à Justiça que o dispositivo apresenta, consolidando assim na autotutela do direito do fornecedor.

Admitir a possibilidade do corte de energia elétrica implica em flagrante retrocesso ao direito do consumidor, consagrado a nível constitucional. Por isso o princípio de retrocesso veda que lei posterior possa desconstituir qualquer garantia constitucional. Ainda que *lex posteriori* estabeleça nesse sentido, a norma deverá ser considerada inconstitucional.

Por tais razões, é manifesta a inconstitucionalidade do dispositivo legal previsto no art. 6º, § 3º, II da Lei 8.987/95, que autoriza a interrupção de serviço essencial, em razão do princípio da proibição de retrocesso.

8. A PRÁTICA ABUSIVA DO CORTE DE SERVIÇO ESSENCIAL

No ano de 1999, o Juízo da 8ª Vara de Falências da Capital do Rio de Janeiro concedeu liminar em uma ação coletiva, proposta pelo núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública, determinando a proibição de cortar a luz dos consumidores por falta de pagamento, ou mesmo pela constatação de outras irregularidades.²⁷

A ação coletiva foi interposta contra a Light e Cerj, sendo acolhido o argumento da Defensoria Pública no sentido de que o desligamento de energia, com base na Portaria 456/97 do DNAEE (agora pela Agência Nacional de Energia Elétrica), fere a Constituição, permitindo a imposição unilateral de dívidas sem observância do devido processo legal, além de submeter o consumidor a constrangimento e ameaça na cobrança de dívidas, o que é vedado pelo Código de Defesa do Consumidor, exigindo mecanismos legais para a cobrança de créditos.

²⁷ “Light e Cerj não podem cortar fornecimento de luz”. *Jornal do Commercio*. Caderno B, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: 15/12/99. p. 8.

Em Juiz de Fora/MG, o Ministério Público Estadual, através da Promotoria de Justiça do Consumidor, ingressou com Ação Civil Pública em face da CEMIG por idêntico fundamento legal, argumentando a ilegalidade do corte de energia elétrica, que constitui prática abusiva, em flagrante desrespeito ao Código de Defesa do Consumidor.

O reconhecimento da ilegalidade do corte em relação ao serviço essencial é patente, a exemplo da sentença da Juíza Aparecida Oliveira, de Anápolis, Goiás, que expressamente considerou o corte do fornecimento de serviço essencial ilegal, como no caso da água, afirmando que “a água é de necessidade da população, de consumo imprescindível e não pode ser cortada sob nenhum propósito”.²⁸

A respeito, claríssima a lição de Mário Aguiar Moura:

“A continuidade dos serviços essenciais significa que devem ser eles prestados de modo permanente, sem interrupção, salvo ocorrência de caso fortuito ou força maior que determine sua paralisação passageira. A hipótese é a de o particular já estar recebendo o serviço. Não pode a pessoa jurídica criar descontinuidade. Serviços essenciais são todos os que se tornam indispensáveis para a conservação, preservação da vida, saúde, higiene, educação e trabalho das pessoas. Na época moderna, exemplificativamente, se tornaram essenciais, nas condições de já estarem sendo prestados, o transporte, água, esgoto, fornecimento de eletricidade com estabilidade, linha telefônica, limpeza urbana, etc.”²⁹

Leciona Mário de Aguiar, que “Uma inovação trazida pela atual Constituição é a extensão do mesmo critério às concessionárias ou permissionárias do serviço público. Assim, no caso dos serviços concedidos de transporte, fornecimento de água, eletricidade etc. as empresas respondem perante terceiro segundo os critérios da

²⁸ Publicada na **Gazeta Mercantil**, de 9.3.92.

²⁹ Mário Aguiar Moura. “O Poder Público como fornecedor perante o Código de Defesa do Consumidor”, **Repertório de jurisprudência IOB**, 2ª quinzena de abril/92, p.17.

responsabilidade sem culpa nas mesmas condições do que ocorre com a pessoa jurídica pública."³⁰

O ilustre jurista Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, comentando o art. 22, ressalta o seguinte:

"A segunda inovação importante é a determinação de que os serviços essenciais - e só eles - devem ser contínuos, isto é, não podem ser interrompidos. Cria-se para o consumidor um direito à continuidade do serviço.

*Tratando-se de serviço essencial e não estando ele sendo prestado, o consumidor pode postular em juízo que se condene a Administração a fornecê-lo".*³¹

Na esteira do entendimento pretoriano, a jurisprudência vinha firmando o entendimento de que o corte de fornecimento de energia elétrica é ilegal, conforme julgado da Colenda Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. O r. aresto faz menção ao eminente Desembargador Protásio Leal, afirmando que deve a concessionária aguardar o pronunciamento da Justiça, não podendo exigir de imediato o pagamento do alegado débito sob ameaça de corte de fornecimento de energia elétrica, *"sendo o serviço prestado bem indispensável, não pode ser ele suspenso brusca-mente sem motivo justificado"*.³²

³⁰ Afiança ainda Mário de Aguiar que *"Dentro da obrigatoriedade de serem tais serviços contínuos e permanentes, vem à baila a regra administrativa de corte de fornecimento, v.g., de água, eletricidade, linha telefônica, no caso de o usuário deixar de pagar as taxas impostas pelo Poder Público. Sou de parecer que tal ação da Administração viola o princípio da continuidade, ofendendo norma cogente de proteção ao consumidor. Será ato contrário à lei e que enseje o remédio da restauração do serviço. Os meios que tem o Poder Público são o de promover a cobrança das taxas impagas na forma da lei. No geral, no caso de descumprimento dos deveres previstos no art. 22, ou seja, se os serviços se mostram inadequados por vícios de qualidade, quantidade, diferentemente das opções que se abrem ao consumidor para a hipótese de ser fornecedor um particular ou uma pessoa jurídica de direito privado, contra o Poder Público deve ser ele compelido a normalizar, restaurar ou conservar os serviços, respondendo, ainda, pelos danos provenientes dos vícios verificados. Essa é a única via, eis que de maior interesse para o particular é a prestação do serviço"*. Mário de Aguiar, *id ibid*

³¹ Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin et. *op.cit.*, p.110

³² Decisão proferida na Apelação Cível em mandado de segurança (acórdão nº. 3.610-Comarca de Joinville, Rel. Des. Nestor Silveira, 4ª Cam Civil, 29/10/92). A decisão foi motivada em razão da Ação de mandado de segurança impetrado contra a empresa concessionária de serviço de energia elétrica, Centrais Elétricas de Santa Catarina-CELESC, fundamentando o E. Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a empresa concessionária "utilizou de meio coercitivo para o usuário pagar o débito vencido, sendo serviço fundamental que não pode ser interrompido. Violação manifesta a direito líquido e certo. Pedido procedente", afirmando ainda que o ato praticado pela concessionária retirou do consumidor "o direito de exercitar sua defesa contra eventual cobrança abusiva, do que resulta violado direito líquido e certo (art.5, LV, da CRFB)".

Em idêntica direção, decidiu a Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça Catarinense, em reexame de sentença de Ação de Mandado de Segurança, pela confirmação da sentença a quo, fundamentando que se *“houver débito a cobrança deverá ser feita pela via própria. O que não pode é o usuário ser coagido a pagar o que julga razoavelmente não dever sob o teor de ver interrompido o fornecimento de energia elétrica bem indispensável na vida humana”*.³³

Apreciando caso semelhante, assim decidiu a Colendo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

“Ementa: Mandado de segurança. Ato praticado por concessionária de serviço público. Ameaça de corte no fornecimento de energia elétrica, por falta de pagamento de fatura. Segurança concedida. Decisão confirmada. Tratando-se de serviço essencial o fornecimento de energia elétrica, para possibilitar a continuidade da empresa-impetrante, o ato da concessionária, que ameaça cortar tal fornecimento por falta de pagamento da fatura é ilegal e abusivo, podendo ser afastado via mandado de segurança”.³⁴

O STJ já se pronunciou a respeito da impossibilidade da interrupção de serviço essencial, **in verbis**:

“Seu fornecimento é serviço público indispensável, subordinado ao princípio da continuidade, sendo impossível a sua interrupção e muito menos por atraso no seu pagamento”.³⁵

Desta forma o aresto do E. STJ decidiu, por unanimidade, que o fornecimento de água não pode ser interrompido por inadimplência, fundamentando:

³³ Acórdão da 3ª Cam. Cível TJ/SC. Rel. Des. Wilson Guarany. **Jurisprudência Catarinense**. 46/71.

³⁴ Trabalho apresentado no Curso de Direito do Consumidor, na Universidade Gama Filho. “Corte no fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento”. Jur. 168. UGF. Rio de Janeiro: 3/12/99., p. 4.

³⁵ *Apud* decisão unânime da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, que rejeitou o recurso especial da Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN. Proc. RESP.201112

“O fornecimento de água, por se tratar de serviço público fundamental, essencial e vital ao ser humano, não pode ser suspenso pelo atraso no pagamento das respectivas tarifas, já que o Poder Público dispõe dos meios cabíveis para a cobrança dos débitos dos usuários”.

Para o Ministro Garcia Vieira, relator do processo, *“a Companhia Catarinense de Água cometeu um ato reprovável, desumano e ilegal. É ela obrigada a fornecer água à população de maneira adequada, eficiente, segura e contínua e, em caso de atraso por parte do usuário, não poderia cortar o seu fornecimento, expondo o consumidor ao ridículo e ao constrangimento”*, casos previstos no Código de Defesa do Consumidor.

O Ministro Garcia Vieira afirma ainda, em seu **decisum**, que para receber seus créditos, a CASAN deve usar os meios legais próprios, *“não podendo fazer justiça privada porque não estamos mais vivendo nessa época e sim no império da lei, e os litígios são compostos pelo Poder Judiciário, e o não pelo particular. A água é bem essencial e indispensável à saúde e higiene da população”*.

No mesmo sentido, o fornecimento de energia elétrica é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la, sem prejuízo da condenação do fornecedor pelo dano moral e patrimonial sofrido pelo consumidor.³⁶

Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de produtos e serviços (relação de consumo), na forma que prescreve o art. 6º, X do CDC (adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral), sem prejuízo da reparação dos danos provocados(a teor do art. 6º, VI do CDC *“a efetiva prevenção e*

³⁶ A respeito, o doutrinador Benjamin leciona ao comentar o parágrafo único do art. 22 do CDC que: “o consumidor é legitimado para, em juízo, exigir que sejam as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las. Mas não é o bastante para satisfazer o consumidor, uma vez que a Administração é coagida a cumprir os seus deveres apenas a partir de decisão, ou seja, para o futuro, por isso mesmo, impõe o ressarcimento dos prejuízos sofridos pelos consumidores” Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin *et. al.* **Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor**, São Paulo: Saraiva, 1991. p.111.

reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”).

Todavia, não obstante as razões expostas pelo Tribunal Superior, verifica-se hoje a mudança de posicionamento pelo próprio STJ, entendendo que é possível o corte do fornecimento de serviço essencial, desde que notificado previamente o consumidor inadimplente, em atenção ao princípio segurança jurídica e da continuidade do serviço público, que não é absoluto e sim relativo.³⁷

Consoante este novel entendimento do STJ, as Concessionárias podem interromper o fornecimento de energia elétrica se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da conta. A reafirmação da tese foi feita pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao dar provimento a recurso especial da AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A, contra Clair Rosa da Silva, do Rio Grande do Sul. Absurdo!

O relator do processo, Ministro José Delgado, acompanhou, em homenagem ao princípio da segurança jurídica, o entendimento da Primeira Seção, que já havia definido a questão, ao julgar o Recurso Especial 363.943, de Minas Gerais.³⁸ Mas ressaltou o seu ponto de vista. “A questão é de enorme peculiaridade, tendo gerado debates calorosos quando do julgamento acima citado, necessitando, a meu ver, de maiores reflexões sobre a matéria”, asseverou.

O Ministro voltou a chamar a atenção para os artigos 22 e 42 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor: Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais contínuos, diz o primeiro: “Já o artigo 42 do mesmo diploma legal não permite, na cobrança de débitos, que o devedor seja exposto ao ridículo, nem que seja submetido a qualquer tipo de constran-

³⁷ Recurso Especial nº. 715.074 - RS (2005/0001684-1)

38 (REsp nº 363943/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 01/03/2004). No mesmo sentido: EREsp nº 337965/MG, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 08/11/2004; REsp nº 123444/SP, 2ª T., Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 14/02/2005; REsp nº 600937/RS, 1ª T., Rel. p/ Acórdão, Min. Francisco Falcão, DJ de 08/11/2004; REsp nº 623322/PR, 1ª T., Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30/09/2004.

gimento ou ameaça”, lembrou. E acrescentou. “Tais dispositivos aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público”.

Para o relator, se a lei não pode excluir da apreciação do judiciário a simples ameaça a direito, não se pode admitir que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de ‘fazer justiça com as próprias mãos’. “Não há de se prestigiar atuação da justiça privada no Brasil, especialmente quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor”, afirmou. “Afrontaria, se fosse admitido, os princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa”.

Conclui o Ministro José Delgado seu voto, afirmando este nosso posicionamento expressado neste singelo trabalho, consignando, ***in verbis***:

*“Entre outros trabalhos doutrinários sobre o assunto, invoco o da autoria de Plínio Lacerda Martins, que anexo ao presente voto, e cujas razões adoto para decidir”.*³⁹

Recentemente, também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou pela interrupção do fornecimento de energia em caso de inadimplemento ao editar o enunciado nº 29, que prescreve:

*“É lícita a interrupção do serviço pela concessionária, em caso de inadimplemento do usuário, após prévio aviso, na forma dos respectivos regulamentos administrativos”.*⁴⁰

³⁹ Assevera o Min. Jose Delgado em seu voto: “No entanto, embora tenha o posicionamento acima assinalado, rendo-me, ressaltando meu ponto de vista, à posição assumida pela ampla maioria da 1ª Seção deste Sodalício, pelo seu caráter uniformizador no trato das questões jurídicas no país, que vem decidindo que «é lícito à concessionária interromper o fornecimento de energia elétrica, se, após aviso prévio, o consumidor de energia elétrica permanecer inadimplente no pagamento da respectiva conta(L. 8.987/95, Art. 6º,§3ºII)». Com a ressalva de meu ponto de vista, homenageio, em nome da segurança jurídica, o novo posicionamento do STJ.

⁴⁰ Enunciados aprovados por ocasião do Encontro de Desembargadores de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro , realizado nos dias 13, 14 e 15 de maio de 2005(AVISO N.º 17) Justificativa do Enunciado: Havendo inadimplemento do usuário, o diploma legal aplicável é a Lei nº 8.997/95 e os regulamentos dela advindos, em consonância com o disposto no art. 7º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor, sendo possível a interrupção dos serviços, após prévio aviso do usuário (art. 6º, § 3º, inciso II, daquela lei) e de acordo com as normas administrativas que regulamentam este procedimento.

Sustentamos, data vênia dos posicionamentos em contrário, que não é possível a interrupção do serviço público essencial nos casos de inadimplência, cabendo ao fornecedor de serviço, com resguardo do Princípio da Isonomia, ingressar em Juízo para cobrar quanto lhe é devido, podendo inclusive requerer ao Juiz que determine interrupção do serviço de fornecimento de energia, demonstrando assim a necessidade, porque o Juiz que representa o Estado e diz o direito (jurisdição), pode determinar a providência excepcional em procedimento cautelar, se assim lhe parecer.

Em relação à falta de pagamento por parte de pessoas que possuem baixa renda, o princípio da solidariedade social deve ser invocado, consistindo na eventual transferência do ônus financeiro ao Poder Público.

Leciona Marcello Caetano que “O direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessionário”. Afirmo o doutrinador que pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente. “O serviço público destina-se justamente a realizar aquilo que a iniciativa privada não faria só por si à míngua do estímulo do lucro: conveniências políticas e sociais impõem que se beneficiem regiões e comunidades atrasadas, independentemente da rentabilidade da exploração do serviço. Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política. Nasce assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias de rendimento. Umhas vezes trata-se de prestações certas e regulares a pagar ao concessionário durante certo número de anos (uma subvenção fixa anual, por exemplo). Outras vezes trata-se de prestações eventuais que o concedente só pagará se os rendimentos da exploração do ano não permitirem a remuneração do capital investido (garantia de dividendo) ou só do capital obtido por empréstimo (garantia de juros). Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário, destinando-se a compensar certos prejuízos que

se hajam verificado por motivos imprevistos ou certas despesas anormais.”⁴¹

Com efeito não há justificativas para a prática abusiva do corte de energia elétrica por falta de pagamento por parte do fornecedor de energia na cobrança de dívidas, expondo o consumidor a constrangimento, sendo certo que existem mecanismos legais de cobrança, não sendo possível referendar a autotutela.

Há que se referir que aos Juízes é permitido o controle das cláusulas e práticas abusivas. Destarte, faz-se necessária a providência jurisdicional em prol dos consumidores, para que o direito consagrado no Código do Consumidor não seja violado, com o corte da energia elétrica que é considerado serviço essencial, coibindo o abuso na cobrança, que deve ser efetuada pelos meios legais em direito admitidos.

Estabelece o art. 5º, XXXV, da CF que “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Se a lei não pode excluir da apreciação do Judiciário a simples ameaça a direito, como se admitir que o fornecedor de energia elétrica se arrogue o poder de fazer “Justiça com as próprias mãos?”

Por outro lado, o fornecimento de energia é serviço essencial. A sua interrupção acarreta o direito de o consumidor postular em juízo, buscando que se condene a Administração a fornecê-la, na forma do art. 22 do CDC, sem prejuízo de postular perdas e danos (art. 22, parágrafo único *in fine* do CDC).⁴² Importa assinalar que tal medida judicial tem em mira a defesa de um direito básico do consumidor, a ser observado quando do fornecimento de serviços (relação de consumo), a teor do art. 6º, VI e X, do Código de Defesa do Consumidor, ferindo, a toda evidência, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por evidente interesse financeiro da concessionária.

⁴¹ Marcello Caetano. **Direito Administrativo**, v. II, Almedina, Coimbra, 10ª ed., p. 1126/1127

⁴² Prescreve o art 22 do CDC: Art. 22 - *Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.*

Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código. Destacamos.

9. CONCLUSÃO

Perfilhando o entendimento expressado, adotando a ressalva do ponto de vista apregoado pelo Ministro José Delgado do STJ, que cita este singelo trabalho como razões do seu convencimento, chega-se à conclusão de que constitui prática abusiva o corte de energia elétrica por falta de pagamento, sendo vedado o corte de energia por parte do fornecedor, em razão de o serviço ser considerado essencial, não prevalecendo a norma que autoriza a interrupção de serviço essencial (art. 6, § 3º, II da Lei 8.987/95), pois a mesma conflita com o código do consumidor, prevalecendo a norma consumerista em razão do princípio da proibição de retrocesso ao invés do princípio *lex posteriori revoga legis a priori*.

No escólio de Marçal Justen Filho, a hipótese do art. 6, § 3º, II da Lei 8.987/95 não autoriza a suspensão de serviços obrigatórios. Em suma, quando a Constituição Federal assegurou a dignidade da pessoa humana e reconheceu o direito de todos à seguridade, introduziu obstáculo invencível à suspensão de serviços públicos essenciais.⁴³

Em razão de o serviço de energia elétrica ser essencial e, considerando a falta de pagamento pelo serviço prestado, resta para a concessionária a cobrança pela via judicial ou, na impossibilidade, por tratar-se de cidadão de baixa renda, aplicação do princípio da solidariedade social, que consiste na eventual transferência do ônus financeiro ao Poder Público.

No magistério de Marcello Caetano, “O direito dado ao concessionário de cobrar taxas, segundo as tarifas que forem fixadas, não é o único elemento financeiro nas relações entre concedente e concessionário. Pode, na verdade, a insuficiência dos preços ser suprida pela assistência do concedente. Nesses casos, como em geral naqueles em que o concedente pretenda praticar preços políticos, este deve tomar o encargo de pagar tal benefício social ou conveniência política. Nasce assim a assistência financeira do concedente ao concessionário, traduzida por subvenções, subsídios, garantias

⁴³ Marçal Justen Filho. **Concessões de Serviços Públicos**, Dialética, São Paulo: 1997, p. 130

de rendimento. Noutros casos, ainda, o subsídio é eventual e extraordinário destinando-se a compensar certos prejuízos que se hajam verificado por motivos imprevistos ou certas despesas anormais.”⁴⁴

Talvez a sugestão trazida pelo Professor Marcos Juruena seja a melhor para evitar o constrangimento do consumidor pela cobrança dos débitos e a interrupção do fornecimento de energia elétrica por falta de pagamento. Dispõe o doutrinador Marcos Juruena:

*“Uma sugestão, para conciliar entendimentos, é no sentido de que o Concedente ressarça o concessionário, após um período fixado no contrato, para que não haja quebra do equilíbrio contratual, sub-rogando-se nos direitos deste em face do usuário, dele cobrando em juízo; assim, atende-se o interesse público e a dignidade do consumidor, sem afastar investidores.”*⁴⁵

Acresça-se que a Lei 8.987/95, no art. 13, prevê a possibilidade de diferenciação de tarifas, em função das características técnicas, dos custos específicos e dos distintos segmentos de usuários. Dispõe o art. 13:

“Art. 13. As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

O artigo delineado permite, dessa forma, a fixação de tarifa social ou subvencionada, em virtude da ausência de recursos do usuário. A possibilidade vem a corroborar o entendimento defendido.

Outrossim, o art. 11, também da Lei de Concessões, possibilita que o Poder Concedente preveja, em favor da concessionária, outras fontes de receitas, o que estaria a viabilizar a transferência dos encargos mencionados. Estabelece o art. 11:

⁴⁴ **Direito Administrativo**, v. II, Almedina, Coimbra, 10ª ed., p. 1126/1127

⁴⁵ Marcos Juruena Villela Souto. **Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulação**, 4ª ed., Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2001, p. 425.

“Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Nesse sentido, a Lei 10.604/2002 dispõe sobre recursos para subvenção a consumidores de energia elétrica da Subclasse Baixa Renda, autorizando a concessão de subsídio para a redução de tarifa (art. 4), inclusive a concessão de subvenção econômica com a finalidade de contribuir para a modicidade da tarifa de fornecimento de energia elétrica aos consumidores finais integrantes da Subclasse Residencial Baixa Renda a que se refere a Lei nº 10.438 (art. 5), evitando assim a interrupção do serviço público de energia elétrica por falta de pagamento, inclusive para os consumidores de baixa renda, assegurando o princípio continuidade do serviço público e a inoponibilidade da ***exceptio non adimpleti contractus*** pela concessionária ao usuário, pelo fato de o serviço ser essencial à população.☐

Aplicação dos Princípios da Proporcionalidade e da Razoabilidade no Direito Civil

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro, mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional da PUC-RJ, Professor da EMERJ e do curso Praetorium.

1) INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar os efeitos da constitucionalização do direito privado, notadamente a aplicação direta dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade nas relações privadas.

O fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico¹, após o reconhecimento da força normativa da Constituição, gera a necessidade de interpretação da legislação em conformidade com os princípios e regras constitucionais através da denominada “filtragem constitucional”.²

¹ RICARDO GUASTINI afirma que o ordenamento jurídico constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição extremamente invasora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, os atores políticos e as relações sociais. GUASTINI, RICARDO. “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, in **Neoconstitucionalismo(s)**, edição de Miguel Carbonell, 2ª. ed., editorial Trotta, 2005, p. 49.

² A expressão “filtragem constitucional”, segundo PAULO RICARDO SCHIER, revela “a idéia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”. SCHIER, PAULO RICARDO. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104, nota 5.

É justamente no direito privado que o sobredito fenômeno é percebido com maior intensidade pelo fato de a constitucionalização do direito civil ser responsável pela relativização de a célebre dicotomia entre direito público e direito privado, representados, respectivamente, pela Constituição e pelo Código Civil.³ Erigida a Constituição ao vértice do ordenamento jurídico, esta passa a exercer o papel unificador do sistema jurídico e o Código Civil perde a sua posição de centralidade nas relações privadas.⁴

Saliente-se, ainda, que o reconhecimento da normatividade dos princípios constitucionais, renegada por muito tempo pelo positivismo, aproximou o Direito da idéia de justiça, abrindo caminho para o denominado pós-positivismo.⁵ Nesse contexto, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o vértice axiológico do ordenamento jurídico⁶, potencializando a importância dos valores existenciais no direito civil em oposição aos valores exclusivamente patrimoniais.⁷

Pode-se afirmar, em síntese, que a constitucionalização do direito privado, mais que a previsão expressa de alguns institutos civilísticos no texto da Constituição (v.g., família e propriedade), acarreta a releitura deste ramo do direito com base nos princípios constitucionais e, em especial, o princípio constitucional da dignidade

³ Em que pese a distinção ser antiga, a dicotomia científica entre o direito público e o direito privado remonta aos movimentos oitocentistas de codificação e do constituicionalismo. Neste sentido: LUDWIG, MARCOS DE CAMPOS. "Direito público e direito privado: a superação da dicotomia", in **A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado**, Judith Martins-Costa (org.), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

⁴ "O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância pública, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional". PERLINGIERI, PIETRO. **Perfis de Direito Civil**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 6.

⁵ Para uma análise da evolução dos princípios e da utilização da nomenclatura "pós-positivismo", merece destaque o capítulo 8 do livro do professor PAULO BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, 13ª. Edição, Malheiros, 2003.

⁶ Nas palavras de DANIEL SARMENTO, "o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado". SARMENTO, DANIEL. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**, 1ª. edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 59-60.

⁷ Neste sentido: NEGREIROS, TERESA. "A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios", in **Teoria dos direitos fundamentais**, Ricardo Lobo Torres (org.), 2ª. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 346.

da pessoa humana.⁸ A grande dicotomia do ordenamento jurídico entre o direito público e o privado encontra-se hoje, portanto, relativizada.⁹

Aliás, o professor Sérvulo Corrêa constata atualmente a “privatização do Direito Público e a publicização do Direito Privado”.¹⁰ Realmente, esse fenômeno parece estar em pleno desenvolvimento no Brasil, podendo ser citados como exemplos de “privatização” do direito público a existência de entidades integrantes da Administração Pública Indireta revestidas de formas jurídicas privadas (sociedades de economia mista e empresas públicas); a delegação de serviços públicos à entidades privadas; a criação das denominadas Organizações Sociais e Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, dentre outras. Ao revés, a “publicização” do direito privado é indicada, por exemplo, pelo dirigismo contratual imposto para determinadas relações jurídicas (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações etc.) e pela própria “socialidade”¹¹ norteadora do Novo Código Civil (fala-se em função social do contrato e da propriedade; natureza social da posse etc.).

Outro dado demonstrativo da importância dos princípios constitucionais no direito civil é o fato de parte da doutrina moderna admitir a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas.¹²

⁸ “Os três pilares de base do Direito Privado – propriedade, família e contrato – recebem uma nova releitura, que altera suas configurações, redirecionando-os de uma perspectiva fulcrada no patrimônio e na abstração para outra racionalidade que se baseia no valor da dignidade da pessoa.” FACHIN, LUIZ EDSON; e RUZYK, CARLOS EDUARDO PIANOVSKI. “Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, in **Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado**, INGO WOLFGANG SARLET (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 99.

⁹ Na lição de TERESA NEGREIROS: “Fica claro, portanto, que num sistema de proeminência da dignidade da pessoa humana, perde eficácia legitimante a oposição entre o público e o privado, já que, contrariamente ao que preside a uma relação dicotômica, o uso axiológico destas duas esferas não mais admite a sua conceituação como esferas reciprocamente exclusivas e impermeáveis”. NEGREIROS, TERESA. “A dicotomia”, cit., p. 370.

¹⁰ CORRÊA, SÉRVULO. “Fundações e Associações de direito privado”, in **Os Caminhos da Privatização da Administração Pública**, ed. Coimbra, Coimbra, 2001, p. 302.

¹¹ MIGUEL REALE indica três princípios norteadores do novo Código Civil: eticidade, operabilidade e socialidade (vide prefácio ao Novo Código Civil Brasileiro, 2ª. Ed., RT, 2002).

¹² Esta é a posição de DANIEL SARMENTO que afirma existir “sempre uma vinculação direta dos particulares aos direitos fundamentais, independentemente da existência, ou não, de uma manifesta desigualdade de forças entre as partes nas relações jurídicas”. SARMENTO, DANIEL. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 289.

A larga utilização de cláusulas gerais (ou abertas) pelo novo Código Civil facilita, sem dúvida alguma, a aplicação dos princípios constitucionais nas relações privadas, mormente no momento da aplicação do direito ao caso concreto. Mas é importante frisar que o ingresso dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais nas relações tradicionalmente privadas não vai ocorrer apenas nas denominadas cláusulas gerais e sim em todas as normas do direito privado.¹³

Em conseqüência à constitucionalização do direito civil, à aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações privadas e ao texto aberto do novo Código Civil, ganha relevo a análise da aplicação dos princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade nas relações predominantemente privadas.

2) PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE: ORIGEM, EVOLUÇÃO E COMPREENSÃO

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade estão na moda, sendo utilizados de forma crescente pela jurisprudência e doutrina pátrias. Por esta razão, é importante analisar a origem, evolução e a atual compreensão destes importantes princípios para constatar a possibilidade e o alcance da sua aplicação no campo das relações privadas.

O princípio da razoabilidade nasce e desenvolve-se no sistema da *common law*. De lado a sua origem remota na cláusula *law of the land* da Magna Carta de 1215¹⁴, o princípio desenvolveu-se no direito norte-americano através da evolução jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, consagrada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição dos Estados Unidos.

Inicialmente, o devido processo legal possuía caráter estritamente processual, consubstanciando o direito ao contraditório, à

¹³ Neste sentido: SARMENTO, DANIEL. **Direitos Fundamentais**, cit., p. 297.

¹⁴ CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO afirma que o devido processo legal, surgido com a Magna Carta no limiar do século XIII, estava “fadado a tornar-se a suprema garantia das liberdades fundamentais do indivíduo e da coletividade em face do Poder Público”. SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO. **O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil**, 2ª. edição, Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 7.

ampla defesa, dentre outras garantias processuais. Do processo penal, o devido processo legal processual (***procedural due process of law***) expandiu seus domínios ao processo civil e ao processo administrativo.

A interpretação jurisprudencial evolutiva do devido processo legal substantivo (***substantive due process of law***) passa por três fases distintas no direito norte-americano.¹⁵ Em primeiro lugar, o prestígio da dimensão substantiva da cláusula do devido processo legal ocorre no final do século XIX com a denominada ***Lochner Era***. A Suprema Corte americana, impregnada pelos ventos liberais da ausência de intervenção do Poder Público nas questões econômicas e sociais, ao julgar o caso *Lochner v. New York*, considerou inconstitucional uma lei do Estado de Nova Iorque que fixara jornada máxima de trabalho dos padeiros, em razão da violação da liberdade de contratação das partes.

Após inúmeras decisões da Suprema Corte prestigiando a orientação pelo ***laissez faire, laissez passer***, o caráter substantivo do devido processo legal é desprestigiado na década de 30. Com a grande depressão causada pela quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, o Presidente Roosevelt adota uma série de medidas de intervenção no domínio econômico e social (***New Deal***) que, no início, foram invalidadas pela Suprema Corte. Nada obstante, Roosevelt envia ao Congresso o ***court-packing plan***, denominação dada à lei que alterava a composição da Suprema Corte. Apesar de não ter sido aprovada, a referida lei pressionou a Corte que alterou o seu entendimento anterior e deixou de efetuar o controle substantivo das leis de cunho econômico e social.

Posteriormente, na década de 50, o devido processo legal substantivo renasce com vigor após a distinção pela Suprema Corte entre liberdades econômicas e não econômicas (liberdades pessoais) no caso *United States v. Carolene Products*. Enquanto na análise de casos envolvendo a liberdade econômica, os tribunais deveriam

¹⁵ Neste sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**, 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p. 211-215. Ver também: SARMENTO, DANIEL, **A ponderação**, cit., p. 83-86.

evitar a interferência, no julgamento das questões envolvendo as liberdades pessoais, o ativismo judicial era indispensável.¹⁶

Desde então, o princípio da razoabilidade vem sendo utilizado como forma de valoração, pelo Judiciário, da razoabilidade das leis e dos atos administrativos, consubstanciando um dos mais importantes instrumentos de defesa dos direitos fundamentais.

De outro lado, o princípio da proporcionalidade tem origem remota nas teorias jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII a partir do momento em que se reconheceu a existência de direitos imanescentes ao homem oponíveis ao Estado.¹⁷ Aplicado inicialmente no âmbito do Direito Administrativo, notadamente no “direito de polícia”, o princípio da proporcionalidade caminhou, através da jurisprudência, para o Direito Constitucional onde, até os dias atuais, constitui importante instrumento de contenção de eventuais excessos do Poder Público.

Em verdade, o princípio da proporcionalidade¹⁸ desenvolve-se originariamente no Direito Administrativo durante o século XIX como forma de evitar eventuais arbítrios do Poder Público, sobretudo no exercício do denominado poder de polícia.¹⁹

Posteriormente, na Alemanha, o referido princípio recebe dignidade constitucional após a Segunda Guerra Mundial, na Lei Fundamental de Bonn de 1949. Ainda que não explicitado no texto constitucional alemão, a doutrina e a jurisprudência daquele país entendem que o princípio da proporcionalidade seria um princípio implícito decorrente do próprio Estado de Direito.²⁰

¹⁶ Dentre as decisões polêmicas da Suprema Corte, neste período, destacam-se as proferidas nos casos *Griswold v. Connecticut*, quando foi invalidada lei estadual que incriminava o uso de pílulas anticoncepcionais, e *Roe v. Wade*, em que, resumidamente, se declarou inconstitucional uma lei texana que proibia o aborto. Para uma análise jusfilosófica dessa segunda decisão, ver RONALD DWORKIN. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**, São Paulo: Martins Fontes, 2003.

¹⁷ Neste sentido: TOLEDO, Suzana de Barros. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 33.

¹⁸ Sobre as ambigüidades terminológicas do princípio, ver: BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 402/407.

¹⁹ CANOTILHO, J.J. GOMES, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª. Edição, Coimbra: Almedina, p. 266/267.

²⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação**, cit., p. 80.

O princípio da proporcionalidade divide-se em três subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação ou idoneidade exige que a medida adotada pelo Poder Público seja apta para atingir a finalidade pretendida. Deve o Judiciário, na análise desse subprincípio, identificar se o ato emanado do Legislativo ou do Executivo é idôneo para alcançar os objetivos que inspiraram a edição da norma jurídica ou do ato estatal.

A necessidade ou exigibilidade, por sua vez, preconiza que o Poder Público adote sempre o meio menos gravoso possível para o alcance de determinados objetivos. Vale dizer: dentre as inúmeras medidas possíveis para alcançar determinado objetivo, deve-se optar pela que for menos gravosa para os direitos fundamentais.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito encerra uma típica ponderação, no caso concreto, entre o ônus imposto pela norma e o benefício por ela produzido.

Em que pese a ausência de norma constitucional específica²¹, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade encontram-se em ascensão no direito brasileiro, o que pode ser verificado pela ampla produção doutrinária produzida a respeito, como pela intensa aplicação jurisprudencial, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nada obstante, não há consenso quanto à própria possibilidade de se designar a razoabilidade e a proporcionalidade como verdadeiros princípios jurídicos, bem como em relação à eventual equivalência entre ambos os conceitos.

Quanto à primeira questão, deve-se registrar, de plano, que a referência à proporcionalidade e à razoabilidade como princípios encontra-se consagrada pela jurisprudência brasileira. Isso não impede, no entanto, que se discuta a correção técnica dessa prática. Nesse sentido, alguns doutrinadores contestam a utilização da ex-

²¹ O princípio da razoabilidade chegou a constar expressamente do texto constitucional durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte da atual Constituição. O art. 44 do projeto aprovado pela Comissão de Sistematização previa a razoabilidade como um dos princípios da Administração Pública. Ver: SIQUEIRA CASTRO, CARLOS ROBERTO. **O devido processo legal**, cit. p. 379/380. Não obstante a ausência de referência expressa na Constituição vigente, pode-se inferir a sua matriz normativa no próprio Estado democrático de Direito (visão germânica) ou na cláusula do devido processo legal (visão norte-americana). Neste sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 228.

pressão *princípio*. Humberto Ávila, por exemplo, afirma que a proporcionalidade e a razoabilidade não seriam propriamente princípios jurídicos, assim entendidos como um dever de promover um estado de coisas, mas sim postulados normativos aplicativos, pois funcionariam como uma “estrutura para aplicação de outras normas”.²²

Em relação ao segundo ponto, parte da doutrina considera os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como fungíveis²³, o que parece ser a orientação do Supremo Tribunal que, em diversos julgamentos, utilizou-se de ambos os princípios de forma equivalente.²⁴

Humberto Ávila, entretanto, afirma que “o dever de proporcionalidade não se identifica com o dever de razoabilidade”, pois enquanto o primeiro (proporcionalidade) pressupõe uma relação de meio-fim na análise de correlação entre dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais, o segundo (razoabilidade) encerra um “exame concreto-individual dos bens jurídicos envolvidos”.²⁵ Segundo este ilustre autor, o “dever de proporcionalidade” refere-se ao exame abstrato dos bens jurídicos envolvidos. Por outro lado, o princípio da razoabilidade diz respeito à possibilidade de aplicação de uma norma geral a um caso individual, podendo ser qualificada como uma espécie de “proibição de excesso no caso concreto”.²⁶

²² ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**, Malheiros, 2003, p. 81. Os postulados normativos seriam “normas estruturantes da aplicação de princípios e regras”. Op. cit., p. 82. Os postulados normativos, segundo a visão de ÁVILA, formariam uma terceira categoria ao lado das regras e dos princípios. O professor LUÍS ROBERTO BARROSO afirma textualmente que essa categoria (postulados normativos) aproxima-se da categoria por ele utilizada denominada de princípios instrumentais de interpretação constitucional, do qual a razoabilidade é parte integrante. Vide: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 359/360, nota 67. Digno de registro, ainda, é a opinião de LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA no sentido de que a proporcionalidade, segundo a distinção entre regras e princípios formulada por ALEXY, não seria um princípio, mas sim uma regra (*regra da proporcionalidade*) de interpretação e aplicação do direito. Vide: AFONSO DA SILVA, LUÍS VIRGÍLIO. “O proporcional e o razoável”, in **Revista dos Tribunais**, v. 798, 2002, p. 24.

²³ Nesse sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 215; SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 87.

²⁴ Neste sentido, por exemplo: HC nº 76060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 15/05/98; ADI 1813 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal pleno, DJ 05/06/98.

²⁵ ÁVILA, HUMBERTO. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, in **Revista de Direito Administrativo**, 215, 1999, p. 173.

²⁶ “A razoabilidade, como se viu, determina que as condições pessoais e individuais dos sujeitos envolvidos sejam consideradas na decisão. Em vez de estabelecer uma estrutura formal de eficácia, como é o caso do dever de proporcionalidade, o dever de razoabilidade impõe a observância da situação individual na determinação das conseqüências normativas. Enquanto a proporcionalidade consiste numa estrutura formal de relação meio-fim, a razoabilidade traduz uma condição material para a aplicação individual da justiça.” ÁVILA, HUMBERTO. *Op.cit.*, p. 174.

Dentre as várias acepções da razoabilidade, Humberto Ávila destaca a equidade (exigência de harmonização da norma geral com o caso individual), a congruência (necessária harmonização das normas com as condições externas de aplicação) e a equivalência (entre a medida adotada e o critério que a dimensiona).²⁷

Ressalte-se, por oportuno, que as controvérsias terminológicas não podem servir como forma de diminuição da importância prático-normativa dos princípios em estudo. Ambos estão, em essência, ligados à idéia de justiça e representam, atualmente, importante instrumento de contenção dos possíveis excessos cometidos pelo Poder Público.

Importa esclarecer, no entanto, que, a opção feita no presente trabalho foi no sentido de se denominar a proporcionalidade e a razoabilidade como princípios em razão da sua consagração jurisprudencial²⁸, advertindo-se, porém, que a respectiva compreensão será aquela apontada pelo professor Humberto Ávila, ou seja, a proporcionalidade seria um “método” para se resolver conflito entre princípios jurídicos colidentes e a razoabilidade envolveria a necessidade de análise das condições individuais e concretas dos bens jurídicos envolvidos para se concluir pela constitucionalidade ou não da norma jurídica.

3) PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

O caminho percorrido pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no Brasil tem sido considerado tímido por grande parte da doutrina, fato geralmente explicado pela reverência excessiva da jurisprudência ao princípio da separação de poderes.²⁹

Não se pode olvidar que, atualmente, a jurisprudência tem se utilizado com frequência do princípio da razoabilidade (como sinô-

²⁷ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 95-103.

²⁸ Como bem advertiu LUÍS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA: “Não é possível, todavia, fechar os olhos diante da prática jurídica brasileira. Quando se fala em princípio da proporcionalidade, o termo ‘princípio’ pretende conferir a importância devida ao conceito, isto é, à exigência de proporcionalidade. Em vista disso, e em vista da própria plurivocidade do termo ‘princípio’, não há como se esperar que tal termo seja usado somente como contraposto a regra jurídica”. AFONSO DA SILVA, LUÍS VIRGÍLIO. “O proporcional e o razoável”, cit., p. 26.

²⁹ Nesse sentido: BARROSO, LUÍS ROBERTO. **Interpretação**, cit., p. 224; SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 90.

nimo da proporcionalidade), notadamente na análise da utilização correta da discricionariedade administrativa e da constitucionalidade das leis e atos normativos.³⁰

Antes mesmo da Constituição de 1988, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, transplantando a doutrina francesa do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) do Direito Administrativo para o Direito Constitucional, utilizou-se da razoabilidade, ainda que freqüentemente de forma implícita, na análise da constitucionalidade dos atos legislativos. Foi o que ocorreu no importante precedente colhido no julgamento do RE nº 18.331 em que o Ministro Orozimbo Nonato afirmou:

*“O poder de taxar não pode chegar à desmedida do poder de destruir, uma vez que aquele somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de trabalho, comércio e da indústria e com o direito de propriedade. É um poder cujo exercício não deve ir até o abuso, o excesso, o desvio, sendo aplicável, ainda aqui, a doutrina fecunda do *détournement de pouvoir*.”³¹*

Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, ainda que sem a menção expressa ao princípio, assentou a necessidade do legislador ordinário respeitar o “critério da razoabilidade” no estabelecimento das “condições de capacidade” para o exercício de determinada profissão. Neste julgamento, o Ministro Rodrigues Alckmin averbou:

“Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são ade-

³⁰ Para uma análise detalhada da evolução da jurisprudência do STF na aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conferir: MORAES, GERMANA DE OLIVEIRA. **Controle jurisdicional da Administração Pública**, 2ª. Edição, São Paulo: Dialética, 2004, p. 139/147.

³¹ **Revista Forense**, vol. 145, 1953, p. 164.

*quadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não.*³²

Em outras decisões esparsas, a Suprema Corte utilizou-se novamente e ainda implicitamente da razoabilidade para invalidar leis e atos normativos.³³ Todavia, a explicitação do princípio somente ocorreu no julgamento da ADI nº 855-2 em que se discutia a constitucionalidade de determinada lei estadual que exigia a obrigação de pesagem de botijões de gás, no momento da venda, diante dos consumidores.³⁴ O STF, na análise do pedido liminar, assim se pronunciou:

*“Gás liquefeito de petróleo: lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou recebidos para substituição à vista do consumidor, com pagamento imediato da eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e parágrafos, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argumentação que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a declarar-se a inconstitucionalidade. Liminar deferida.”*³⁵

Infere-se da análise das decisões da nossa Suprema Corte que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são utilizados com caráter de fungibilidade, especialmente como critério de avaliação da constitucionalidade dos atos do Poder Público.

³² Rep. nº 930/DF, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, DJ 02/09/1977.

³³ Cite-se, por exemplo: Rep. nº 1.054, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 29/06/84; Rep. nº 1077/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 28/09/84.

³⁴ Nesse sentido: SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 93.

³⁵ ADI nº 855 MC/PR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 01/10/93.

4) APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A proporcionalidade, como visto, “exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais”³⁶, ou seja, depende de uma relação de causalidade entre meio e fim.

Da mesma forma, o Poder Judiciário, na resolução dos conflitos de interesses, aplica diuturnamente o princípio da proporcionalidade quando em jogo princípios ou interesses contrapostos.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de aplicar o princípio da proporcionalidade em seus três aspectos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) na análise de questões reguladas pelo Direito Civil quando em jogo princípios constitucionais colidentes.

No campo do Direito de Família, por exemplo, questão interessante de conflito de princípios constitucionais diz respeito à possibilidade de imposição de realização de exame de DNA em ação de investigação de paternidade contra a vontade do réu.

De um lado, a Constituição e a legislação infraconstitucional protegem os direitos da criança: patrimoniais (herança, alimentos etc), o princípio da paternidade real (direito à identidade) e a dignidade da pessoa humana. De outro lado, encontram-se o direito à incolumidade física e à intimidade do réu, suposto pai, também protegidos pela Constituição.

O caso foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC nº 71.373/RS, contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que determinou a condução *debaixo de vara* do réu da ação de investigação de paternidade para a realização de exame de DNA. Naquele julgamento, cuja ementa é transcrita abaixo, a maioria apertada dos Ministros (6 a 4) entendeu não ser possível obrigar o réu a realizar o exame de DNA.

“INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE - EXAME DNA - CONDUÇÃO DO RÉU ‘DEBAIXO DE VARA’. Discrepa, a mais não

³⁶ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 101/102.

poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas - preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer - provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.”³⁷

No voto do Ministro Marco Aurélio, relator para o acórdão, verifica-se que o fundamento para a decisão foi o princípio da legalidade, vez que não existe lei impondo a realização do exame e, caso ela existisse, seria inconstitucional em razão da contrariedade com a intangibilidade do corpo humano, a intimidade, bem como a dignidade da pessoa humana.

Nos votos divergentes, notadamente do Ministro Francisco Rezek, a ponderação entre os interesses envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito) levou à conclusão oposta no sentido de que “o sacrifício imposto à integridade física do paciente é risível quando confrontado como interesse do investigante” (direito à identidade).

Em importante artigo sobre a sobredita decisão, Maria Celina Bodin de Moraes, em defesa da posição adotada nos votos vencidos, asseverou:

“A perícia compulsória se, em princípio, repugna àqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser providência necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do reconhecimento do estado de filiação, di-

³⁷ STF, HC nº 71.373/RS, Rel. Acórdão Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 22/11/96, p. 45686

*reito de terceiro, correspondente à dignidade de pessoa em desenvolvimento, interesse este que é, a um só tempo, público e individual”.*³⁸

Em outra decisão, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, não admitiu a realização compulsória do exame de DNA³⁹. Tratava-se de ação de reconhecimento de filiação cumulada com retificação de registro proposta por terceiro que sustentava ser o pai de determinada criança. Assentou-se que não poderia se compelir o pai presumido de criança, nascida na constância de seu casamento, à realização do exame de DNA, uma vez que existiria, no caso, a possibilidade de utilização de um meio menos restritivo de se alcançar o mesmo resultado, qual seja, o exame de DNA pelo próprio autor da ação. O Min. Sepúlveda Pertence utilizou-se expressamente do princípio da proporcionalidade como parâmetro da decisão judicial, considerando-o “de fundamental importância para o deslinde constitucional da colisão de direitos fundamentais”. Em verdade, como haveria no caso em comento meio menos restritivo de direitos fundamentais para se saber quem seria o verdadeiro pai da criança, a compulsoriedade da realização do DNA esbarrava no subprincípio da necessidade.

Como visto, há uma tendência hoje de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas, inclusive aquelas que tradicionalmente possuem conteúdo preponderantemente patrimonial (obrigações e contratos).

Com efeito, não somente o dirigismo contratual imposto pela lei, mas especialmente os direitos fundamentais e os princípios constitucionais constituem limites à liberdade de contratar. Não pode, v.g., admitir-se um contrato que contrarie a dignidade de um dos

³⁸ BODIN DE MORAES, MARIA CELINA. “Recusa à realização do exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade”, in **Revista Forense**, v. 343, 1998, p. 168. Em posição semelhante, Daniel Sarmiento admite a possibilidade de realização compulsória do exame de DNA do suposto pai quando esta prova for vital para a identificação da paternidade, mas, se existirem outros meios de prova suficientes ao esclarecimento da questão, não será legítima a restrição à intangibilidade corporal. SARMIENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 188.

³⁹ STF, HC nº 76.060/SC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 15/05/95.

contratantes, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento abaixo ementado:

“HABEAS CORPUS. Prisão civil. Alienação fiduciária em garantia. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais de igualdade e liberdade. Cláusula geral dos bons costumes e regra de interpretação da lei segundo seus fins sociais. Decreto de prisão civil da devedora que deixou de pagar dívida bancária assumida com a compra de um automóvel-táxi, que se elevou, em menos de 24 meses, de R\$ 18.700,00 para R\$ 86.858,24, a exigir que o total da remuneração da devedora, pelo resto do tempo provável de vida, seja consumido com o pagamento dos juros. Ofensa ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, aos direitos de liberdade de locomoção e de igualdade contratual e aos dispositivos da LICC sobre o fim social da aplicação da lei e obediência aos bons costumes.

Arts. 1º, III, 3º, I, e 5º, caput, da CR. Arts. 5º e 17 da LICC. DL 911/67. Ordem deferida.”⁴⁰

No sobredito julgamento, o Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar salientou em seu voto o conflito entre os princípios envolvidos na questão da seguinte forma:

“É certo que há o confronto entre o direito à liberdade de comerciar do credor, o direito de crédito que lhe resulta do contrato, ambos de natureza patrimonial, com os direitos da paciente à liberdade de locomoção e de igualdade nas contraprestações. Daí a necessidade da ponderação dos valores em colisão no caso particular dos autos, o que, penso, deve ser resolvido com a limitação dos direitos do credor, que pouco perde, ou nada perde, porquanto não se lhe nega o direito de cobrar o lícito, em comparação com a perda que decorre-

⁴⁰ STJ, HC nº 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 12/02/2001, p. 115, RSTJ, v. 148, p. 387.

ria da execução da ordem de prisão por quatro meses, só por si infamante, agravada pelas condições subumanas de nossos presídios.”

Sem adentrar o mérito da correção das posições adotadas nos julgamentos citados, fato é que neles se percebe a realização de verdadeira ponderação entre os princípios constitucionais envolvidos nas lides entre particulares, pautada pelo princípio da proporcionalidade.⁴¹

5) O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E A ANÁLISE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABERTAS DO NOVO CÓDIGO CIVIL

As cláusulas abertas ou conceitos jurídicos indeterminados, por não possuírem um alcance preciso, abstratamente delimitado, representam um campo fértil para aplicação do princípio da razoabilidade.

É certo, todavia, que a incerteza do conceito jurídico indeterminado não significa uma total imprecisão do seu conteúdo. Existe um *conteúdo mínimo indiscutível*, o qual compreende uma *zona de certeza positiva*, em que todos concordariam com a aplicação sugerida, e uma *zona de certeza negativa*, na qual não haveria discussão da sua não-aplicação.⁴² O problema reside na zona de incerteza, onde existirá um *campo significativo*⁴³ possível para o conceito fluido.

A concretização do conceito jurídico indeterminado ou, em outras palavras, a delimitação do seu conteúdo no caso concreto, em que será extraída uma solução dentre as várias possíveis, será norteada por uma interpretação pautada pela razoabilidade. Nesse sentido leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁴¹ DANIEL SARMENTO afirma que “o princípio da proporcionalidade é essencial para a realização da ponderação de interesses constitucionais, pois o raciocínio que lhe é inerente, em suas três fases subsequentes, é exatamente aquele que se deve utilizar na ponderação”. SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 96.

⁴² MORAES, GERMANA DE OLIVEIRA. **Controle jurisdicional**, cit., p. 64; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, 2ª. Edição, Malheiros, 2003, p. 29.

⁴³ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade**, cit., p. 31.

“Em suma: muitas vezes – exatamente porque o conceito é fluído – é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis.”⁴⁴

Em conseqüência, o controle jurisdicional dos atos emanados das normas consagradoras de conceitos jurídicos indeterminados deverá ser pautado pelo princípio da razoabilidade.⁴⁵

O novo Código Civil é marcado por cláusulas abertas em que o princípio da razoabilidade exerce papel fundamental na sua aplicação ao caso concreto. O conteúdo da cláusula geral da boa-fé, por exemplo, vai depender, não raro, das peculiaridades do caso concreto, vez que é impossível delimitar abstratamente, conforme já salientado, todas as situações que seriam compatíveis com a referida cláusula.

A abertura textual contida no atual Código Civil busca preponderantemente consagrar a idéia de justiça ou, em outras palavras, tem “por finalidade trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências ético-sociais.”⁴⁶

Constata-se, em conseqüência, que a existência de cláusulas abertas significa uma ampliação do ativismo judicial, mas com exigências procedimentais argumentativas e de motivação das decisões judiciais típicas de um Estado Democrático de Direito. Nesse ponto, as decisões dos tribunais superiores funcionariam como importante instrumento de estabilidade do ordenamento jurídico, notadamente após a consagração da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/04, ao estabelecerem o significado de determinados conceitos jurídicos, e para preservação do princípio democrático.⁴⁷

⁴⁴ Op. cit., p. 23. Neste sentido: MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópic e o Supremo Tribunal Federal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 290.

⁴⁵ CARVALHO FILHO, JOSÉ DOS SANTOS. “O controle judicial da concretização dos conceitos jurídicos indeterminados”, *in Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro*, 54, 2001, p.109/120.

⁴⁶ FACHIN, LUIZ EDSON. **Teoria crítica do Direito Civil**, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.305.

⁴⁷ Neste sentido: MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. **A tópic e**, cit., p. 292.

O fenômeno do pluralismo constitucional, com a consagração de princípios, em tese conflitantes, bem como as cláusulas abertas, reforçaram a importância da utilização da teoria da argumentação e da tópica na interpretação do Direito aplicável aos casos em que não existe uma solução previamente estabelecida.⁴⁸ A Constituição aberta⁴⁹ e os conceitos abertos não são compatíveis com silogismo lógico-dedutivo consagrado pelo positivismo jurídico. Diuturnamente, o Judiciário é instado a realizar ponderações de interesses para resolver tensões entre princípios constitucionais ou para precisar o conteúdo e alcance de determinado conceito aberto, utilizando-se da argumentação e dos dados colhidos no caso concreto. Neste sentido, posiciona-se Daniel Sarmento:

“Sem embargo, há um espaço para a tópica e a argumentação no domínio constitucional, em razão da grande abertura sistemática que caracteriza a Constituição. No preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados, na integração de lacunas e no equacionamento de conflitos principiológicos, estas técnicas são de grande utilidade, oxigenando a jurisdição constitucional e lhe conferindo o dinamismo e a ductibilidade necessários ao enfrentamento dos problemas altamente complexos de que ela se ocupa.”⁵⁰

Aliás, a consideração das circunstâncias do caso concreto tem sido utilizada com frequência pelo Supremo Tribunal Federal⁵¹, inclusive na aplicação de determinadas regras jurídicas que não se enquadram nas denominadas cláusulas abertas. Em interessante julgado, a Suprema Corte utilizou-se da aparência da vítima para afas-

⁴⁸ Vide: PERELMAN, CHAIN. **Tratado da argumentação. A nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000; VIEHWEG, THEODOR. **Tópica e jurisprudência**, Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

⁴⁹ Sobre a expressão “Constituição aberta”, merece destaque a obra do professor CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, **A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário**, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁵⁰ SARMENTO, DANIEL. **A ponderação**, cit., p. 133.

⁵¹ Para uma análise da utilização da tópica nas decisões proferidas pelo STF, ver: MENDONÇA, PAULO ROBERTO SOARES. **A tópica**, cit., p. 290.

tar, em determinado caso concreto, a aplicação do art. 224, alínea a do Código Penal.⁵²

Mas não é só no campo do Direito Constitucional que as circunstâncias concretas do caso são consideradas na decisão judicial. O mesmo ocorre em outros ramos do Direito, especialmente quando as normas jurídicas utilizam-se de conceitos jurídicos indeterminados⁵³ (ex: boa-fé, urgência, utilidade pública, etc.), ou seja, nos casos em que existe uma incerteza quanto à extensão e ao conteúdo da expressão utilizada pela norma.

No julgamento já mencionado anteriormente em que o Superior Tribunal de Justiça obistou a prisão da devedora de contrato de alienação fiduciária⁵⁴, além da ponderação de princípios, foi utilizado o princípio da razoabilidade, ainda que implicitamente, na interpretação da cláusula geral dos bons costumes, conforme se infere do seguinte trecho do voto do Ministro Relator:

*“Tanto seria possível aplicar diretamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como a cláusula geral do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil, sobre ordem pública e bons costumes, cuja similar alemã é usada em casos tais, além do emprego da norma de hermenêutica que condiciona a aplicação da lei aos fins sociais a que ela se dirige (art. 5º da LICC).”*⁵⁵

Vê-se, com isso, que o princípio da razoabilidade desempenha papel fundamental na aplicação das normas jurídicas. Na lição de Humberto Ávila, a aplicação da norma jurídica depende da adequação do caso concreto com a generalização da norma geral, atuando a razoabilidade “na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio de justiça (‘Preâmbulo’ e art. 3º da CF).”⁵⁵

⁵² HC nº 73.662/MG, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 20/09/96.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. **Discricionariedade**, cit., p. 22 e segs. Não obstante a consagração da expressão “conceitos jurídicos indeterminados”, merece registro a opinião do professor Eros Roberto Grau no sentido do equívoco desta nomenclatura. Vide: GRAU, EROS ROBERTO. **Direito, conceitos e normas jurídicas**, São Paulo: RT, 1998.

⁵⁴ STJ, HC nº 12.547/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJU 12/02/2001, p. 115, RSTJ, v. 148, p. 387.

⁵⁵ ÁVILA, HUMBERTO. **Teoria dos princípios**, cit., p. 98.

6) CONCLUSÃO

Não se pode olvidar que os princípios desempenham papel fundamental nas Constituições contemporâneas, irradiando os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico.

O Direito Civil e os demais ramos do Direito encontram-se constitucionalizados, o que sugere uma releitura dos seus institutos a partir das normas constitucionais.

A aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas e a abertura textual do novo Código Civil, dentre outros fenômenos, demonstram a importância da aplicação dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade na concretização da norma jurídica.

Ademais, as peculiaridades do caso concreto e os valores envolvidos, especialmente em uma sociedade pluralista, devem ser levados em consideração no processo hermenêutico, maximizando a idéia de justiça.

Isto não significa, entretanto, uma renúncia arbitrária à segurança jurídica, pois, em contrapartida, o aplicador do direito deverá utilizar-se de um processo argumentativo mais rigoroso pautado principalmente pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A motivação das decisões judiciais, que constituem um dos principais deveres dos juízes no Estado Democrático de Direito, abrem a possibilidade de cobrança e fiscalização do Judiciário por parte dos cidadãos.⁵⁶

Além disso, a recente introdução da súmula vinculante pela Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o art. 103-A ao texto da Constituição da República, representa um importante instrumento de limitação de possível insegurança jurídica.

Restou estabelecida a distinção entre a proporcionalidade e a razoabilidade, pois enquanto aquela (proporcionalidade) exerce papel importante na resolução de conflitos entre princípios constitucionais, esta (razoabilidade) é utilizada notadamente na concretização das regras jurídicas.

⁵⁶ MAIA, ANTONIO CAVALCANTI. "A importância da dimensão argumentativa à compreensão da práxis jurídica contemporânea", posfácio ao livro da professora MARGARIDA MARIA LACOMBE CAMARGO, **Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 293.

Finalmente, resta evidente que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade não estão circunscritos ao campo de atuação do Poder Público. A relativização da dicotomia público-privado na era do *pós-positivismo*⁵⁷ abre o caminho, até então negado, para aplicação dos referidos princípios constitucionais ao campo tradicionalmente afeto ao direito privado.⁵⁸

O Código Civil, como visto, deixou de ser a *Constituição do direito privado* para, ao lado dos demais ordenamentos setoriais, buscar o seu fundamento na Constituição da República. O caráter preponderantemente patrimonial das relações privadas de outrora cede lugar para valores não-patrimoniais fundamentados no princípio da dignidade da pessoa humana.▣

⁵⁷ Expressão utilizada por PAULO BONAVIDES para representar a terceira fase da juridicidade dos princípios (as duas primeiras seriam, respectivamente, a jusnaturalista e a positivista) em que se acentua “a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.” BONAVIDES, PAULO. **Curso de Direito Constitucional**, cit., p. 264.

⁵⁸ Neste sentido é a afirmativa de JOSÉ RICARDO CUNHA: “Ainda nessa linha, a proporcionalidade não é apenas um parâmetro para o Poder Público, mas, igualmente, para o indivíduo na sua vida privada que deve procurar conduzir-se e manter suas relações jurídicas dentro do que é razoavelmente esperado. Todas as categorias jurídicas de direito privado, tais como contrato e propriedade, também são crivadas pela exigência de proporcionalidade, até porque não há como se entender o direito na sua complexidade mantendo dicotomias do tipo direito público e direito privado.” CUNHA, JOSÉ RICARDO. “A Justiça diante da Lei na razão jurídica contemporânea”, in **Perspectivas atuais da Filosofia do Direito**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 383.

O Incidente de Falsidade

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor Universitário.

1. Inserido no Título IV, Capítulo VII, do Livro I do CPP, mais precisamente nos arts. 145 a 148, sob a designação “Do Incidente de Falsidade”, a matéria que será objeto de exame integra o Livro que versa a respeito do “Processo em Geral” e o Título que se ocupa “Das Questões e Processos Incidentes”.

Na verdade, os procedimentos incidentes, reunidos no aludido Título, estão agrupados com outros que, na realidade, revestem o caráter de medidas cautelares e que encontrariam melhor topologia em título (ou capítulo) próprio. Explica-se a opção do legislador pelo fato de que o nosso Código de Processo Penal, ao contrário do que ocorre com o de processo civil, não confere uma disciplina específica para o processo cautelar (Livro III, Título único). As diversas providências cautelares, sejam elas pessoais, sejam elas reais, encontram-se dispersas no estatuto processual penal sem obediência a qualquer critério lógico ou jurídico¹.

2. A lei processual, no art. 145, ao traçar o rito a ser seguido quando da arguição do incidente, alude ao *documento*. Portanto, limita a providência ao documento falso. O Código, por seu turno, define o que seja documento: para ele, consideram-se documentos “quaisquer escritos”, podendo assumir a forma de instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, acrescentando, ainda, que dar-se-á

¹ A crítica a tal disposição da nossa lei processual penal não passou despercebida ao eminente professor LIMA, Marcellus Polastrí em seu apreciado **Curso de Processo Penal**, v. 2, p. 14, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

à fotografia o mesmo valor do original, desde que autenticada (art. 232 e parágrafo único do CPP).

Não cogita, assim, o incidente que estamos examinando de outras falsidades que podem ocorrer no decorrer do processo ou do inquérito policial. É o caso, v.g., do falso testemunho (art. 342 do CP), referido no artigo 211 e seu parágrafo do CPP, e da auto-acusação falsa (art. 341 do CP), ambos crimes contra a administração da justiça. Vale a observação de que o tipo penal do art. 342 pode ser praticado somente pelas pessoas taxativamente indicadas na lei, ou seja, a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete. Portanto, trata-se de crime próprio. Pode-se dizer, então, que a rubrica do aludido dispositivo do Código Penal, ao referir-se somente ao falso testemunho ou à falsa perícia, não merece fé. Na realidade, pode ocorrer a falsidade não somente nos casos de falso testemunho ou de falsa perícia, tal como indicado na rubrica do art. 342 do CP, pois o crime também pode ser praticado pelo contador, pelo tradutor ou ainda pelo intérprete, que não são testemunhas ou peritos no processo respectivo, mas que ficam a eles equiparados para os fins da lei penal.

3. Outra observação que se faz necessária relaciona-se com a perícia a ser feita no documento. O Código de Processo Civil é expresso ao exigir que o juiz determine a realização daquela prova técnica (arts. 342 e 434 do CPC). O Código de Processo Penal, no rito traçado para o incidente, não determinou expressamente aquela providência. Porém no inciso III do art. 145 estabelece a fórmula genérica, segundo a qual o juiz “*poderá* ordenar as diligências que entender necessárias” (o destaque não consta do original). Deu, assim, ao magistrado, a faculdade de mandar realizar a perícia no documento inquinado de falso. Aqui, impõe-se uma distinção que me parece relevante: caso a falsidade argüida seja ideológica não faz sentido, evidentemente, a realização de perícia. Contudo, caso esteja em jogo a falsidade material, apesar da omissão da lei, dificilmente o juiz dispensará a prova técnica. Aconselha-se mesmo que assim proceda. O tema ainda comporta um acréscimo: em se tratando de exame para o “reconhecimento de escritos”, torna-se ne-

cessário que se faça a perícia específica, que é a grafotécnica ou grafológica, também referida na doutrina como perícia caligráfica, com observância dos preceitos indicados no art. 174 do CPP. Mais uma observação: o indiciado ou o réu não pode ser obrigado a fornecer padrões gráficos do próprio punho, tal como regulado no inciso IV do art. 174 do CPP. Partindo do princípio segundo o qual ninguém poderá ser compelido a produzir prova contra si mesmo, o Pretório **Magnum** já decidiu que o suposto autor do crime não pode ser obrigado a fornecer aquela prova [cf., STF, HC 77.135, 1ª Turma, RT 760/542]².

Averbe-se, por oportuno, que o Pacto de São José da Costa Rica declara expressamente que toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (art. 8, 2, g). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22-XI-1969, foi promulgada no Brasil através do Decreto nº 678 de 06-XI-1992, incorporando-se, nesse aspecto, ao nosso direito interno. Demais disso, a Constituição Federal (art. 5º, LV) assegura a ampla defesa ao acusado em processo judicial ou administrativo e esta, sem dúvida, ganha sua verdadeira dimensão ao garantir ao réu ou ao indiciado aquele direito.

Muito embora aqui não se trate de depoimento, ontologicamente os temas guardam consonância.

Em ocorrendo a negativa por parte do indiciado ou do réu, deixando de fornecer padrões gráficos para a perícia, a lei faculta que o exame possa ser feito de outras maneiras (art. 174, II e III do CPP), que, aliás, pelo texto do próprio direito positivo, têm preferência em relação à colheita de material do próprio punho do acusado ou do indiciado.

4. A argüição do incidente dar-se-á por escrito, diz a lei no art. 145, *caput*. Dada a gravidade do fato noticiado, outra não poderia ser a exigência constante do Código, tendo em conta as conseqüências para o processo e até mesmo para a parte que juntou aos autos

² Indicação jurisprudencial extraída do **Código de Processo Penal Anotado**, JESUS, Damásio E. de, p. 168, Ed. Saraiva, 20ª edição, 2003.

o documento indicado como falso, pois ela ficaria sujeita às penas dos delitos de falsidade (art. 293 e sgts. do CP). A própria parte que se vir prejudicada poderá suscitar o incidente. É o que se conclui da leitura do art. 146 do diploma processual, ao registrar que a argüição de falsidade, quando feita por procurador, exige poderes especiais. Tais poderes deverão obedecer, por analogia, àqueles indicados no art. 44 do CPP. Justifica-se a cautela do legislador, evitando que o procurador venha a ficar, eventualmente, sujeito ao crime de denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou de falsa comunicação de crime (art. 340 do CP), conforme o caso. Nada impede, evidentemente, que o juiz proceda, de ofício, à verificação da falsidade (art. 147 do CPP), pois ao magistrado incumbe prover à regularidade do processo (art. 251 do CPP). Em se tratando de defensor dativo, que nunca é dotado de poderes especiais, dispondo, apenas e tão-somente, de poderes *ad judicium* para o foro em geral, a argüição de falsidade deverá ser assinada pela parte e pelo defensor. Embora a lei não o exija, como vimos acima, convém que a parte se valha do concurso de advogado constituído ou dativo, conforme a hipótese, que melhor saberá orientá-la quanto à grave providência por ela pretendida.

5. Tratando-se de incidente processual, dispõe o Código seja ele autuado em apartado, seguindo o rito traçado no art. 145 e seus incisos.

É interessante observar que o Código, ao regular a matéria, não determina a suspensão do processo principal. Não a proíbe, no entanto. O Código de Processo Civil, de forma expressa, ordena que, tão logo suscitado o incidente de falsidade, o juiz *suspenda* o processo principal (art. 394). Lá, a suspensão reveste caráter imperativo. Aqui não. Dessa maneira, caberá ao magistrado realizar um juízo de prelibação a respeito do merecimento que possa ter a alegação de falsidade, indeferindo-a caso a considere *manifestamente* descabida. Entendo que, na dúvida, o juiz deverá mandar processar o incidente, somente vedando o seu curso quando verificar que se trata de expediente protelatório ou ainda quando constatar que o documento impugnado como falso não apresenta qualquer relevância para o deslinde da causa.

Pelo visto, o processo principal poderá prosseguir, mesmo quando o incidente venha a ter andamento. Chegada a fase de julgamento, caso se faça presente tal estado de coisas (incidente ainda não decidido), o juiz terá então a oportunidade de converter o julgamento em diligência, aguardando a conclusão do incidente no objetivo de “suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade” (art. 502 do CPP, dispositivo que se encontra encartado no procedimento comum, mas que se aplica como complementar de qualquer rito processual). É de assinalar, no entanto, que o juiz, naquele momento, não se verá obrigado a assim proceder, caso venha a observar que a falta, agora, já não apresenta relevância para a solução da causa penal.

6. Um ponto que precisa ficar bem claro reside em saber que o incidente de falsidade não está voltado para a apuração do crime de **falsum**. A *causa petendi* do processo principal dele não cogitou. Ele, incidente, tem por fim escoimar do processo principal o vício decorrente de um documento forjado, haja ou não crime. Este, se ocorrer, será apurado em processo próprio. A infração penal contra a fé pública não interessa ao processo principal, que dela não se ocupou. Por tal razão, a decisão que o juiz vier a prolatar no incidente não vincula o juízo para onde for enviado o documento falso. Em outras palavras: a decisão do juiz do processo principal é **incidenter tantum**, não significando, por si só, que o crime de falsidade tenha ocorrido. Ao apreciar o incidente, caso juiz venha a entender, por decisão irrecorrível, que o documento é falso, remete os autos respectivos ao Ministério Público, na forma preconizada no art. 145, IV do CPP. O documento, então, será desentranhado e enviado juntamente com os autos do processo incidente ao Ministério Público. O art. 15 da LICPP prescreve, **ad cautelam**, que o documento então reconhecido como falso será, antes de desentranhado dos autos, rubricado pelo juiz e pelo escrivão em cada uma de suas folhas. Justifica-se o cuidado para que o documento havido como falso fique bem identificado, evitando-se qualquer troca futura. Como de fácil constatação, a lei processual comportou-se com minúcia ao regular a remessa do documento, descendo a detalhes, muito em-

bora exista no Código a regra genérica do art. 40 do CPP, que, por si só, asseguraria a providência, sempre que esteja em jogo crime de ação penal pública incondicionada. Convém, porém, que fique em cartório cópia do incidente, juntada por linha aos autos do processo principal para efeito de eventual exame, observando-se ao disposto no art. 232, parágrafo único do CPP por parte do escrivão do feito. É certo que tal diligência não resultou determinada pela lei processual penal mas, segundo penso, apresenta-se como de salutar cautela.

7. Retomando o fio partido do nosso tema, voltemos ao rito traçado pela lei para o incidente de acordo com o art. 145 do CPP. Impugnado o documento, o juiz determina a formação de autos em apartado e manda ouvir a parte contrária. Esta terá o prazo de 48 horas para oferecer resposta. A primeira observação que se pode fazer importa em dizer que a lei não se ocupou com a indicação a respeito de quem possa levantar o incidente. Torna-se evidente, no entanto, que os sujeitos principais do processo poderão fazê-lo, como é natural. Assim, o Ministério Público ou o querelante, o réu ou querelado e o próprio juiz de ofício dispõem de legitimidade para tanto. O Código determina, ainda, a ouvida da “parte contrária”. A expressão deve ser entendida em sentido amplo e não com referência àque-la que na ação penal é parte contrária ao suscitante do incidente. Explico-me: assim, por exemplo, argüida a falsidade pelo autor da ação penal, somente o réu poderia oferecer resposta impugnando a alegação, caso a expressão “parte contrária” fosse tomada em sua acepção técnica. Veja-se o caso de uma ação de exclusiva iniciativa privada; o Ministério Público, que oficia como *custos legis*, poderá impugnar o documento trazido aos autos por qualquer das partes, embora não se apresente na relação processual como “parte contrária” do querelante ou do querelado. Da mesma forma o co-réu, sujeito passivo na relação processual, poderá suscitar o incidente relativo a documento acostado aos autos por outro acusado, gerando colisão de defesas. Portanto, a “parte contrária” a que se refere a lei deve encontrar uma compreensão abrangente, podendo atingir até mesmo sujeitos que se encontram em um mesmo pólo da relação processual, como ficou visto.

Questão delicada é a que envolva a argüição de falsidade levada a efeito pela própria parte que introduziu nos autos o documento indicado como falso. A lei é omissa, até porque não cuidou de especificar quem poderia argüir o incidente. O fato, embora incomum, pode ocorrer sem que a parte tenha agido de má-fé. Ela, ao constatar falsidade, apressa-se em denunciar o equívoco. É de assinalar ainda que, embora se trate de hipótese de rara ocorrência, até mesmo terceiro estranho à lide poderá denunciar o fato, na medida em que venha a sofrer prejuízo reflexo com o uso do documento falso, tendo assim interesse no afastamento da prova revestida de falsidade.

Aqui impõe-se um parêntesis para exame de uma afirmação feita linhas acima, quando se disse que, ao proceder o juízo de delibação a respeito do documento havido como falso, o juiz não dará andamento ao incidente caso verifique que ele não apresenta relevância para o julgamento da causa (nº 5, *supra*). Faltou dizer, naquela oportunidade, que tal circunstância não eximirá o magistrado de proceder na forma do art. 40 do CPP, uma vez que o documento poderá nada representar para o mérito da causa em exame, mas nem por tal razão deverá ficar sem apuração a eventual ocorrência de crime de ação pública incondicionada consistente no uso de documento falso. Para tanto, observará, no que couber, os mesmos cuidados já assinalados (nº 6, *supra*).

Uma observação final a respeito da postura do assistente do Ministério Público. Estará ele legitimado a suscitar o incidente?

Em nosso entendimento, o assistente de acusação pode praticar, *somente*, os atos taxativamente indicados na lei processual penal (art. 271, do CPP)³. Nessa ordem de idéias, penso que será vedado ao acusador particular suscitar o incidente de falsidade. Nada impedirá, no entanto, que o ofendido ou uma das pessoas enumeradas no art. 268 do CPP comunique ao Juízo ou ao próprio Ministério Público a ocorrência de fato que renda ensejo à deflagração do procedimento incidental.

³ "A Taxatividade das Atribuições do Assistente do Ministério Público", *Serviam Juris*, Revista Jurídica, editada pelo Instituto Superior de Ensino e Pesquisa do Direito da USU, ano 2, número 1, 2004, comemorativa dos 25 anos do Curso de Direito e dos 65 anos da Universidade Santa Úrsula, p. 43 e seguintes.

Percebe-se, com facilidade, que o Código regulou toda a matéria de maneira superficial, deixando de prever uma série de providências, como, aliás, ficou registrado, por diversas vezes, no decorrer do presente estudo.

Pode-se dizer, com alguma ironia, que em matéria de nada a lei disse tudo.

8. A “parte contrária” terá o prazo de 48 horas para oferecer resposta à impugnação (art. 145, I do CPP). TORNAGHI, com justa razão, critica a lei, considerando que o prazo de 48 horas assinado à “parte contrária” para responder é “demasiado exíguo”⁴. Com efeito, dada a gravidade do fato, com seus reflexos dentro e fora do processo principal, seria de bom alvitre que se fixasse prazo mais amplo (cinco dias, por exemplo).

9. Segue-se a dilação probatória: três dias para cada parte provar suas alegações (art. 145, II, do CPP). Observe-se, desde já, que o ônus da prova é do argüente. É regra geral segundo a qual o ônus da prova da alegação incumbirá a quem a fizer (art. 156, primeira parte, do CPP). Caberá à “parte contrária” dar resposta à suscitação, trazendo em prol do que sustenta os elementos que entender cabíveis no sentido de ilidir a grave acusação.

A prova a ser indicada pelas partes do incidente pode ser ampla, tal como aliás o consagra o resumido art. 155 do CPP. Veda-se somente, por óbvio, a produção de qualquer prova ilícita ou ilegítima (art. 5º, LVI, da CF). É certo que inexistente no Código de Processo Penal uma regra analítica a respeito da matéria, tal como ocorre com o Código de Processo Civil (art. 332). Porém, o sintético art. 155 do CPP e, mais que tudo, a Constituição Federal indicam as limitações.

10. Não previu a lei, ao regular o rito do incidente, a ouvida do Ministério Público. Porém, resulta evidente que ele terá que se

⁴ TORNAGHI, Helio. **Curso de Processo Penal**, v. 1, p. 245, Ed. Saraiva, 6ª edição, 1989.

manifestar a respeito da argüição de falsidade e das provas que as partes pretendam produzir (art. 257 do CPP), mesmo que se trate de ação penal de exclusiva iniciativa privada. Além do mais, como fiscal da lei, poderá requerer as diligências que entender necessárias para a apreciação da matéria, quando menos pelos reflexos que a decisão do incidente possa ter em relação à causa principal.

Torna-se claro que o juiz poderá determinar a realização das diligências que o caso comporta, agindo de ofício ou atendendo ao que for requerido pelas partes ou pelo Ministério Público. Aliás, ele mesmo, juiz, poderá **ex officio** proceder à verificação da falsidade (4, *supra*), independentemente de provocação (art. 147 do CPP), uma vez que ao magistrado incumbe prover à regularidade do processo (art. 251 do CPP).

11. Dispõe o art. 390 do Código de Processo Civil que o incidente de falsidade tem lugar em qualquer tempo e grau de jurisdição. Nada consta em nosso Código de Processo Penal, mas dúvida não pode haver de que a regra se aplica também aqui por mera integração analógica (art. 3º do CPP), tanto que o art. 231 do CPP dispõe que, salvo disposição em contrário, os documentos podem ser juntos ao processo em qualquer fase. A regra genérica é reiterada no procedimento do júri (art. 400 do CPP) e tal se explica, talvez, em virtude das exceções indicadas naquele rito (arts. 406, § 2º e 475 do CPP). De resto, pode ocorrer que o documento só venha a ser juntado aos autos em grau de jurisdição superior, motivando, assim, que a providência só então venha a ser tomada.

Vale acentuar que a falsidade pode ser argüida até mesmo em revisão criminal, desde que se tenha como certo que a sentença condenatória se fundou em documentos comprovadamente falsos (art. 621, II do CPP). Aqui, porém, não se instaurará o incidente, pois a prova da falsidade terá que ser preconstituída. Daí que a lei processual, ao enumerar os casos de revisão, alude aos documentos *comprovadamente* falsos, desde que, evidentemente, tenham influído para a conclusão da sentença condenatória (destaque meu).

Suscitado na instância superior, caberá ao relator do recurso processar o incidente, observando-se as regras do art. 145 e seguin-

tes do CPP. Incumbirá ao órgão colegiado, que irá decidir a causa principal, apreciar a procedência ou não da alegação de falsidade. Como o Código de Processo Penal não regulou a matéria, cabe ao Regimento Interno do Tribunal dispor sobre o assunto. Entre nós (RJ), vale a consulta ao art. 31 do RITJRJ⁵, onde está dito que ao relator, além do estabelecido na legislação processual e de organização judiciária, compete ordenar e dirigir o processo, determinando as providências relativas ao seu andamento e instrução. O Código de Processo Civil é expresso ao ditar que no tribunal o incidente processar-se-á perante o relator (art. 393 do CPC). Também aqui, portanto, será possível a integração analógica (art. 3º do CPP), suprimindo a omissão da lei processual penal, como uma segunda opção, tendo em conta que a norma regimental é por demais genérica.

12. Chega-se, agora, à fase de decisão. Uma vez reconhecida a falsidade, o juiz mandará desentranhar o documento e remetê-lo, com os autos do processo incidente, ao Ministério Público (art. 145, IV do CPP). Já examinamos a natureza jurídica de tal decisão, que se limita a declarar a ocorrência ou não da falsidade (6, *supra*). A lei processual, por sinal, é expressa ao assinalar que qualquer que seja a decisão prolatada “não fará coisa julgada em prejuízo de ulterior processo penal ou civil” (art. 148 do CPP). Em outras palavras: a decisão só apresenta relevância no processo em que houver a argüição.

Caberá recurso em sentido estrito da decisão prolatada no incidente de falsidade (art. 581, XVIII do CPP), que, no entanto, não terá efeito suspensivo (art. 584 do CPP, lido a **contrario sensu**). Tal indicação legal entra em contraste com o disposto no art. 145, IV do Código, que fala em “decisão irrecorrível”, gerando perplexidade para o intérprete. Na dúvida, em havendo recurso, entendo que o juiz deva aguardar a ocorrência da preclusão, apesar dos dizeres do art. 584 do CPP, dando prevalência à regra que exige a imutabilidade daquela manifestação jurisdicional (art. 145, IV do CPP).

⁵ Edição “Lumen Juris”, Rio de Janeiro, 1999, organizada por PAES, Luiz Claudio Esperança.

De acordo com o art. 148 do CPP, a parte que juntou o documento falso aos autos, embora reconhecida a falsidade, pode, em tese, vir a ser absolvida no processo instaurado em razão da decisão oriunda do incidente.

Reafirme-se, pois, que, no incidente, não está em jogo a apuração de um crime mas, apenas, a averiguação do valor probatório que possa merecer determinado documento que se encontra nos autos. Daí o incidente ser, como tal, destacado dos autos do processo principal. É certo que o disposto no art. 148 do CPP poderá ensejar decisões antinômicas. Saliente-se, porém, que a contradição às vezes será, apenas, aparente, isto porque, após o incidente, poderão, no curso do ulterior processo penal, surgir novos dados que demonstrem a inocência da parte que juntou o documento falso. Observe-se, ainda, que a decisão a que se refere o art. 148 do CPP não se relaciona somente com o reconhecimento da falsidade. Igualmente, quando ela não venha a admitir a falsidade, da mesma forma, não fará coisa julgada, obstando futuro processo penal ou civil, caso após venha a ficar demonstrada a ocorrência do *falsum*.

13. Havendo falsidade material, a perícia só deverá ser deferida em caso de dúvida séria. Como observa JORGE AMERICANO, reproduzindo ensinamentos de RICCI, LESSONA, MERLIN e outros, “aos artigos de falsidade se aplica porém o princípio de que o *interesse* é a medida da ação, de sorte que se não permite articular a falsidade, por insignificantes alterações da verdade”⁶.

Do mesmo sentir o magistério de MANZINI⁷, ao registrar que o documento havido como falso deve estar destinado “*a fondare o a suffragare una pretesa giuridica, o a provare un fatto giuridicamente rilevante, in un rapporto processuale o in altro rapporto giuridico*”.

Por seu turno, o antigo Código de Processo Penal lusitano (1929) consignava, no seu art. 118, que “O incidente da falsidade somente

⁶ AMERICANO, Jorge. (n.ºs. CLXVI e CLXVII) *apud* ROSA, Inocêncio Borges, **Processo Penal Brasileiro**, volume I, p. 345, Of. Graf. da Livraria do Globo, 1942, Porto Alegre.

⁷ MANZINI, VINCENZO. **Istituzioni di Diritto Processuale Penale**, p. 159/160, decima edizione aggiornata, Padova, Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1950.

pode ser levantado contra documentos ou atos judiciais quando possa influir na decisão da causa. No caso contrário, o tribunal não o admitirá”⁸.

Impõe-se o registro de que embora o nosso Código não contenha, de forma expressa, tal afirmação, dúvida não pode haver de que nele vigora o mesmo entendimento, uma vez que o processo não foi feito para discutir questões destituídas de qualquer relevância para o deslinde da causa principal.

14. Uma observação deve ser feita em relação à falsidade que esteja a exigir o exame de escrito (3, *supra*). Deve-se ter em mira a advertência de GARRAUD, para quem “*Les bases sur lesquelles repose la graphologie sont, en effet, des plus hypothétiques*”⁹. Tal afirmação é repetida por Bento de Faria¹⁰. É certo que a advertência daqueles eminentes processualistas está contida em edições antigas (1929 e 1960, respectivamente). Desde há muito foi grande o aperfeiçoamento da grafologia, graças aos avanços da ciência e da técnica, fazendo com que o exame comparativo de escrito deixe de ser qualificado como prova “puramente conjectural”, como ensina o renomado jurista francês.

De qualquer maneira, recomenda-se a maior reserva quanto à aceitação do laudo respectivo, impondo-se assinalar que em nosso processo, vige, em matéria de perícia (qualquer perícia), o princípio liberatório (art. 182 do CPP), consectário natural do sistema da persuasão racional adotado em nosso Código (art. 157 do CPP). Dessa maneira, o juiz pode aceitar ou não a conclusão do *expert*, uma vez que não se encontra vinculado à opinião dos peritos. A perícia apenas orienta o julgamento, iluminando a prova colhida. É caso de repetir velho aforismo segundo o qual “*dictum expertorum nunquam transit in rem judicatum*”. Para tanto, se assim entender, poderá o

⁸ Indicação legislativa *apud* **Código de Processo Penal Brasileiro**, anotado, ESPÍNOLA FILHO, Eduardo, v. 2, p. 417, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1965.

⁹ GARRAUD, R. **Traité Théorique et Pratique D’Instruction Criminelle et de Procédure Penale**, p. 641, Tome Premier, Librairie du Recueil Sirey (société anonyme), Paris, 1907, *nouveau tirage*, 1929.

¹⁰ FARIA, Bento de. **Código de Processo Penal**, volume I, p. 244, 1960, Distribuidora Record Editora, Rio de Janeiro.

juiz mandar realizar novo exame (art. 181, parágrafo único do CPP), caso não se sinta convencido com a conclusão apresentada pelos técnicos.

Para que se tenha idéia dos riscos da perícia grafológica ou grafotécnica, basta que se recorde o fato histórico em que o famoso Edmond Locard deu como autênticas as cartas atribuídas ao Presidente Arthur Bernardes, gerando então grave crise política em nosso País, fato histórico referido por Tourinho em seu clássico Processo Penal¹¹.

Daí, o cuidado especial que deva merecer a apreciação da perícia caligráfica, valendo-se o juiz, mais que nunca, dos poderes que lhe são conferidos pela lei processual.

15. Posto isso, pode-se ensaiar algumas conclusões básicas envolvendo o incidente de falsidade. Cabe-me pô-las em relevo:

15.1. O incidente em exame encontra-se disciplinado em nosso *ius positum* entre os “processos incidentes”, onde se encontram indicadas, igualmente, medidas cautelares, que não guardam qualquer relação com a natureza do tema em estudo;

15.2. O *mélange* é explicável em razão de que o nosso Código de Processo Penal não regulou de forma harmônica o processo cautelar, tal como ocorre com o de processo civil;

15.3. A falsificação a que se refere o diploma processual penal indica, de forma específica, o *documento* (art. 145 do CPP);

15.4. A perícia, obrigatória no processo civil para a constatação da falsidade, não o é no processo penal, de vez que a lei deu ao juiz a faculdade de mandar realizá-la ou não (art. 145, III do CPP);

15.5. Na dúvida, o juiz deve determinar a realização de perícia para a apuração do *falsum* material;

15.6. A prova técnica em questão só terá sentido, evidentemente, quando a argüição de falsidade relacionar-se com a falsidade material;

15.7. Impõe-se redobrado cuidado em relação ao exame grafotécnico de escritos, tendo em vista as restrições feitas por res-

¹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Processo Penal**, v. 3, p. 261, Editora Saraiva, 2003, 25ª edição.

peitável parte da doutrina a propósito da credibilidade que tal modalidade de perícia possa merecer;

15.8. O indiciado ou o réu não está obrigado a fornecer padrão gráfico que possa incriminá-lo, por força do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Porém, a lei processual oferece outros meios para a obtenção de material gráfico, indicados no art. 174, II e III do CPP, que, por sinal, são os preferidos pelo próprio Código;

15.9. A lei não exige a suspensão do processo principal, embora não o proíba, cabendo ao juiz, diante do caso concreto, proceder a um juízo de prelibação a respeito da relevância da argüição e da sua possível influência para a decisão da causa para efeito de determinar aquela providência;

15.10. Na dúvida, o juiz deverá ordenar a suspensão da causa principal;

15.11. A eventual ocorrência de infração penal contra a fé pública decorrente da falsidade não interessa para o processo principal uma vez que ela será apurada em ação penal própria, cabendo, então, ao juiz proceder na forma do art. 40 do CPP c/c 15 da LICPP;

15.12. Dessa forma, o incidente tem por fim, tão-somente, escoimar do processo penal o vício decorrente de um documento forjado;

15.13. A expressão “parte contrária” deve ser entendida em dimensão pródiga, e não na sua acepção estritamente técnica do ponto de vista processual;

15.14. A própria parte que introduziu nos autos o documento falso, desde que tenha agido de boa-fé, pode suscitar o incidente, confessando o equívoco;

15.15. Terceiro, eventualmente interessado, da mesma maneira, poderá denunciar o fato;

15.16. O ônus da prova é do argüente do incidente (art. 156 do CPP);

15.17. Muito embora a lei seja omissa, ao contrário do que ocorre no processo civil (art. 390 do CPC), o incidente pode ser provocado a todo o tempo e em qualquer grau de jurisdição, até porque o documento, em regra, pode ser junto em qualquer fase do processo (art. 231 do CPP);

15.18. Em qualquer caso, embora a lei não o diga expressamente, o Ministério Público terá que ser ouvido (art. 257 do CPP) a respeito da alegação de falsidade antes da decisão do incidente e não somente para os fins indicados no art. 145, IV do CPP;

15.19. Para que o incidente seja instaurado, exige-se a ocorrência de dúvida séria sobre a validade do documento, bem assim que ele possa influir na decisão da causa;

15.20. Muito embora o documento falso não apresente interesse para o deslinde da causa penal, tal circunstância não eximirá o juiz de proceder na forma do art. 40 do CPP;

15.21. Cabe recurso em sentido estrito da decisão prolatada no incidente de falsidade (art. 581, XVIII do CPP), que, no entanto, não terá efeito suspensivo, observando-se, porém, a advertência feita linhas acima (12, *supra*).☐

A Extinção do Processo nos Art. 267 e 269, Conjugada com a Regra do Art. 329, do CPC

Décio Xavier Gama

Desembargador aposentado do TJ/RJ.

Com freqüência se verifica que sentenças diversas, lavradas com a procedência ou a improcedência do pedido, apontam como fundamento tão-somente o art. 269, número I, do CPC e concluem por determinar a extinção do processo. Tal forma de fundamentar e concluir as sentenças tem sido observada em demandas de Varas Cíveis e do Juizado Especial Cível. Na verdade, cabendo ao Juiz indicar fundamento legal próprio para cada decisão, conforme o pedido e a causa de pedir, não se entende bem porque pretensões e causas de pedir diversas possam justificar o mesmo dispositivo legal como fundamento. Além disto, entende-se menos ainda que se extinga o processo de pronto, na sentença que acolhe ou desacolhe o pedido.

Os números, ou incisos, dos artigos nº 267 e 269, do CPC, cuidam de extinção do processo, mas a determinação para que a sentença contenha tal declaração se acha no art. 329 do mesmo Código. Ali é que há norma imperativa para o Juiz extinguir o processo, caso não se dê o exame do mérito do pedido, e, portanto, com exclusão, de propósito, do citado número I do art. 269, porque exatamente é o que trata das hipóteses de procedência ou improcedência da pretensão. Lê-se no mencionado art. 329 do Código:

*“Art. 329. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas nos art. 267 e 269, números II a V, o juiz declarará extinto o processo.” **

Há, contudo, mais razões para que, naquelas hipóteses, a) não se declare a extinção do processo e, b) não se fundamente a procedência ou improcedência do pedido, com base em mero dispositivo processual que nada tem a ver com a eventual causa de pedir. Não se explica como uma série de sentenças, instruídas de forma e com provas diversas, reclame fundamentação legal sempre no art. 269, inc. I do CPC.

Como se viu, a ordem impositiva para que o Juiz declare extinto o processo se acha logo após, no art. 329 do Código, para quando ocorrerem os casos daqueles dois artigos (267 e 269), mas com o cuidado de excluir da determinação, repita-se, o número I do art. 269, que cuida da procedência ou da improcedência do pedido.

Além disto, por razões também de lógica no julgamento, não é de bom alvitre que uma sentença dê como seu fundamento básico, para decidir o mérito, um dispositivo de caráter processual,

Cada decisão definitiva deve ter a sua motivação legal para a rejeição ou acolhimento do pedido. Cabe aqui até invocar, um “princípio da individualização do processo”, em que se imagina a indicação do dispositivo legal próprio, *de direito material*, para o julgamento. Ao dizer, como se tem dito com muita freqüência, que a ação é procedente, ou não, com base no art. 269, inc. I, do C.P.C., indistintamente, em qualquer sentença, não se está observando aquele princípio, ou melhor, não se está apontando o correto fundamento legal.

Com efeito, as decisões finais e definitivas tomadas na sentença procuram se apoiar em normas de direito substantivo que regulam as condutas dos cidadãos, ou das partes no processo. Quando por demais intuitiva a norma para o caso, omite-se até a sua indicação, seja para acolher ou negar provimento ao pedido.

* Quando o CPC foi editado, em 11.1.73, o art. 329 continha a indicação de todos os cinco números do art. 269, para fins da extinção do processo pelo juiz, mas, a Lei nº 5.925, de 1.10.73, suprimiu do mesmo artigo o inc. I, por óbvia a destinação da norma respectiva, no quadro dos cinco números daquele artigo.

Por outro lado, o verbo extinguir nos art. 267 e 269 do CPC se acha na voz passiva, ou seja, o processo toma o caminho da extinção por força da lei, como consequência da decisão tomada. Cabe ao Juiz determinar a extinção do processo, conforme o art. 329 do mesmo Código, se ocorrem as hipóteses do art. 267 com seus onze (XI) números e art. 269, mas, apenas nos números II a V. Nota-se que há exclusão lógica do número I porque se trata de caso em que o Juiz decide o mérito do pedido.

Com efeito, em primeiro lugar, não se tem como lógico que se vá buscar uma única norma de Direito Processual para, repetindo-a seguidamente, fundamentar o julgamento de numerosas questões nas Varas cíveis e nos Juizados Especiais Cíveis.

Além do mais, o que dispõe o mencionado art. 269 não é que, se procedente ou não o pedido, cabe ao Juiz extinguir o processo de imediato. Ali se dispõe que, se acolhido ou rejeitado o pedido, tem-se, como consequência, a extinção do processo, chegando ele à sua conclusão normal, até mesmo em segunda instância, se houver recurso. Quem se extingue é o processo, por força da decisão tomada pelo Juiz, ou pelo Tribunal.

Ocorre que o Código, em forma imperativa, prevê decisão de extinção na sentença, se ocorrer “qualquer das hipóteses previstas nos art. 267 (com seus 11 números) e art. 269”, mas, nesse último caso, somente nos incisos II a V, como se viu acima na transcrição do art. 329 do CPC.

Assim, não há justificativa legal para que se vá buscar uma única norma de Direito Processual para, repetindo-a seguidamente, fundamentar numerosas questões cíveis, nas Varas com matéria Cível e nos Juizados Especiais Cíveis.

Daí se concluir que, por duas razões, não deve o juiz prolator da decisão de mérito, fazer declaração expressa de que ficará o processo extinto.

Em primeiro lugar porque há norma implícita em sentido contrário (art. 329 do Código, quando exclui o inciso I do art. 269 como hipótese da declaração de extinção). Como segunda razão para deixar de proceder daquela forma, ou seja, concluir, de pronto, que o feito estará extinto logo que tenha sido julgado procedente ou improcedente o pedido, temos a de que todo julgamento de mérito

de primeira instância está sujeito a recurso e cabe ao Tribunal reexaminar aquela apreciação. O recurso de decisão que *não entra* na apreciação do mérito do pedido, leva normalmente o Tribunal a determinar, se for o caso, seja proferida nova sentença, afastada a preliminar. Daí a extinção na primeira sentença. Quando o Juiz aprecia o mérito, não caberia a extinção do processo, porque o Tribunal irá reformar ou confirmar a sentença.

Os art. 267 e 269 cuidam da extinção do processo como conseqüência da decisão proferida. A extinção do processo a ser determinada na sentença por força do art. 329 será a resultante das decisões terminativas, não das definitivas (número I do art. 269).

Note-se que os números do art. 267 (de I a XI) e mais os nºs II a V do art. 269 ficaram, em geral, compreendidos na situação de julgamentos preliminares, de caráter processual, em que o Juiz não tem como avançar na apreciação de um julgamento positivo ou negativo de mérito. Não há como se declarar extinto o processo, portanto, logo depois de se haver julgado procedente ou improcedente a pretensão

Razão de caráter geral e ainda maior para se dizer que não se deve adotar o art. 269 do CPC como fundamento para aquelas sentenças e de nenhuma outra reside no fato de se saber que a norma de conduta, base da procedência ou da improcedência do pedido, está nas leis objetivas e não na lei processual. Esta traça as normas de condução do processo. Não, assim, na hipótese única do inc. I do art. 269, que cuida da procedência, ou da improcedência do pedido. Assim, não se pode invocar o questionado inc. I do art. 269 como fundamento para decidir, como tem ocorrido inadvertidamente, e nem se pode declarar a extinção do feito com igual base legal, tanto mais que, no caso de execução, indo ou não o feito a reexame em segundo grau, haverá uma sentença e um processo para servir de base aos atos da mesma execução. Poderá estar extinto esse processo?☐

A Culpa sem Culpa?

Ronaldo Leite Pedrosa

Mestre em Direito Público. Especialista em Docência do Ensino Superior. Professor Universitário. Juiz de Direito

1. INTRODUÇÃO

Tema que sempre nos instigou, principalmente inspirado e refletindo hoje, novembro de 2005, tarde fria e chuvosa de domingo serrano, é o relativo à noção de culpa e seus desdobramentos nos diversos campos do conhecimento humano, mormente no Direito e, neste último, o específico sobre a transação penal e sua (in)existência.

A globalização (e nesse aspecto é positiva) está fazendo renascer a compreensão de que não existe ciência isolada no contexto do conhecimento, e de que é necessário buscar as noções que podem ser úteis para desvendar-se este ou aquele conceito. É o complexo no simples.

Não se passa de forma diversa com o estudo da culpa.

A interdisciplinaridade exige, para uma melhor compreensão desse tema que tantas conseqüências produz no dia-a-dia de cada um de nós, abordar, ainda que confessando, desde logo, o temor de enveredar por searas que não são de nosso domínio formal por bacharelado, o sentido do termo em sede da Filosofia, da Psicologia, da Teologia e, por último, do Direito.

Especificamente para a proposta deste trabalho, objetivaremos discutir a existência, ou não, da assunção ou fixação de culpa em hipóteses de aceitação de transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, órgãos criados pelo art. 98, I da Constituição da República.

Para que o atento leitor possa avaliar o grau de dificuldade da empreitada, trazemos, como ponto de partida, as definições do Dicionário Aurélio:

Culpa. [do lat. culpa]. S.f. 1. Conduta negligente ou imprudente, sem propósito de lesar, mas da qual proveio dano ou ofensa a outrem. 2. Falta voluntária a uma obrigação, ou a um princípio ético. 3. Delito, crime, falta. [omissis] 4. Transgressão de preceito religioso; pecado. 5. Responsabilidade por ação ou por omissão prejudicial, reprovável ou criminosa [omissis]. 6. Jur. Violação ou inobservância duma regra de conduta, de que resulta lesão do direito alheio.¹

Por conseqüência dessa diversidade de sentidos encontraremos as variantes do termo, com conotações distintas: culposo, culpabilidade, exculpante, culpável, culpado, desculpado, desculpa, mea-culpa etc. Para cada uma dessas derivações haverá uma explicação técnica, mudando o enfoque conforme o ramo do conhecimento que estivermos cuidando.

Guilherme de Ockham, estudando a lógica das palavras, dividiu os termos em *categoremáticos* e *sincategoremáticos*, aqueles por possuírem significação “determinada e certa, assim como o nome ‘homem’ significa todos os homens, e o nome ‘animal’ todos os animais, e o nome ‘brancura’ todas as brancuras”; estes, por não possuírem significado certo e definido “como todos, nenhum, algum, todo, exceto, somente, enquanto, etc”.²

Como o objetivo deste breve ensaio não é ampliar o horizonte científico de tantos e diferentes ramos e significações, nem aprofundar qualquer deles até a exaustão, buscaremos traçar os balizamentos mais importantes de cada um dos selecionados e, se possível, ao final, encontrar, ou não, um ponto de contato entre eles, ou reconduzir a um denominador comum que possa servir de âncora para o pesquisador.

2. A EXPERIÊNCIA HUMANA

Em considerável número de partes podemos estudar a idéia da culpa na trajetória do homem. Desde a fase primitiva, com sub-

¹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2 ed. rev. e aum. 41ª reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. Verbetes *culpa*.

²OCKHAM, Guilherme de. *Lógica dos termos*. Tradução de Fernando Pio de Almeida Fleck. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. (Coleção Pensamento Franciscano, v. III), p.126.

missão à mitologia, até os dias atuais, com o vislumbre de uma fragmentação vigorosa do tema, na qual cada parte do conhecimento busca para si a qualidade de resolver, ou ao menos explicar, o sentido e a idéia de culpa.

No Egito dos Faraós, no momento em que haveria o julgamento da sorte do finado governante pelo Tribunal de Osíris, a revelação da inexistência de culpa o absolveria. Assim ensina Mário Giordani:

Curiosa é a defesa que o defunto faz de si mesmo ao entrar na sala e que consiste, principalmente, em duas confissões negativas em que a alma proclama sua inocência. Assim, entre outras coisas, o defunto declara: Não cometi injustiças contra os homens. Não maltratei os animais. Não fiz o mal em lugar da justiça. Não blasfemei contra Deus. Não empobrecei um pobre. Não fiz sofrer. Não fiz chorar. Não matei. Etc.. Tais confissões revelam, inegavelmente, uma consciência moral elevada que necessariamente teria influído na conduta ética dos egípcios.³

Interessante notar que, hoje em dia, a primeira reação das pessoas, ao serem acusadas ou apontadas como praticantes de algo errado, é de, imediatamente, tentar aplicar o que se convencionou chamar *prática da transferência*, ou seja, jogar para um terceiro, normalmente ausente, a responsabilidade dos fatos em tese. Ou acusar o acusador.

Até mesmo Instituições assim têm agido, por meio de seus representantes. A sociedade, ao ser cobrada, diz que a culpa é do Estado, omisso. O Estado, por sua vez, diz que a culpa é da globalização e da política internacional. A Igreja diz que a Família está enfraquecida. A Família liga a TV. A TV só mostra propagandas, priorizando o consumo insano, e esconde os fatos. O irmão diz que a culpa é do outro. Este, que a responsabilidade é da Polícia. O Delegado afirma que a polícia prende e a Justiça solta. O Judiciário diz

³ GIORDANI, Mário Curtis. **História da Antiguidade Oriental**. 4 ed. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 114.

que a culpa é do Legislativo. Este, por sua vez, alega que o defeito é do Executivo, hiperinfluyente. De seu turno, o Executivo alega que a culpa é do governo anterior. E assim vamos, de transferência em transferência, recusando-nos a atacar o cerne das questões, resvalando pelas superfícies igual surfistas no mar.

Mas é de se fazer uma análise mais consistente do tema, e apreciar a noção de culpa em outras searas do conhecimento. Iniciamos pela visão religiosa.

3. UMA VISÃO TEOLÓGICA DA CULPA

Entende-se teologia como a parte do conhecimento que busca estudar com profundidade a própria existência de Deus e sua interconexão com o mundo terreno. Nessa sede cognitiva é indispensável a busca de estudiosos, do passado e do presente, para avaliar a evolução ou manutenção de suas idéias.

Devemos deixar claro que estamos a examinar o assunto sob a óptica da doutrina da Igreja Católica Apostólica Romana, Instituição de que há mais séculos se preserva no mundo ocidental, pois seria inviável, agora, realizar um estudo comparativo da ideologia de todas as religiões.

O tema tratado neste rápido estudo é o da culpa que, para os ensinamentos bíblicos, toma a feição de pecado. Principalmente o original. Nele, o homem/criatura é o grande personagem. Desde o Século XI canonistas se tornaram responsáveis pela separação técnica das noções de pecado, sob a fiscalização e apreciação da Igreja, e de delito, da alçada da Justiça do Homem, ambos vinculados à idéia de culpa.

Começaremos pela visão de importante pensador da Igreja Católica, Santo Agostinho, narrando sobre o tema:

Da mesma maneira, segundo parece, para chegar a transgredir a Lei de Deus, o primeiro homem não foi arrastado pela sedução, acreditando na verdade das palavras de sua mulher: Cedeu sim devido à afeição que tinha à sua única companheira, à sua a si igual, à sua mulher. Não foi em vão que o Apóstolo disse: “E Adão não foi seduzido, mas a mulher foi seduzida”.

*Ela tomou por verdadeiro o que a serpente lhe disse, mas ele não quis separar-se da sua única mulher nem mesmo na comunhão do pecado. Não foi por isso menos culpável – pois pecou com ciência e consciência. Foi por isso que o Apóstolo não disse “ele não pecou” mas sim “não foi seduzido” (**non est seductus**). Confirma-o quando diz: “por um só homem entrou o pecado no mundo”, e, pouco depois, mais claramente ainda: “por uma transgressão semelhante à de Adão”.⁴*

Por essa óptica, toda culpa é inerente ao homem, assim como todo homem é portador nato do peso a ele imposto.

Outra não é a visão da moderna teologia, valendo reproduzir o pensamento de Antônio Máspoli de Araújo Gomes, doutor em Ciências da Religião por São Paulo:

O ser humano nasce devedor, culpado diante de Deus. Embora em sua primeira infância ele ainda não tenha nenhuma consciência de seus atos morais, essa inconsciência não o exime da culpa primordial. Por isso, a criança, desde o ventre materno, depende da graça especial de Jesus para o perdão dessa culpa e para a sua salvação pessoal. No caso da criança, cabe registrar que o perdão e a salvação em Cristo lhe são imputados automaticamente pelo Espírito Santo, caso ela venha a morrer antes de saber distinguir entre o bem e o mal.⁵

Sendo todos culpados, originariamente, qual seria a possibilidade, se houver, de expiar a culpa e, assim, libertar-se dela? Segundo a visão teológica hodierna, bastaria “romper com seus mecanismos de defesas e assumir diante de Deus a responsabilidade pessoal pelos seus pecados, transgressões, erros e fracassos. Em

⁴ SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**. Trad. de J. Dias Pereira. 2 ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2000, v. II, p. 1273-4.

⁵ GOMES, Antônio Máspoli de Araújo. “O Problema da Culpa e a Graça da Justificação pela Fé”. In **Fides Reformata et Semper Reformanda est**. V. 7, n. 1. São Paulo, 2002, p. 77.

seguida, confessá-los a Deus por meio de Jesus Cristo”⁶. Ou seja, tudo em função de um ato de fé. E, como se pode compreender de maneira singela, ter fé é enxergar o invisível pelo simples querer e crer.

Interessante notar que o próprio **Codex Iuris Canonici (Código de Direito Canônico)**⁷, ao tratar das sanções da Igreja (Livro VI), assim prevê no cânon 1311: “A Igreja tem o direito nativo e próprio de punir com sanções penais os fiéis delinqüentes.” Mais adiante, definindo os limites comportamentais dessas punições, o cânon 1321 § 1º (ora grifado) estatui: “Ninguém é punido, a não ser que a violação externa da lei ou do preceito, por ele cometida, lhe seja gravemente imputável por dolo ou por **culpa**.”

Aqui a teologia se aproxima do direito, pois os conceitos de culpa são fundamentados no comportamento negligente, gerando alguma espécie de prejuízo ou dano a outrem.

4. UMA VISÃO FILOSÓFICA DA CULPA

Estudando a essência das coisas, dos fatos, do ser, a filosofia permite analisar, com profundidade, o tema que instiga. No nosso caso em questão, a culpa deixará de ser um “quase adjetivo”, para transformar-se em verdadeiro substantivo: *a culpa*.

José Ferrater Mora optou por fazer uma avaliação indireta da culpa, analisando-a como consciência moral. No verbete em questão, assim ensinou:

*O sentido da expressão “consciência moral” foi popularizado através de frases como “voz da consciência”, “apelo à consciência”, etc. Mas em seu sentido mais comum, a consciência moral aparece como algo demasiado simples; os filósofos investigaram, com efeito, em que sentidos se pode falar de uma voz da consciência e, sobretudo, qual é – se acaso existe – a origem de tal voz.*⁸

⁶ GOMES, Antônio Máspoli de Araújo. *Op. cit.* p. 101.

⁷ **Código de Direito Canônico**. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 12 ed. rev. e ampl. São Paulo: Edições Loyola. 2001

⁸ MORA, José Ferrater. **Dicionário de Filosofia**. Trad. de Roberto Leal Ferreira e Álvaro Cabra. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes. 1998.

Importante destacar que o sentido filosófico de moral nos en-
via a um outro caminho, para conhecer o mais profundo de nossos
sentimentos e nossa escala individual de valores.

Ocorre que, ao transformarmos esses valores individuais em
comportamentos concretos, estaremos agindo, e nossas ações esta-
rão limitadas pelas ações dos outros seres humanos. Logo, a moral
pode ser enxergada como uma das formas de sairmos do individual
para atingir o coletivo. De iniciar pelo privado, e alcançar o público.

Assim, temos que buscar nos pensadores da Idade Média e,
relendo seus conceitos a respeito do tema, observar como estavam,
desde então, vinculados à idéia próxima da teologia, unindo culpa e
pecado. Vamos ao exemplo com Thomas Hobbes:

*O pecado, na sua significação mais ampla, compreende todo
ato, palavra e pensamento que vá contra a razão reta. Todo
homem, ao raciocinar, procura os meios que forem mais con-
venientes para o fim a que se propõe. Se raciocinar direito –
isto é, se partindo dos princípios mais evidentes construir seu
discurso extraindo deles inferências continuamente necessá-
rias –, ele seguirá por um caminho retíssimo. Mas, se assim
não for, ele se extraviará, isto é, fará, dirá ou procurará algo
contrário ao seu próprio fim; isso feito, diremos que errou, do
ponto de vista do raciocínio, mas que pecou, do viés da ação e
da intenção (**will**). Pois o pecado segue-se ao erro, assim como
a vontade (**will**) se segue ao entendimento. E esta é a acepção
mais geral do termo pecado, sob a qual se contém toda ação
imprudente, quer ela vá contra a lei, como quando derruba-
mos a casa de outro homem, quer não vá, como quando cons-
truímos nossa própria casa sobre a areia.⁹*

Importa, aqui, até pela redução da proposta desta pesquisa,
alterar o foco e adentrar em outra esfera do conhecimento, a psica-
nálise.

⁹HOBBS, Thomas. **Do Cidadão**. Trad. de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 228.

5. UMA VISÃO PSICANALÍTICA DA CULPA

Mais complexo, para nós estudiosos do Direito, é a noção da culpa sob uma abordagem psicanalítica. Mas o Direito é produto da cultura humana e, por tal prisma, a análise do homem, em seu interior, pode possibilitar o encontro de uma explicação que aproxime as duas Ciências.

Assim, consultamos, como qualquer curioso em compreender conceitos de determinada área, um dicionário de psicanálise, especificamente o de Pierre Kaufmann, no verbete *culpa*. Vamos a ele, esclarecendo ao leitor que vale a pena uma consulta integral ao verbete, pois, da página 104 até a 110, o autor esmiúça o assunto, em termos de apresentação ao consulente:

*Enquanto bem no final de um de seus últimos escritos, Moisés e o monoteísmo (1939), Freud evocou essa primeira perspectiva como característica de nossa cultura judaico-cristã – sob cuja ação o sentimento de culpa “se apoderara de todos os povos do Mediterrâneo como um vago mal-estar, como um pressentimento de desgraça cuja razão ninguém é capaz de apontar” – dez anos antes, ele sublinhava uma forma projetiva da culpa no estranho modo como se comporta o “primitivo”: “Quando uma desgraça o atinge”, observa em **O mal-estar na cultura**, “ele não lança a culpa sobre si; ao contrário, lança-a na conta do fetiche, o qual evidentemente deixou de cumprir seus deveres; depois, em vez de se punir, o arrebenta de pancadas.”¹⁰*

É possível captar, nessa lição, a idéia básica de que há uma transferência da própria culpa para um objeto ou algo exterior ao sujeito de quem se busca a configuração dessa falta. Fala-se, também, em culpa mórbida, entendida como aquele estágio do complexo, ou sentimento de culpa, que resulta de psicose, ou neurose.

¹⁰ KAUFMANN, Pierre. **Dicionário Enciclopédico de Psicanálise – O Legado de Freud e Lacan**. Tradução de Vera Ribeiro e Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

Logo, até agora foi visto que em diversos ramos do saber o tema *culpa* exige a presença de alguma coisa ou alguém estranho ao ator principal para sua constatação. Como será no Direito?

6. DIVERSAS MODALIDADES DE CULPA NO DIREITO

Enquanto se pode dizer que a Ética, regulando a consciência, se aproxima da Moral, pode-se, por outro lado, afirmar que a Ética, regulando o comportamento, conecta-se com o Direito.

Partindo do pressuposto de que o Direito existe para disciplinar a vida das pessoas em sociedade, fixando os deveres e obrigações de cada um, prevendo as sanções para os casos de violação das normas, existe um ponto de contato entre os diversos ramos do Direito e as responsabilidades oriundas de atos contrários às regras de conduta: a culpa.

Em termos mais simples, existindo uma lei impondo determinado comportamento, sob pena de, não sendo obedecida, resultar em castigos previamente estabelecidos, a função do aplicador da lei será examinar o fato ocorrido e verificar, no caso concreto, se houve ou não comportamento baseado em culpa, ou, em sentido oposto, se ocorreu qualquer causa que pudesse excluir a culpa do agente, como legítima defesa, estado de necessidade, culpa exclusiva da vítima (quando ela é a causadora do próprio dano), etc, e declarar as conseqüências do ato praticado.

Essa visão é a do comportamento individual, mas não se pode esquecer que, no mundo de hoje, incontáveis são os atos e fatos decorrentes de relações empresariais/institucionais, por exemplo, com reflexos diretos sobre a vida das pessoas. Mas permaneçamos apenas na seara individual.

Diversas áreas da ciência jurídica tratam da análise da culpa respeitando os princípios que diferenciam os ramos específicos, como o Direito Civil, o Penal, o Trabalhista, etc. Em cada um deles há um enfoque específico para a culpa.

Só para se ter uma rápida idéia, na área cível pode-se falar em culpa *concorrente*, que exige, além do comportamento do autor, um outro, negligente, do réu; culpa *ex lege*, ou seja, culpa presumida pela lei, quando de violação de um de seus dispositivos; culpa

aquiliana, que é aquela derivada de falta extracontratual; culpa *negativa*, quer dizer, culpa por omissão; culpa *indireta*, ou seja, aquela que revela a responsabilidade civil por fato de terceiro. No direito das obrigações os sentidos da palavra culpa são diversos e, às vezes, confusos.

Já no direito penal pode-se falar, por exemplo, em culpa *consciente*, que é aquela em que o agente prevê o resultado que pode advir de seu comportamento mas, sinceramente, acredita que não acontecerá e atua, causando o resultado; culpa *por equiparação*, que consiste nos casos de extensão, ou assimilação, ou, em outras palavras, aqueles comportamentos que são praticados por erro, mas que causam lesões em terceiros, e esse erro não é desculpável; culpa *propriamente dita*, que é a que ocorre quando o agente atua com imprudência, negligência ou imperícia, etc.

Portanto, considerando o vasto campo a pesquisar para fechar-se a noção de culpa no Direito, o leitor pode constatar que não bastam essas noções jurídicas. Há indiscutível necessidade de buscar outros horizontes, a fim de aumentar o espectro de compreensão do tema.

No Direito Penal, como se viu, a noção de culpa é fundamental para amparar uma decisão condenatória. Mas, haverá imposição de sanção penal sem culpa, legitimamente? É o que tentaremos responder no próximo item.

7. A TRANSAÇÃO PENAL E A CULPA

Em pouquíssimas palavras, a Constituição da República de 1988, no art. 98, I, estabeleceu a criação de Juizados Especiais Criminais¹¹, órgãos destinados à conciliação, julgamento e execução de infrações penais tidas como de menor potencial ofensivo¹², per-

¹¹“A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados *criarão*: I. *juizados especiais*, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau. Parágrafo único – Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da Justiça Federal.” Grifado agora.

¹²Pelo artigo 2º, parágrafo único da Lei Federal nº 10.259, de 12.07.2001, são infrações dessa natureza aquelas cuja pena máxima não supere 02 anos de pena privativa de liberdade.

mitindo-se, pela primeira vez na história do Brasil, a possibilidade de *transação penal*.

Há vozes abalizadas e importantíssimas nesta quadra da história doutrinária do direito e do processo penal que estão se pondo radicalmente contra a sistemática e a prática empregada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.¹³

Não é este o momento de tentar refletir e dialogar com essas idéias, até mesmo pelo respeito e admiração que seus ilustres defensores merecem de todos nós. Será objeto de outro texto, em fase de elaboração, principalmente voltado para o princípio da conciliação.

Todavia, os Juizados Especiais Criminais aí estão, constituídos e em funcionamento(?). Não há como escapar disso, inútil reduzir a discussão para o *“sou a favor, sou contra”* em relação aos Juizados Especiais Criminais.

Não só o próprio órgão especializado teve sua criação pela Lex Magna, (pode-se citar outro exemplo: o estabelecimento de justiça para os conflitos agrários), como a sua competência restou constitucionalmente delimitada (conciliação, julgamento e execução), tratando-se, assim, de competência funcional, e, por fim, os princípios específicos foram elencados, para distingui-los daqueles da chamada justiça ordinária.

Com base nessa realidade buscaremos formular uma análise específica sobre um aspecto que envolve a dinâmica dessa justiça especializada, que é a relativa à transação penal.

Nos Juizados Especiais Criminais vigora (ao menos a prática deveria ser assim), em sua plenitude, o princípio da conciliação, amparado no princípio da oralidade, considerando-se que Constituição da República ordenou a criação desses órgãos judiciários para as infrações penais de menor potencial ofensivo.

Não deve ser esquecido que a finalidade primordial do direito penal é a proteção de bens jurídicos. E o processo penal, como instrumento, deve implementá-la. Mas não todo e qualquer bem jurídi-

¹³ Cf., como exemplos significativos os cinco primeiros textos constantes em **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**, organizado por Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho; igualmente a excelente tese de doutorado de Geraldo Prado, “Elementos para uma análise crítica da transação penal”.

co; apenas e tão-somente aqueles na medida exata de seu valor como fator de preservação da própria sociedade.

Em tal direção, a lição de Luigi Ferrajoli:

*Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de **racionalidade** e de **certeza**.*¹⁴

A concretização, a materialização do princípio da democracia encontra proteção no estabelecimento e definição dos bens jurídicos. Direitos sociais, direitos fundamentais são os parâmetros, as balizas para tais definições.

Parte-se do óbvio (mas nem sempre respeitado), acolhimento do princípio da supremacia da Constituição. Segundo a lição sempre fundamental de Luís Roberto Barroso:

*O princípio da supremacia da Constituição, que tem como premissa a rigidez constitucional, é a idéia central subjacente a todos os sistemas jurídicos modernos Sua compreensão é singela. Na celebrada imagem de KELSEN, para ilustrar a hierarquia das normas jurídicas, a Constituição situa-se no vértice de todo o sistema legal, servindo como fundamento de validade das demais disposições normativas. Toda Constituição escrita e rígida, como é o caso da brasileira, goza de superioridade jurídica em relação às outras leis, que não poderão ter existência legítima se com ela contrastarem".*¹⁵

Leia-se, então, para evitar dúvidas, o próprio Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 83.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 3 ed. 1999, p. 67.

*é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental - pressuposta. A norma fundamental - hipotética, nestes termos - é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.*¹⁶

Eis a opinião de José Afonso da Silva, cuidando do princípio da supremacia da Constituição (aliás, mais do que um princípio, um verdadeiro axioma do direito constitucional):

*Nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Toda autoridade só nela encontra fundamento e só ela confere poderes e competências governamentais. Nem o governo federal, nem os governos dos Estados, nem os governos dos Municípios ou do Distrito Federal são soberanos, porque todos são limitados, expressa ou implicitamente pelas normas positivas daquela lei fundamental. Exercem suas atribuições nos termos nela estabelecidos. Por outro lado, todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão se se conformarem com as normas da Constituição Federal.*¹⁷

Logo, a expressão *transação penal* escrita na Lei Maior há de ser observada e aplicada, sempre que, no caso concreto, houver justa causa, sob pena de descumprimento do comando supremo.

Recentemente, tratando da justa causa penal sob o enfoque constitucional, Luis Gustavo Grandinetti e outros assim se manifestaram sobre o conceito de bem jurídico:

¹⁶ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 6 ed. 1999, p. 247.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**, São Paulo: Malheiros, 19 ed. 2001, p. 46.

Conclui-se, portanto, que o bem jurídico penal, analisado materialmente, diante dos próprios termos valorativos inseridos na Constituição Federal de 1988, principalmente pela natureza eminentemente axiológica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, imanta os demais conceitos a ele conectados, inclusive, e principalmente, de maneira instrumental, dando-lhe a feição que mais se amolde à realidade por eles tratada.¹⁸

As ferrenhas críticas à transação penal partem da idéia inicial de que haverá processo e pena sem averiguação da culpa e submissão a essa reprimenda em desobediência à garantia da ampla defesa¹⁹.

Data venia, parece-nos claro que essas afirmações partem de pressupostos equivocados, no que diz respeito à realidade brasileira. Equiparam a nossa transação penal com figuras alienígenas, principalmente com o norte-americano **plea bargaining**.

Os institutos são parecidos, mas não idênticos. Ilusão de interpretação. Os primeiros e respeitabilíssimos comentadores da Lei nº 9.099/95, expressamente fizeram a ressalva:

*Convém esclarecer, desde logo, que a lei, no âmbito do Juizado Especial Criminal, ao lado de favorecer a “conciliação”, reservou pouco espaço para a tão difundida “barganha penal”. No que concerne à transação que leva à aplicação imediata da pena, não estamos próximos nem do **guilty plea** (declarar-se culpado) nem do **plea bargaining** (que permite amplo acordo entre acusador e autor da infração sobre os fatos, a qualificação jurídica e a pena).²⁰*

¹⁸ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de; CHAGAS, Fernando Cerqueira; FERRER, Flávia; BALDEZ, Paulo de Oliveira Lanzelotti; PEDROSA, Ronaldo Leite. **Justa causa penal constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 50.

¹⁹ Ver, por todos, o excelente trabalho de Maria Lúcia Karam: “A tendência de estabelecimento da consentida submissão à pena, em procedimentos abreviados, concretiza-se, no Brasil, como em outros países, sob a influência da experiência norte-americana encontrada na fórmula indicada pela expressão *plea bargaining*” (KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais: a concretização antecipada do poder de punir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 37).

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais**. 5. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: RT, 2005, p.48.

No Brasil, frise-se, inexistente, expressamente, a aceitação, ou sequer a discussão a respeito da culpa no momento da aceitação da transação penal.²¹ Concordar com a transação é um direito do envolvido, não uma obrigação. Ele, obrigatoriamente, deverá estar assistido e orientado por defensor. A transação é instituto criado pela Constituição da República. Há vantagens superiores às desvantagens (não poder usar o benefício nos próximos 5 anos) para o envolvido. A área de atrito e o embate por provas cessa. O juiz não está vinculado à proposta feita pela acusação, apreciando livre e fundamentadamente a razoabilidade.

É preciso dizer mais?

Diante do que foi exposto acima, é viável elencar, preliminarmente, as seguintes considerações de ordem genérica, a fim de estabelecer alguns critérios lógicos e objetivos e buscar compatibilizar o sistema infraconstitucional com os princípios basilares da Lei Maior:

a – o vetor mais significativo e fundamental de uma Constituição é o de sua supremacia, importando que todas as suas regras sejam efetivadas;

b – visando a agilizar a prestação jurisdicional, desburocratizar a praxis judiciária, e permitir a solução de delitos de menor potencial ofensivo sem a imposição de pena privativa de liberdade, a Constituição determinou a criação, no âmbito dos Estados, e posteriormente da União Federal, dos Juizados Especiais Criminais, neles cabendo, entre outros institutos despenalizadores, a transação penal;

c – a cláusula pétrea dos direitos fundamentais prevê, também expressamente, a possibilidade de penas sociais alternativas (art. 5º, XLVI, d);

d – para dar cumprimento ao comando constitucional, o legislador infra, em 26.09.1995, editou a Lei 9.099, que, no artigo 76,

²¹ Os parágrafos 4º e 6º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, agora grifados, assim prevêm: “Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, **que não importará em reincidência** [omissis]; a imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo **não constará de certidão de antecedentes criminais**, [omissis] e **não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.**”

cuidando da transação, estabeleceu sua opcionalidade, por parte do envolvido, e a não discussão a respeito de culpa;

e – a transação penal, determinada pela Constituição da República, e implementada pela Lei nº 9.099/95, com os cuidados específicos da norma infra, em nada ofende os princípios da ampla defesa, do devido processo legal, ou da presunção de inocência;

f – esse instituto é inteiramente diferente dos distantes *guilty plea* e *plea bargaining*.

Não se discute, não se admite e não se fala em *culpa* quando se cuida de *transação penal*. É instituto novo na realidade brasileira e, como sói acontecer com as novidades, fortes barreiras se levantam. No tema em análise, todavia, destaque-se: o fundo da preocupação é resguardar os direitos individuais, mas, como tentamos demonstrar, eles não sofrem, sob nosso ponto de vista, esse risco alardeado.

8. QUASE CONCLUSÃO

Olhando para a montanha, e vendo a Natureza esbanjar exuberância, o verde salpicado de gotas de chuva gelada, pássaros se aconchegando em busca de calor, pequenos camaleões se ocultando em locas de pedra, cães deitados olhando para o vazio, reflito.

E, pensando, chego a uma quase conclusão (eis que, consoante visto, não há como alcançar a essência do tema e reduzi-la a um denominador comum), inspirado nas lições de Morin:

*Mas a compreensão nos conduziu a outra coisa: a atitude para o perdão e a magnanimidade que devemos cultivar. Considero sublime que Mandela tenha perdoado os crimes ignóbeis que, durante anos, foram cometidos contra os negros. Este ato de magnanimidade deveria permitir ao futuro sul-africano reconhecer uma vida mestiçada.*²²

É a noção de culpa escondida, ou ao menos disfarçada na nossa incapacidade de reconhecer o outro. De perceber a diversidade e o sentido de conjugação de vidas. Cada vida é composta de uma

²²MORIN, Edgar. *Amor, Poesia, Sabedoria*. Trad. de Edgar de Assis Carvalho. 4. ed. Rio de Janeiro: Bertrand, 2002, p. 63.

infinidade de valores, sentimentos, pensamentos, condutas, características, personalidades, opções, variantes incontáveis que, em um mesmo ser une as partes e forma o todo. Só que muitas dessas partes são contraditórias, quando não antagônicas.

Se é assim em um único ser, como não seria no conjunto de uma sociedade? Como justificar nossas culpas, senão aumentando as dos outros? Como não punir nossos erros, senão criminalizados os dos outros?

Comecei este ensaio no início de novembro de 2005. Termine-o em dezembro do mesmo ano. Desculpe, leitor, se ao invés de oferecer uma conclusão eu tenha deixado indagações. Mas, é também uma forma de fugir da culpa por não cumprir a promessa feita no título. 📄

“O Tributo e o seu Tratamento no Novo Regime Jurídico de Insolvência Empresarial”

LEONARDO ARAUJO MARQUES

Promotor de Justiça. Professor da EMERJ

INTRODUÇÃO

Havia uma enorme expectativa da comunidade jurídica em relação à nova lei de recuperação de empresa e falência, que então se avizinhava com a tramitação do projeto de Lei 4.376/1993, da Câmara dos Deputados, e que hoje se vê concretizada com o advento da Lei 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Logo se percebeu que de nada adiantaria uma alteração no sistema falimentar sem a necessária reformulação do regime tributário, eis que a aproximação desses dois ramos do direito é cada vez mais intensa, sendo necessário gizar que grande parte das alcunhadas reengenharias tributárias dependem de uma funda visão empresarial, sobretudo societária, e vice-versa, ou seja, planejamentos societários não podem olvidar do aspecto tributário.

Conseqüentemente, tramitaram no mesmo pé dois projetos: um, revogando o então D.L. 7.661/1945, enquanto o outro alterava alguns dispositivos do Código Tributário Nacional¹. A dualidade se jus-

¹ Lei complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005.

tificou na medida em que a Lei de Falências era ordinária, enquanto o Código Tributário havia sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei complementar.

Nessa trilha, as linhas que seguem buscarão perquirir os principais efeitos desse novo regime para o direito tributário, desde a controvertida legitimidade do fisco para requerer a falência, até a necessidade de apresentação das certidões negativas de débito para o processo de reabilitação do falido, passando pela classificação do crédito tributário no quadro geral e pelo juízo universal, em relação às execuções fiscais.

Não se pode deixar de lançar mão, entretanto, como intróito, de um estudo mais elaborado sobre o *tributo*, principal elo de ligação entre os dois regimes, tributário e falimentar.

1. O DIREITO TRIBUTÁRIO E SUAS CARACTERÍSTICAS

O direito, como cediço, ainda que uno, pode ser idealizado em diversos ramos, conforme o respectivo objeto e finalidades a serem alcançadas. Nada obstante, não menos certo é frisar que a citada ramificação não é estanque, eis que a separação consagrada tem muito mais serventia propedêutica do que prática, dada à interdependência das inúmeras disciplinas jurídicas.

Logo, desde o pórtico, convém traçar as linhas distintivas do direito tributário a partir do exame de suas características, para só então direcionar atenção para o cerne do artigo. Conta-se, felizmente, nesse início, com as irretocáveis lições do professor GERALDO ATABILA, para quem o *“direito tributário objetivo é o conjunto de normas jurídicas que regula a tributação, entendendo-se por tributação a ação estatal de tributar”*².

O direito tributário como ramo de direito público

Muitíssimo criticada a classificação ainda utilizada entre nós, em que se concebe o direito em dois grandes blocos: direito privado e direito público. De qualquer sorte, para entender melhor tal classificação, três critérios devem nortear o exegeta: o da característica

²ATABILA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 51.

do titular do direito regulado; o da natureza do interesse protegido; bem como o da natureza dos efeitos da norma.

Dentro do primeiro critério, considerar-se-á de direito público o ramo do direito cujo titular seja o Estado. Já pelo segundo critério, será direito público quando o interesse envolvido pela norma for predominantemente do próprio Estado ou da coletividade. O último critério, considerado como ponto chave, afirma que o ramo será de direito público se suas normas forem cogentes, compulsórias, obrigando ou proibindo que se faça alguma coisa. Por todos eles, notadamente, o direito tributário deve ser considerado como um ramo de direito público.

O direito tributário como um ordenamento de direito obrigacional

Quanto ao seu objeto, o ordenamento jurídico pode ser dividido em: direito das coisas; das pessoas e das obrigações.

A considerar que o direito obrigacional é aquele que regula situações de caráter patrimonial entre duas ou mais pessoas, envolvendo prestações jurídicas, chega-se à inequívoca conclusão de que o direito tributário também é obrigacional.

Deve-se atentar, no entanto, para as peculiaridades do direito tributário, quais sejam: a obrigação tributária tem como fonte a lei em seu sentido formal; a relação é formada por no mínimo duas pessoas, o sujeito ativo tributário e o sujeito passivo tributário; uma vez realizada a prestação, extingue-se a relação tributária.

1.1. O objeto do direito tributário

Alguns autores afirmam que o direito tributário tem por escopo regular uma parcela da atividade financeira do Estado. Não está de todo errada aquela assertiva, pois ao lado de tantas outras atividades econômicas exercidas pelo Estado está o de receber os Tributos. Mais acertada, porém, a visão daqueles que consideram o direito tributário como o ramo que *“regula e restringe o poder do Estado de exigir tributos e regula os deveres e direitos dos contribuintes, isonomicamente”*³.

³ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 32.

Em outras palavras, direito tributário é aquele que se ocupa em regulamentar a relação jurídica entre o Estado e o contribuinte, isto é, o que tem por objeto a relação jurídico-tributária.

Com fundamento na referida orientação, deve-se afastar como terminologia desse ramo do direito, expressões como “direito fiscal”, “direito do imposto” ou “direito financeiro”.

“Direito fiscal”, embora ainda utilizado em alguns países como Argentina e Espanha, não exprime com exatidão a grandeza desse ramo, pois vende a falsa impressão de que o direito pertence ao fisco. A terminologia “direito financeiro” também não acena para a realidade, na medida em que o direito tributário concentra-se na relação jurídica tributária e não em toda a atividade de arrecadação pelo Estado. Por fim, não menos imprópria a expressão “direito do imposto”, vez que no Brasil o imposto é apenas uma das espécies de tributos existentes.

Portanto, faço eco à afirmação sempre forte do professor Bernardo Ribeiro de Moraes, a saber:

A denominação “direito tributário” oferece a idéia de um direito relativo a tributos, vocábulo gênero que compreende diversas espécies [...]. Trata-se de um nome estabelecido pela dogmática italiana, hoje adotado pela maioria dos doutrinadores e em inúmeros ordenamentos jurídicos.

[...] Tal ramo do direito se interessa pelo tributo como objeto da relação jurídica, conseqüentemente, a expressão “direito tributário” é a mais indicada para denominar a disciplina em questão ⁴.

Tem-se, dessa forma, como incensurável o conceito formulado pelo professor Hugo de Brito Machado:

Direito tributário como ramo do direito que se ocupa das relações entre o fisco e as pessoas sujeitas a imposições tributárias

⁴ MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. 5 ed. Volume I. São Paulo: Forense, 1996. p. 95.

de qualquer espécie, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão contra os abusos desse poder ⁵.

2. O PODER SOBERANO DO ESTADO

O Estado é uma criação do próprio homem como peça fundamental para a vida em sociedade, pois sem ele todos estariam relegados a uma vida de insegurança. Para se viver em sociedade precisa-se de uma instituição grandiosa, dotada de poder suficiente para ditar as regras de conduta. Conforme já advertia Thomas Hobbes:

*Apesar das leis de natureza [...], se não for instituído um poder suficientemente grande para nossa segurança, cada um confiará, e poderá legitimamente confiar, apenas em sua própria força e capacidade, como proteção contra todos os outros*⁶.

O poder a que se refere o autor se exprime na soberania estatal, que pode ser considerada tanto um instrumento colocado à disposição do Estado para impor sua vontade, como um fim a ser alcançado.

A soberania é uma das noções chave de todo o pensamento jurídico-político moderno, consolidada a partir do século XVI como elemento essencial do processo de centralização do poder político que dá vida ao Estado moderno, não está submetido a nenhum outro, isto é, está desvinculado de quaisquer outras normas. Não existe, portanto, na órbita interna, nenhum outro poder igual ou superior.

A soberania é o grau máximo do Poder do Estado e tem como características ser um poder originário, exclusivo, incondicionado, uno, coativo e perene.

É originário por não ser decorrente de nenhum outro. Exclusivo, pois pertence somente ao próprio Estado. Incondicionado, já que não encontra limite em nenhum outro poder. Uno, na medida em que é inconcebível a existência de duas soberanias. Coativo, por-

⁵ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 52

⁶ MALMESBURY, Thomas Hobbes. **Leviatã**. Tradução de: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural.

que o Estado pode impor sua vontade pela sua força. Perene, já que sua existência está ligada diretamente à formação do Estado.

O poder soberano é concedido ao Estado pelo povo e é dele que se depreende a faculdade do Estado de criar os tributos, como principal meio para financiar os altos custos da atividade estatal, pois *“sempre que existam comunidades que tenham de satisfazer necessidades próprias, existirão também métodos para fazer com que seus membros prestem sua contribuição material para satisfação dessas necessidades comuns”*. Resta válida, insista-se, a advertência de que a soberania é conferida senão ao Estado enquanto poder constituinte.

Em outras palavras, o Estado, no exercício do poder derivado, também está submetido ao ordenamento jurídico por Ele estabelecido enquanto poder constituinte. Dessa forma, é por meio da Constituição que se institui o poder de tributar, originalmente uno por ser decorrente da vontade do povo, mas repartido entre as pessoas políticas de direito público, dotadas de poder legislativo, que fazem parte da federação. Não é outra a visão do professor Geraldo Ataliba:

*Antigamente, quando não se podia falar em Estado de direito, o político usava o poder para obrigar arbitrariamente os súditos a concorrerem com seus recursos para o Estado. [...] Hoje, o Estado exerce esse poder segundo o direito constitucional e obedece, em todas as suas manifestações, ao estabelecido na lei*⁸.

A todo esse poder de criar tributos, penetrando no patrimônio particular dos indivíduos, denomina-se, também, de poder fiscal, cujos fundamentos várias teorias procuram justificar.

Muito festejada a teoria denominada de *contrato social*. Segundo explica: os homens que viviam em Estado de natureza, ao se associarem, abrem mão de certos direitos em prol da coletividade, com o objetivo, senão outro, de verem respeitados seus interesses,

⁷SCHMOLDERS, Gunter. **Teoria general del impuesto**. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1962. p. 3. *Apud*: MORAES, Bernardo Ribeiro. **Compêndio de direito tributário**. 5 ed. Volume I. São Paulo: Forense, 1996. p. 349.

⁸ATALIBA, Geraldo. *Op. cit.* p. 29.

uns pelos outros. Firmariam, assim, um contrato, pelo qual os indivíduos formariam um só corpo. A contundente crítica que pesa sobre essa teoria é o fato de que nem todos os indivíduos contribuem para a formação do Estado, já que deixam de pagar tributos.

De outro ponto, a teoria *absoluta do Estado* sustenta que o dever do indivíduo em contribuir para a formação do Estado através do pagamento de tributos se explica pela própria sujeição dele ao poder soberano.

Acerca da importância do princípio constitucional da soberania nacional, lapidar a precisa colocação do professor e hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau:

*O primeiro dos princípios anunciados, entre aqueles a serem observados, de modo que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, realize o fim de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, é o da **soberania nacional** (art. 170, I). Trata-se, aí, de **princípio constitucional impositivo** (Canotilho), a cumprir dupla função, como instrumental e como objetivo específico a ser alcançado ⁹.*

Vê-se que o poder fiscal é anterior à obrigação tributária, pois se manifesta na faculdade de criar normas jurídicas instituidoras de tributos. Destarte, o poder fiscal esgota-se na função legislativa. Nota-se, assim, que o vínculo nascido a partir da existência do fato gerador é de cunho obrigacional, não se devendo, adverte Geraldo Ataliba, confundir o titular da competência tributária e o sujeito ativo do crédito tributário. Veja-se:

Sujeito ativo é, em regra, a pessoa constitucional titular da competência tributária. Nestes casos [...], a lei não precisa ser expressa na designação do sujeito ativo. Se nada disser, entende-se que o sujeito ativo é a pessoa titular da competência tributária. [...].

⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 225.

Se, entretanto, a lei quiser atribuir a titularidade da exigibilidade de um tributo a outra pessoa que não a competente para instituí-lo, deverá ser expressa, designando-a explicitamente; na maioria das vezes assim se configura a parafiscalidade¹⁰.

3. O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

O sistema¹¹ tributário nacional, como conjunto organizado de partes relacionadas entre si de forma interdependentes, no Brasil, só pode assim ser considerado a partir da emenda constitucional de nº. 18 de 1965. É importante asseverar que, nesta época, as condições políticas do país exigiam uma hipertrofia do poder da União em detrimento dos poderes regionais e locais.

Com efeito, perfeita a abordagem do professor Baracho na sua premiada monografia:

No Brasil, é manifesto o declínio da ordem federativa, consideravelmente precipitado, do ponto de vista jurídico formal, pelos constituintes que, em 46, 67 e 69, amesquinham grandemente o espaço autônomo reservado à competência das unidades participantes, do mesmo passo que agigantavam a União e a autoridade constitucional do Presidente da República¹².

Tal declínio se deve à injusta repartição do poder de tributar fixado nos sistemas da época e, cuja deficiência, se procurava resolver através da Carta Constitucional de 1988, consoante observado pelo professor Bernardo Ribeiro de Moraes:

Foi nesse ambiente conjuntural de extrema complexidade, preocupante para o Brasil, que a Constituinte foi convocada,

¹⁰ ATALIBA, Geraldo. *op. cit.* p. 84.

¹¹ Sistema e regime, como conjuntos de princípios e regras sobre determinado assunto, são a mesma coisa e como tal serão considerados nas linhas que seguem.

¹² BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral do federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 187.

tendo por encargo dar ao nosso país uma nova Constituição e, com esta, um novo sistema tributário.

Nos trabalhos iniciais da Constituinte havia, desde logo, um consenso generalizado sobre certas direções a serem seguidas pelo novo sistema tributário. [...]: descentralização e fortalecimento da autonomia dos Estados e dos Municípios; atenuação dos desequilíbrios regionais do país; maior justiça fiscal e proteção ao contribuinte; simplificação da tributação (...) ¹³.

Embora plenamente cientes do grave problema decorrente do irrealista sistema abraçado pelos ordenamentos anteriores, os Constituintes não conseguiram atingir o fim colimado, registrando-se apenas uma pequena melhora no que diz respeito à participação dos Estados e dos Municípios na arrecadação federal.

O sistema tributário nacional consagrado na Constituição de 1988¹⁴ alicerçou-se em alguns pontos que merecem destaque.

O primeiro ponto agasalhado foi considerar a expressão tributo como gênero do qual são espécies os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Também ganha relevo o fato de ter transformado em princípio constitucional a capacidade contributiva do contribuinte e o caráter pessoal dos impostos. Por fim, também definiu com precisão o campo reservado à legislação complementar tributária, dando ênfase aos princípios constitucionais tributários que devem ser respeitados pelo legislador infraconstitucional, como princípio-norma de eficácia plena que refletem, em verdade, direitos e garantias individuais já abraçados pelo Constituinte.

O arcabouço tributário constitucional é completado pelo Código Tributário Nacional¹⁵, recepcionado pela Carta Magna como lei complementar *ratione materiae*, cuja importância é inquestionável, mas que demanda uma releitura, sobretudo em virtude das alterações vivenciadas a partir, inclusive, de 1988.

¹³MORAES, Bernardo Ribeiro. *op. cit.* p. 172.

¹⁴CF/1988, artigos 145/162.

¹⁵Lei 5.172, de 25.10.1966.

3.1. A repartição da competência tributária

Conforme asseverado no início, o poder de tributar, como expressão da soberania estatal e, portanto, da vontade do povo, é uno. No entanto, é através da Constituição que ele se divide entre as pessoas de direito público que formam a federação, no caso do Brasil, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

No que toca à repartição dessa competência, não se pode deixar de lado a divisão constitucional do gênero tributo. Isto porque a Constituição facultou a todos aqueles entes políticos a possibilidade de criar taxas em virtude do exercício regular do poder de polícia e da prestação de serviços divisíveis e específicos, bem assim de instituir contribuições de melhoria decorrentes de obras públicas que levarem a efeito.

Diante desse contexto, é fácil aferir que tanto nas taxas como nas contribuições de melhoria não há espaço para dúvidas: a competência é comum. Desde que a pessoa de direito público, dentro de suas atribuições, preste um serviço divisível e específico ou realize um ato regular de poder de polícia, poderá instituir a taxa respectiva. Da igual maneira, em relação às obras públicas, no que toca às contribuições de melhoria.

A repartição da competência para instituir os impostos é mais complexa. É que, neste caso, a competência para instituí-los é privativa e discriminada, como consectário lógico da opção constitucional de nominar, individualmente, todos eles, e atribuindo, em todos os casos, qual o ente político com poderes para instituí-los.

Em brilhante síntese, o professor Sacha Calmon, acompanhado pelas lições do professor Geraldo Ataliba¹⁶, resumiu o hercúleo trabalho Constituinte:

Prosseguindo, de ver agora porque, adotando as técnicas da competência privativa e comum e ligando-as às inspirações da teoria dos fatos geradores vinculados e não-vinculados, pôde o Constituinte equacionar a repartição das competências en-

¹⁶ O professor Geraldo Ataliba, na sua pequena grande obra, **Hipótese de incidência tributária**, também classifica os tributos em vinculados e não vinculados, considerando as taxas e contribuições como vinculados a uma atuação estatal, enquanto os impostos são tributos não vinculados.

*tre as pessoas políticas, segregando as respectivas áreas econômicas de imposição, de modo a evitar conflitos de competências ou superposições competenciais em detrimento dos contribuintes e dos próprios entes tributantes*¹⁷.

É de bom alvitre consignar, que me perfilho aos sequazes do professor Sacha Calmon no que toca à redução dos empréstimos compulsórios e das contribuições parafiscais à tricotomia acima esposada¹⁸.

Os empréstimos compulsórios, embora restituíveis, analisados os seus fatos geradores, invariavelmente são impostos. Já as contribuições parafiscais, conquanto não estejam relacionadas a uma prestação divisível e específica, também o serão, inobstante a finalidade específica de suas receitas. Por fim, as contribuições previdenciárias, dado o seu caráter sinalagmático, enquadram-se como contribuições em espécie.

O último ponto a ser analisado nesse tópico diz respeito à necessidade de se evitar confusão entre a repartição do poder de tributar e a repartição da receita tributária. Sobre o tema, trazendo como exemplo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS, sintetizou o professor Hugo de Brito Machado:

*A distribuição da receita não afeta a competência. Os tributos cuja receita seja distribuída, no todo ou em parte, a outras pessoas jurídicas de direito público não deixam, por isto, de pertencer à competência legislativa daquela a quem tenham sido atribuídos (CTN, art. 6º, parágrafo único)*¹⁹.

4.OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

A nova Ordem Constitucional edificada em 1988, analisada apenas sob a perspectiva do sistema tributário nacional, estruturou-se com fincas em sólidos princípios jurídicos, estampados nos artigos 145/152, cujo objetivo é a regulação do poder de instituir tributos, como também das próprias relações jurídicas tributárias. Há que se atentar,

¹⁷ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.* p. 70.

¹⁸ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.* p. 74-75. Ambos de competência privativa da União. Em sentido contrário: MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 64, que sustenta a existência de cinco espécies.

¹⁹ MACHADO, Hugo de Brito. *Op. Cit.* p. 237.

no entanto, que quase todos nada mais são do que reflexos daqueles princípios já consagrados no artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, são retratos dos direitos e garantias individuais, como igualdade, dignidade da pessoa humana, propriedade, liberdade, dentre outros.

O professor Sacha Calmon brinda-nos mais uma vez com a sua clarividente síntese sobre a efetividade dos princípios constitucionais em sede tributária:

O que caracteriza os princípios é que não estabelecem um compromisso específico, mas uma meta, um padrão. Tampouco exigem condições para que se apliquem. Antes enunciam uma razão para interpretação dos casos. Servem, outrossim, com pauta para interpretação das leis, a elas se sobrepondo ²⁰.

Nesta maré, precisa, como de hábito, a visão do professor Hugo de Brito Machado:

Tais princípios existem para proteger o cidadão contra os abusos do Poder. Em face do elemento teleológico, portanto, o intérprete, que tem consciência dessa finalidade, busca nesses princípios a efetiva proteção do contribuinte ²¹.

A considerar, por um lado, que foge ao desígnio desse artigo o estudo pormenorizado desses princípios, passa-se a análise, apenas perfunctória, dos mais importantes, sem olvidar, contudo, da grande relevâncias desses para a compreensão conjuntural do sistema.

4.1. A capacidade contributiva e a pessoalidade do tributo²²

Num país como o Brasil, onde a carga tributária é uma das

²⁰ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.* p. 89.

²¹ MACHADO, Hugo de Brito. *op. cit.* p. 39.

²² Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
[...].

§ 1º - Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

(...).

mais altas do mundo²³, há que se esperar um maior retorno, em benefícios sociais, que justifique tamanha voracidade fiscal. Não é, como salta aos olhos, o que acontece.

Ademais, a capacidade econômica para pagar tributos somente deve ser sopesada, relativamente às atividades produtivas, após as deduções com os gastos de aquisição, produção e exploração.

A aludida pessoalidade no texto constitucional, obriga o Estado a observar as características pessoais do contribuinte no momento de instituir o tributo, na medida em que capacidade nada mais é do que a possibilidade econômica de arcar com o pagamento, sem que isso comprometa a dignidade pessoal ou impossibilite a exploração de uma atividade profissional lícita. Em suma, tanto na criação como na aplicação das regras tributárias, o Estado deve ficar atento à potencialidade das pessoas para contribuir para o financiamento dos gastos públicos, sob pena de ferir a Constituição.

Da leitura do material doutrinário consultado, a conclusão é a de que o princípio da capacidade contributiva é a fórmula utilizada pelo legislador constituinte para dar atendimento a outro princípio constitucional, o da isonomia, que nada mais é do que dispensar tratamento diferente aos desiguais. Não se pretende, com isso, reduzir o alcance do princípio ora em análise, pelo contrário, pois estabelecida essa co-relação, permitir-se-á alçar vãos ainda mais altos, em face da amplitude do princípio da igualdade, que abaixo será objeto de uma análise mais aproximada.

4.2. A legalidade²⁴

A Constituição é explícita ao afirmar que nenhum tributo pode ser criado ou aumentado senão em virtude de lei, afóra as exceções previstas no próprio texto maior.

²³ 32,3% do PIB, em 2000: um recorde histórico.

²⁴ Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;
(...).

A criação ou majoração de tributos é matéria a ser decidida pelos representantes do povo integrantes do poder legislativo, e não pelo Chefe do Poder Executivo, no que se chama de princípio da legalidade formal. É por tal razão que ganha destaque no cenário jurídico nacional a discussão sobre a constitucionalidade de se instituir ou aumentar tributos através de medidas provisórias, prevalecendo o entendimento dentro da nossa Corte Constitucional em sentido positivo, o que mereceu vaias de boa parte da doutrina²⁵.

A legalidade sob a ótica material, impõe que a lei instituidora do tributo contenha todos os requisitos necessários para sua exata compreensão. Trata-se de uma perquirição de conteúdo e não de forma, tornando íntima a relação entre legalidade e tipicidade²⁶. Em sendo a lei omissa ou obscura, não cabe ao administrador ou ao juiz equacionar o defeito por meio da aplicação da analogia ou outro recurso. A solução é a inaplicabilidade da lei ou do ato normativo. É de se consignar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu pela constitucionalidade da lei que delegara ao Ministro da Fazenda o poder para fixar o prazo para recolhimento do tributo, entendendo que tal atribuição não se encontrava na exigência de reserva legal²⁷.

4.3. A anterioridade²⁸

Nenhum tributo pode ser cobrado no mesmo exercício financeiro da lei que o criou. O objetivo desse princípio é permitir que o contribuinte faça uma programação das suas atividades, evitando surpresas e conferindo-lhe segurança jurídico-econômica.

²⁵ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *op. cit.* p. 194.

²⁶ Vide artigo 97, do CTN.

²⁷ RE 140.669/PE, Rel. Min. Ilmar Galvão. Julg. em 02.12. 1998. **Informativo STF** 134.

²⁸ Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

[...].

III - cobrar tributos:

[...].

b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou;

A vedação não se aplica ao aumento dos impostos de importação e exportação, sobre produtos industrializados, sobre operações financeiras e nem sobre o imposto extraordinário de guerra, por força de exceção constitucional.

4.4. A anualidade

Acirrada a discussão sobre a existência²⁹, ou não³⁰, do princípio da anualidade em nosso sistema. Este, a dispor que a lei que institui ou majora o tributo, além de ser criada em exercício anterior por imposição da anterioridade, deve ser editada antes da lei orçamentária, pois não se autoriza ou condiciona o que não existe. Não se poderia, sequer, alterar a lei orçamentária, criando ou aumentando tributos, após o prazo fixado pela Constituição³¹. Somente os tributos previstos na lei orçamentária de cada ano é que poderiam ser cobrados dos contribuintes.

Embora sobre outro enfoque, recente decisão do Supremo Tribunal Federal reiterou a existência do princípio da anualidade em nosso ordenamento, com os seguintes termos:

FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS E ANUALIDADE - *O Tribunal concedeu mandado de segurança impetrado pelo Município de Santo Antônio do Amparo/MG contra a Decisão Normativa 38/2001 que, alterando a de nº. 37/2001, ambas do TCU, reduziu, de 1,2% para 1%, o coeficiente de participação municipal no Fundo de Participação dos Municípios - FPM. Aplicou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a alteração do coeficiente em meio ao exercício financeiro viola o **princípio da anualidade**, extraído do art. 244 do Regimento Interno do TCU e do art. 91, § 3º c/c art. 92 do CTN, que estabelecem que os coeficientes individuais de*

²⁹ Por todos, COELHO, Sacha Calmon Navarro, *in: op. cit.* p. 228 e segs. na qual cita os posicionamentos dos professores FLÁVIO BAUER NOVELLI, JOÃO MANGABEIRA e MISABEL DERZI.

³⁰ Por todos, MACHADO, Hugo de Brito, *in: op. cit.* p. 43, na qual destaca a corriqueira confusão que se faz entre os princípios da anualidade e anterioridade.

³¹ Segundo as regras atuais, o prazo é até 14 de novembro, eis que a CR/88 conferiu à lei complementar o poder para estabelecer tal prazo, consoante artigo 165, § 9º, inciso I.

*participação dos municípios devem ser fixados até o último dia útil de cada exercício, para vigorarem durante todo o exercício subsequente. Writ concedido para cassar, relativamente ao impetrante, os efeitos da decisão normativa impugnada produzidos durante o exercício de 2001, garantindo-lhe as diferenças devidas por força do índice previsto na decisão normativa alterada no período de julho a dezembro de 2001*³².

4.5.A igualdade

Como sabiamente ponderou o professor Geraldo Ataliba, ao proferir uma palestra sobre os princípios da igualdade e anterioridade:

*Se se perguntar qual é o princípio mais importante, qual a diretriz que domina toda a Constituição e que espraia suas exigências até os seus mais remotos confins e cujas exigências não podem ser ignoradas em nenhuma hipótese, por ninguém - nem pelo legislador, nem pelo administrador, nem pelo aplicador, nem pelo homem comum - teremos que dizer: “é a igualdade”. Esse é o maior princípio constitucional. Primeiro, porque ele é um desdobramento e um fundamento da República, que está no art. 1º. Segundo lugar, é uma implicação necessária do Estado de Direito, que também está no art. 1º - não há Estado de Direito sem igualdade. Terceiro, porque o fulcro da Constituição está todo no art. 5º.*³³

³² MS 24151/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julg. em 28.9.2005. **Informativo** 403 do Supremo Tribunal Federal.

³³ Nessa mesma palestra, o professor GERALDO ATALIBA forneceu um elucidativo exemplo de como deve ser aplicado o princípio da isonomia em direito tributário:

- O Decreto-lei 2.434 estabeleceu o seguinte: “são isentas do imposto sobre operações de câmbio as operações de câmbio realizadas para cobrirem importações cujas licenças de importação sejam expedidas depois do dia x”. Esta lei é alguns meses anterior ao tal dia x. Ficou imediatamente evidente, para a maioria dos contribuintes, mesmo leigos, que havia algo de muito esquisito. Eles se sentiram desigualmente tratados. Por quê? Ora, se alguém obtém a licença para importar antes do dia tal, paga o imposto; se for depois do dia tal, não paga o imposto. Então, ficou muito chocante para o leigo que havia uma violação da igualdade. Ora, o que tem o fato de eu tirar licença agora ou depois, com a carga tributária que vou ter que pagar? Este tratamento desigual não é justificado.

Então, isto foi elaborado pela jurisprudência de Primeira Instância e especialmente por este Tribunal, mas acompanhado por alguns outros Tribunais Regionais Federais do País. E predomina a seguinte orientação: se a lei deu isenção deste imposto sem nenhuma razão objetiva, clara, transparente, ou seja, sem fundamento, já que o Judiciário não vai questionar o mérito da decisão de dar isenção, então o Judiciário dá isenção para todo mundo em igualdade de condições, tenham ou não as pessoas obtido a licença no dia x ou no dia y, que é um dia futuro.

Todos são iguais perante a lei, não se admitindo, mesmo em matéria tributária, discriminação racial, religiosa, filosófica, política, cultural ou qualquer outra. Contudo, é preciso lembrar que isonomia é tratar igualmente os iguais e diferentemente os desiguais. Mas o que são os iguais? Como saber quem são os desiguais?

Há acórdãos com os mais variados fundamentos. Eu diria, pelo que tenho visto - se eu estiver errado, vou ser corrigido pelo Dr. Kallás, Dra. Diva, Dr. Américo Lacombe - que o fundamento predominantemente acolhido é o seguinte: se a lei tributária deve descrever um fato dizendo: "a partir do acontecimento deste fato nasce uma obrigação tributária", a lei tributária é obrigada, por exigência constitucional, a descrever, satisfatoriamente, integralmente, o fato. Descrever o fato integralmente quer dizer: o legislador é obrigado a explicitar os dados básicos deste fato, para que ele possa ser reconhecido pelos intérpretes como fato tributável.

Deve dizer qual é a materialidade do fato, qual é o momento em que acontece o fato, qual é o local - se for relevante - em que acontece o fato, quem é o sujeito passivo que vai ser responsável pela obrigação que vai nascer do acontecimento deste fato, qual é a base impositiva (ou seja, deste fato, qual é a dimensão economicamente mensurável que é legislativamente qualificada para sofrer a aplicação da alíquota). E a lei ainda deve estabelecer a alíquota. Tudo isso deve estar na lei. A falta de qualquer destes elementos na lei impede que se reconheçam preenchidas as exigências do princípio da legalidade. Então, haveria intenção de tributar, mas não uma norma tributária; o Estado quis tributar. Só que não foi eficaz, ele não conseguiu fazer a norma inteirinha. A mesma coisa que aconteceria numa norma penal a que faltasse um elemento substancial qualquer, e o Prof. Kallás me corrigirá. Nenhum aplicador pode suprir aquela deficiência da lei penal. O legislador quis punir, mas não conseguiu, não conseguiu criar a figura punitiva, porque faltou um elemento. A legalidade exaustiva estrita é tão válida em Direito Penal quanto em Direito Tributário.

Pois bem, este fato com as suas perspectivas econômicas é que serve de fundamento para a armação da chamada trama tributária concreta. Então o legislador descreveu o fato, já que se trata do imposto de importação (se alguém quiser estudar, deve ler o livro do Prof. Américo Lacombe). O legislador deve descrever o fato, exige a Constituição. No caso, obedecendo ao art. 153, I, da Constituição, ele deve descrever o fato "importar". Quer dizer, "fazer com que uma coisa, um produto, uma mercadoria passe a linha aduaneira". A pessoa que fizer isto produziu o fato que a Constituição consente que seja erigido em fato tributável. E quem erige é o legislador, é a própria Constituição que diz. É o legislador.

Para que o sujeito pague ao vendedor, no exterior, o produto importado, ele é obrigado a comprar moeda. Isto configura operação de câmbio, negócio jurídico-financeiro, entregar moeda nacional em troca de uma moeda estrangeira. A operação de câmbio é regulada por lei administrativa. O fato "realizar operação de câmbio" é um fato que está qualificado pela lei tributária como capaz de fazer nascer obrigação de pagar o tributo, imposto genericamente chamado de IOF. No caso, Imposto sobre Operação de Câmbio. Há quem chame de IOC.

Ora, qual é a relação que há entre o fato de ter que comprar moeda - que é um fato que faz nascer obrigação tributária, porque está qualificado na lei, com base na Constituição - com o fato de alguém importar? Qual é a relação jurídica do próprio fato? Nenhuma. É lógico que todos os nossos negócios são encadeados. É porque sou proprietário de um imóvel que posso alugá-lo e, alugando, recebo uma renda. Isto não autoriza nenhum legislador a misturar o contrato de locação com o imposto predial urbano sobre aquele meu imóvel, o IPTU. Se eu não for dono do imóvel, é evidente que eu não posso locá-lo, mas esta conexão dos fatos na minha pessoa não autoriza que o legislador faça nenhum tipo de mistura legislativa, desobedecendo aos critérios da Constituição.

E a Constituição é claríssima. Uma coisa é importar, como fato capaz de fazer nascer obrigação tributária; outra coisa é realizar operação de câmbio, para pagar a importação. Então, o que fez este legislador que disse: "são isentas as operações de compra de moeda estrangeira, cuja licença de importação se realize depois do dia tal"? Mas como? A licença de importação é um procedimento administrativo que vai permitir o fato de importar. Fato este que pode fazer nascer um outro imposto. Obter licença administrativa para importar é um fenômeno administrativo, o condicional do acontecimento de um outro fato, tributável por outro imposto. E vem esse legislador e diz: "quando for comprar moeda vai ficar dependendo deste acontecimento e dessa data". É um arbítrio total. Por quê? Ensina a teoria tributária - desdobrando a Constituição - que o fato que o legislador põe na materialidade da hipótese de incidência deve ter conteúdo econômico. No caso, não precisamos nem discutir teoria, a Constituição já deu os conteúdos econômicos (arts. 153, 155, 156). Os conteúdos são aqueles que estão na Constituição: importar, exportar, ser proprietário rural, receber renda, produzir bens industrializados, realizar operação financeira, prestar serviço, ser proprietário imobiliário, praticar operações mercantis... São estes os fatos tributáveis no Brasil. Não precisamos nem fazer discussão teórica.

A professora da UFMG, Misabel de Abreu Derzi, mostra o caminho a ser trilhado nesta difícil tarefa, com propriedade:

Interessa, pois, muitas vezes, saber em que casos o princípio da igualdade prescreve uma atuação positiva do legislador, sendo-lhe vedado deixar de considerar as disparidades advindas dos fatos (a que se ligam necessariamente as pessoas) para conferir-lhes diferenciação de tratamento. É necessário saber quais as desigualdades existenciais que são também desigualdades jurídicas, na medida em que não se sujeitam a uma ignorância legislativa³⁴.

Estes fatos, o legislador pode dizer “quando acontecidos e se acontecidos, farão nascer obrigação tributária”. Só podem fazer nascer obrigação tributária a cargo de quem promova esses fatos, realize esses fatos, produza esses fatos, ou tire proveito desses fatos. Há alguns fatos que a gente não promove. Por exemplo, transmissão *causa mortis*. Ainda que alguém promova a morte de outra pessoa, não está promovendo a transmissão. É o fenômeno natural morte que promove, provoca a transmissão, a mudança de titularidade de uma coisa.

Então ficou claro o arbítrio do legislador. Ele misturou elementos administrativos, elementos ou dados de outro imposto para disciplinar o imposto sobre operação de câmbio - quer dizer, o negócio de compra de moeda - e estabeleceu que umas pessoas pagam e outras não pagam, quando preceituou a isenção, arbitrariamente, sem levar em conta os elementos do próprio fato, ou os elementos ligados à pessoa que produz o fato ‘comprar moeda’ ou ‘vender moeda’. Arbítrio total.

Os Tribunais reconheceram isto. Este Tribunal disse: “esse artigo da lei violou o princípio da igualdade; está tratando desigualmente as pessoas, uns pagam, outros não pagam sem nenhuma razão objetiva, sem fundamento, sem proteção, sem amparo constitucional”. Muitas decisões, aliás, dizem só isso: “esse artigo do Decreto-lei nº. 2.434 é inconstitucional”. Mas não basta dizer que é inconstitucional (Decreto-lei nº. 2.434, art. 6º, tenho um trabalho publicado na **Revista de Direito Tributário**, sobre isto).

Não exerce a função jurisdicional o Juiz que disser: “este art. 6º é inconstitucional”, porque afirmar isto, só, é criar a seguinte situação: todas as pessoas que estão inquestionavelmente isentas - foi brigar quem obteve licença de importação antes do dia x - os que obtiveram ou vieram a obter depois do dia x não foram brigar, é lógico, nem tinham legitimidade, nem interesse, eles estavam sendo dispensados do pagamento do tributo.

Então, dizer que é inconstitucional - realmente é, porque está violando a Constituição - não resolve o pedido feito, não ampara o direito subjetivo do cidadão que vai ao Juiz e diz: “Senhor Juiz, eu fui tratado desigualmente”.

Então, a jurisprudência deste Tribunal estabeleceu que esta norma, realmente, se interpretada como baseada exclusivamente no dia x, é arbitrária. Então, eu ignoro a menção ao dia x, porque a menção ao dia x faz com que uns paguem e outros não paguem. É a data a partir da qual vai ser aplicável a isenção que está criando a desigualdade. Esta data ignoro; ela é arbitrária; o resto da lei não é arbitrário. A lei da União pode estabelecer isenções de modo geral, ninguém impugnou o mérito da isenção. Logo, enquanto não seja impugnado eu aceito, só que sem data nenhuma. A partir de vigente a lei, todas as pessoas que comparem moeda para cobrir importação, tenham ou não guia de importação, estarão dispensadas de pagamento do tributo.

A Fazenda invocou um artigo do Código Tributário Nacional bem tacanho que diz o seguinte, mas enfim é um artigo de lei: “não se admite o emprego da analogia com o efeito de dispensar tributo devido”. A União invocou isto, e este Tribunal desprezou a invocação. Desprezou a invocação, porque disse: “Aí não há analogia; não se está dando tratamento analógico à questão. Está-se, isto sim, estendendo a norma a todos os fatos que se compreendem no seu conteúdo. Tirando a data que era arbitrária e que criava desigualdade; tirando a data, a norma deve ser aplicada a todos os fatos que estão na sua hipótese”. Quais são os fatos? “Realizar operação de câmbio”, a partir do momento em que a lei está em vigor. Então, a partir do momento que a lei está em vigor, a operação de câmbio é isenta.

³⁴ DERZI, Misabel de Abreu; Coelho, Sacha Calmon Navarro. **Do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana**. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 56.

O objetivo maior do princípio em matéria tributária é evitar privilégios injustificáveis, mas se reconhece a impossibilidade material de sua aplicação generalizada³⁵.

5. O TRIBUTO

O tributo é gênero, de que são espécies o imposto, a taxa e a contribuição de melhoria. O fundamento jurídico do tributo, como já alinhavado, é o poder fiscal do Estado, e seu elemento essencial é a coercibilidade, vale dizer, prerrogativa legal de o Estado compelir o contribuinte ao pagamento da prestação.

O fim do tributo é contribuir para a arrecadação estatal, objetivando cobrir os gastos da coletividade. Trata-se de uma exigência da autoridade para com seus súditos, a fim de satisfazer o bem comum.

Há de se registrar que o conceito de obrigação tributária é mais abrangente que o de tributo. A obrigação tributária principal envolve não só o pagamento do tributo, mas também o da penalidade pecuniária.

Salienta-se, ainda, que existe um grupo volumoso de receitas estatais no qual está inserido o tributo. Portanto, o tributo não é, nem de longe, a única fonte de arrecadação estatal, mas apenas figura como um dos seus principais protagonistas. Nesse contexto, podem ser citadas as rendas auferidas através dos contratos administrativos, os valores recebidos a título de indenização e, inclusive, as verbas carreadas em face da imposição de sanções.

5.1. O conceito de tributo

Várias são as significações dadas ao vocábulo, umas mais restritivas outras mais amplas. Outrossim, encontra-se no direito positivo um excelente conceito desse instituto, que vale a pena rever:

³⁵ A questão foi muito discutida quando algumas prefeituras instituíram alíquotas progressivas para a cobrança do IPTU. Prevaleceu o entendimento de que tal sistema era inconstitucional. Por outro lado, em acórdão ainda não publicado, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro decidiu pela legalidade de alíquotas diferenciadas para a cobrança sobre o consumo de água. Como se nota, o tema é bastante polêmico.

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

Prestação *compulsória*, porque independe da vontade do sujeito passivo, ou seja, efetivando-se o fato previsto na norma, tal comportamento é obrigatório. Prestação *em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir*, nada mais é do que uma redundância, pois já estava dito antes “prestação pecuniária”³⁶. Prestação *que não constitua sanção de ato ilícito*, logo, proveniente de acontecimentos lícitos, eis que para os ilícitos existem as multas. Prestação *instituída em lei*, em face do princípio da legalidade formal. Prestação *cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*, sendo certo que a própria norma jurídica, às vezes, estabelece critérios subjetivos para satisfazer critérios objetivos que ela prevê.

Inobstante o mérito do legislador, a doutrina dá a sua contribuição para a formulação de um conceito ainda mais preciso do instituto. Tendo como norte os aspectos econômicos, políticos e jurídicos, Bernardo Ribeiro de Moraes assim edifica seu conceito:

Tributo pode ser considerado como um ônus instituído pelo Estado, com base no seu poder fiscal, definido em lei, exigido compulsoriamente das pessoas que vivem dentro de seu território, a fim de poder desenvolver suas atividades na busca de suas finalidades ³⁷.

Os tributos distinguem-se das receitas auferidas através dos contratos administrativos, em virtude da circunstância subjetiva que envolve as obrigações bilaterais, inexistentes na relação tributária, qual seja: a elemento volitivo.

Difere-se das multas, pois estas têm como fundamento fático a prática de um ato ilícito. Afasta-se das indenizações, na medida

³⁶ É possível, em tese, a prestação tributária consistir na entrega de bens (*in natura*) ou serviços (*in labore*), mas para tanto há necessidade de lei específica nesse sentido.

³⁷ MORAES, Bernardo Ribeiro. *Op. cit.* pp. 351-352.

em que estas exigem a comprovação de uma lesão ao patrimônio público. Sequer se assemelha às apropriações, eis que nestas não se vislumbra o elemento obrigação.

É nosso dever gizar que o tributo tem três objetivos: *fiscal*, como fonte arrecadadora de recursos para o Estado satisfazer as necessidades da coletividade; *extrafiscal*, quando o fim é a intervenção no domínio econômico; e *parafiscal*, destinado a atender financeiramente determinadas atividades que não integram as funções próprias do Estado.

Fica fácil perceber, pois, que não se pode falar em retribuição direta e equivalente ao contribuinte em razão do pagamento do tributo. O proprietário de veículo automotor não pode deixar de pagar o imposto que lhe é próprio por entender que as vias e estradas na qual circula não estão recebendo a adequada manutenção. A insatisfação, nesses casos, se imagina argumento legítimo a fim de justificar a insurgência contra a tributação. A nociva incompetência administrativa na aplicação dos recursos públicos, não deve encontrar sanção nos tribunais, mas nas urnas, o democrático exercício do voto.

5.2. O tributo como norma jurídica

Inicialmente, imprescindível delinear o sentido de norma jurídica. Para tal mister busca-se inspiração nas páginas do professor Fábio Ulhoa Coelho, em profunda análise do legado do jurista austro-húngaro Hans Kelsen:

A definição do antecedente como descrição de comportamento humano e do conseqüente como sanção corresponde à generalidade das normas jurídicas[...].

Em Kelsen, portanto, a estrutura da norma jurídica, pelo menos segundo a descrição dada pela proposição jurídica, é sempre a de ligação deôntica entre a referência a certo comportamento p e uma sanção q. De modo mais simples, toda norma jurídica pode ser compreendida como a imposição de uma sanção à conduta nela considerada.³⁸

³⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Para entender Kelsen**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 22.

O tributo, como obrigação **ex lege**, deve ser instituído por lei em seu sentido formal, da qual conste de forma bem precisa dois elementos fundamentais: a hipótese de incidência, também chamada de fato imponible; e um mandamento. Esta é a divisão clássica da norma tributária.

Entretanto, o professor Sacha Calmon, incorporando em sua obra os ensinamentos do professor Paulo de Barros Carvalho, vê na norma tributária duas partes inconfundíveis: hipótese endonormativa e consequência endonormativa. A diferença básica, num primeiro plano, é de cunho meramente denominativo.

A chamada hipótese endonormativa (hipótese de incidência), é o fato jurídico previsto na lei como causa instituidora do tributo. Destacam-se, neste momento, alguns aspectos da norma. Levando em conta o imposto sobre propriedade de veículos automotores: *material*, é a descrição pura do fato (como ser proprietário de veículo automotor); *temporal*, são as condições de tempo em que deve ocorrer o fato (possuir o automóvel no ano de 2005); *espacial*, são as condições de lugar (automóvel licenciado em determinada circunscrição – Município do Rio de Janeiro); e *pessoal*, que são as condições e qualificações das pessoas envolvidas com o fato e que nem sempre serão as responsáveis pelo pagamento do tributo (Caio é o proprietário do veículo).

Já em relação à consequência endonormativa (mandamento), seus aspectos são: *sujeito ativo*, a quem deve ser pago o tributo (IPVA deve ser pago ao Estado-membro); *sujeito passivo*, quem deve pagar (o proprietário do veículo no exercício correspondente); *base de cálculo e alíquotas*, trata-se do critério quantitativo (o IPVA tem alíquotas que variam de 2% a 5%, dependendo do Estado-membro); *como pagar*, ou seja, a forma de adimplemento da obrigação; *onde pagar*, que nada mais é do que o local onde deve ser pago o tributo; e *quando pagar*, traduzido no termo a que está sujeita a obrigação tributária. A estruturação acima não é aceita à unanimidade pelos doutrinadores, e não raro outras divisões são propostas³⁹.

³⁹ Nesse sentido: MORAES, Bernardo Ribeiro. *Op. cit.*, p. 371-372.

Não se deve confundir hipótese de incidência com fato gerador. A primeira é a mera descrição, na lei, do fato suficiente ao nascimento da obrigação tributária. A segunda, por sua vez, é justamente a concreção desse fato no mundo real.

Ademais, a incidência do próprio tributo é dinâmica. Ocorrendo o fato previsto na norma legal como hipótese de incidência (concretização do fato gerador), o mandamento, ou preceito, ou consequência endonormativa, que era abstrata, torna-se viva e atuante, produzindo seus efeitos no mundo real e estabelecendo entre o Estado e o contribuinte a obrigação tributária.

6. O NOVO REGIME JURÍDICO DA INSOLVÊNCIA MERCANTIL

Apesar das experiências vividas nesses sessenta anos de vigência do DL 7.661/1945, alguns pontos do antigo regime sequer encontram um ponto de equilíbrio, quer na doutrina, quer na jurisprudência. Dois deles, pelo menos, foram novamente revolvidos mais adiante, porém, agora, tendo como substrato dogmático a Lei 11.101/2005, o que deu novos ares àquelas antigas discussões e, assim, um novo colorido às respectivas soluções.

Também mereceu nossa especial atenção a classificação do crédito tributário diante do reposicionamento dos credores, fruto de uma incansável disputa entre os detentores do crédito no Brasil, as instituições financeiras, e o próprio Estado.

Transborda à pretensão deste artigo sopesar os diferentes aspectos e pontos de contato decorrentes do arcabouço jurídico que se estabelece entre a disciplina do instituto da recuperação de empresa e o regime tributário, missão que, a par de sua importância, terá que ser enfrentada em outra oportunidade.

6.1. A legitimidade ativa da fazenda para requerer a falência do contribuinte

Diante da ausência de norma expressa, indaga-se: a fazenda pública pode requerer a falência do contribuinte com base em créditos tributários representados por certidões de dívida ativa?

Sempre existiram dois posicionamentos a respeito. O professor e promotor de justiça paulista Waldo Fazzio Júnior assim expõe seu pensamento:

Também a Fazenda Pública pode requerer a falência do devedor empresário, embora não esteja sujeita ao concurso de credores para receber seu crédito.

Em primeiro lugar inexistente qualquer restrição legal. O fisco possui título executivo e, uma vez caracterizados os motivos legais que determinam a quebra, pode e deve a Fazenda Pública valer-se do direito que até a credores civis é garantido.

[...].

Depois, o art. 187, do CTN, confere privilégio ao crédito fiscal, e não uma imposição ⁴⁰.

Nesse mesmo diapasão, o professor Maximilianus, citando jurisprudência e doutrina⁴¹, conclui que “os credores privilegiados, como o empregado, o fisco ou o senhorio, podem requerer falência, sem perda do privilégio. Porque a lei não o impede” ⁴² (grifo nosso).

No entanto, ainda sob a égide do Decreto Falimentar de 1945, Rubens Requião negava-lhe legitimidade ativa, sob o fundamento de que existe uma lei própria para a fazenda cobrar seus créditos⁴³, “faltando-lhe legítimo interesse econômico e moral para postular a declaração de falência do seu devedor” ⁴⁴.

A matéria, em sede jurisprudencial, estava dividida. Ocorre que recentemente a questão foi decidida “definitivamente” pela 2ª Seção do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, em acórdão, cuja ementa a seguir transcreve-se:

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL.

⁴⁰JÚNIOR, Waldo Fazzio. **Manual de direito comercial**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 638-639.

⁴¹ Citando o posicionamento do professor Netto Armando.

⁴² FÜHRER, Maximilianus Cláudio Américo. **Roteiro das falências e concordatas**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 29.

⁴³ Lei 6.830/1980.

⁴⁴ REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. Volume I. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 109.

ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOUTRINA. RECURSO DESACOLHIDO. I - Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal. II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei, à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos⁴⁵.

Mais uma vez o legislador não se preocupou em resolver a questão, pelo menos expressamente. Daí a necessidade de uma maior reflexão. Outrora, repudiava a legitimidade ativa à fazenda pelos mesmos fundamentos em que se basearam a maioria dos ministros que participaram do julgamento supra, mas diante da nova sistemática, inevitável resultado diverso.

Pelo regime anterior, o privilégio do crédito fazendário só não sobrepujava os créditos trabalhistas e acidentários, sendo certo que as execuções fiscais não se suspendiam pela falência. Hoje, contudo, a principal inovação em termos de preferências legais foi o rebaixamento do privilégio do crédito fiscal, que só é satisfeito após os créditos acidentários, trabalhistas e com garantia real. Dessa forma, considerando que a lei não veda expressamente o requerimento de falência pela fazenda, pelo contrário, se refere a *qualquer credor*⁴⁶, bem assim a atual legitimidade conferida aos credores com garantia real⁴⁷, detentores de um privilégio ainda maior que o da fazenda, não há como afastar a legitimidade ativa do Estado, mesmo porque a continuação do executivo fiscal após a decretação da quebra es-

⁴⁵ REsp. 164.389/MG. Rel. Min. CASTRO FILHO. P/Ac. Min. SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Julg. em 13.08.2003. DJ 16.08.2004, p. 130.

⁴⁶ Lei 11.101/2005, artigo 97, inciso IV.

⁴⁷ A vedação que existia no sistema anterior (art. 9º, inciso III, "b") não foi renovada na nova LRE.

barra em outro posicionamento firme do Superior Tribunal de Justiça, qual seja, o produto apurado no executivo fiscal que tiver prosseguimento depois de decretada a falência deve ser remetido para a Massa Falida⁴⁸.

6.2. Os efeitos da sentença de falência sobre o crédito tributário

A hipótese a ser analisada, a partir de agora, é qual o caminho que deve ser trilhado pela Fazenda Pública para receber o crédito tributário correspondente, diante da decretação da falência do contribuinte. Deve ela se habilitar no processo falimentar, simplesmente comunicar seu crédito por ofício ou propor o executivo fiscal, na forma da lei própria? A questão não é tão simples e duas situações distintas podem ocorrer. A primeira, tomando por base os créditos tributários cujos fatos geradores ocorrerem após a sentença de falência, denominados *débitos tributários da Massa Falida*. A segunda, diametralmente oposta, são os créditos tributários cujos fatos geradores ocorrerem antes da sentença de quebra, portanto, denominados *débitos tributários do falido*.

DÉBITO TRIBUTÁRIO DA MASSA FALIDA - No que se refere ao débito tributário da Massa Falida, ou seja, tributos cujos fatos geradores ocorrerem após a sentença de falência, o pagamento deve ser feito direta e amigavelmente pelo Administrador Judicial, na forma prevista na legislação tributária, já que tais tributos devem ser tratados como *despesas extraconcursais*⁴⁹.

Dessa forma, conjugando o artigo mencionado com a exceção prevista no artigo 76, da Lei de Falências⁵⁰, chega-se à conclusão

⁴⁸ REsp. 423.686/RS. 2ª T. Rel. Min. CASTRO MEIRA. Julg. em 16.09.2004. DJ. 13.12.2004, p. 278.

⁴⁹ LRE, art. 84. *Serão considerados créditos extraconcursais e serão pagos com precedência sobre os mencionados no art. 83 desta Lei, na ordem a seguir, os relativos a:*

[...]

V – obrigações resultantes de atos jurídicos válidos praticados durante a recuperação judicial, nos termos do art. 67 desta Lei, ou após a decretação da falência, e tributos relativos a fatos geradores ocorridos após a decretação da falência, respeitada a ordem estabelecida no art. 83 desta Lei.

⁵⁰ LRE, art. 76. *O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo.*

Parágrafo único. Todas as ações, inclusive as excetuadas no caput deste artigo, terão prosseguimento com o administrador judicial, que deverá ser intimado para representar a Massa Falida, sob pena de nulidade do processo.

são de que se o débito tributário da Massa Falida não for quitado amigavelmente pelo Administrador Judicial, pode o Estado promover a execução do crédito fiscal normalmente, no juízo competente para julgar as causas da Fazenda Pública.

No entanto, nada impede que a Fazenda Pública, por ofício, comunique tal fato ao *Juízo da Falência* e este determine imediatamente o pagamento do tributo vencido, respeitadas as preferências legais.

DÉBITO TRIBUTÁRIO DO FALIDO – É certo que a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso de credores ou ao procedimento de habilitação⁵¹. Sendo assim, para receber o seu crédito, deve comunicar, por ofício, o juízo onde se processa a falência, a fim de que seja reservada a quantia necessária para o pagamento do seu crédito, observada a ordem de preferência prevista na Lei de Falências⁵² e no próprio Código Tributário Nacional⁵³.

Sustento a *impossibilidade* de ajuizamento ou o prosseguimento de qualquer execução fiscal após a decretação da falência, *por débitos tributários do falido*, com arrimo no § 7º do artigo 6º da Lei de Falências⁵⁴. Assim entendo porque uma interpretação a contrário senso do citado parágrafo, leva à conclusão de que a sentença de falência importa em *suspensão* das execuções fiscais em andamen-

⁵¹ CTN, art. 187. *A cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento.*

Parágrafo único. O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios, conjuntamente e pro rata;

III - Municípios, conjuntamente e pro rata.

⁵² LRE, art. 83. *A classificação dos créditos na falência obedece à seguinte ordem:*

I – os créditos derivados da legislação do trabalho, limitados a 150 (cento e cinquenta) salários-mínimos por credor, e os decorrentes de acidentes de trabalho;

II - créditos com garantia real até o limite do valor do bem gravado;

*III - créditos **tributários**, independentemente da sua natureza e tempo de constituição, excetuadas as multas tributárias;*

⁵³ Vide artigo 187, do CTN, reproduzido na nota 44.

⁵⁴ LRE, art. 6º. *A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de **todas as ações e execuções** em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.*

(...)

§ 7º. *As **execuções de natureza fiscal** não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial, ressalvada a concessão de parcelamento nos termos do Código Tributário Nacional e da legislação ordinária específica.*

to. Ademais, eventual ajuizamento (ou prosseguimento) de execução fiscal por débitos tributários do falido, não seria de nenhuma serventia para o Estado, já que o máximo que a Fazenda Pública poderia obter no juízo onde se processasse o executivo fiscal é a inoperante penhora no rosto dos autos⁵⁵. Aliás, já se tinha como pacífico, no seio do Superior Tribunal de Justiça, que o valor obtido com a venda em hasta pública de algum bem penhorado, durante o processamento da execução fiscal, deveria ser imediatamente remetido para o juízo falimentar⁵⁶.

Alinha-se o pensamento, assim, para concluir, relativamente ao débito tributário do falido, pela absoluta *impossibilidade* de ajuizamento ou prosseguimento de processo de execução fiscal, mesmo naqueles em que já haja penhora no momento da decretação da falência, não apenas pelas razões já mencionadas, como também porque a nova LRE não reproduziu a regra que estava esculpida no §1º do artigo 24, do DL 7.661/1945⁵⁷.

6.3. O crédito tributário e o quadro geral de credores

Consoante já antecipado, os créditos tributários se dividem de acordo com a época em que se deu o fato gerador do tributo, sendo a sentença de falência o divisor de águas. Tendo como foco o débito tributário da Massa Falida, verifica-se que o cumprimento dessa obrigação tributária deve ser feito diretamente pelo administrador judicial que, entretanto, deverá atentar para as preferências legais.

Nesse sentido, deve ser observada a seguinte ordem: atendimento dos pedidos de restituição *in natura*⁵⁸; pagamento dos três últimos salários dos empregados do falido, contados da sentença de

⁵⁵ REsp. 253.146/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, DJU 14.08.2000.

⁵⁶ REsp. 444.964/RS, Rel. p/acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJU de 09.12.03. e AgRg no REsp. 601.452/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julg. em 18.03.2004, DJ 17.05.2004, p. 154.

⁵⁷ DL 7.661/1945, art. 24 (...)

§1º Achando-se os bens já em praça, com dia definitivo para arrematação, fixado por editais, far-se-á esta, entrando o produto para a massa. Se, porém, os bens já tiverem sido arrematados ao tempo da declaração da falência, somente entrará para a massa a sobra, depois de pago o exeqüente.

⁵⁸ LRE, art. 85 c/c 149.

falência, limitado o pagamento ao valor de cinco salários-mínimos por empregado⁵⁹; atendimento dos pedidos de restituição em dinheiro⁶⁰; e, finalmente, os créditos extraconcursais⁶¹.

Mas as preferências não param por aí. Sob a rubrica *créditos extraconcursais* existe uma ordem a ser seguida, valendo ressaltar que nela, o crédito tributário contra a Massa Falida não é o protagonista, eis que devem ser atendidos, com antecedência: os créditos ao administrador judicial e seus auxiliares, bem assim os créditos trabalhistas e acidentários por serviços prestados à Massa; os créditos fornecidos a esta por credores; as despesas e custas judiciais com o processo de falência; e as custas judiciais de outros processos ligados à falência.

Somente após o cumprimento de todas as obrigações supramencionadas é que, finalmente, pode pensar-se em pagar o crédito tributário devido pela Massa Falida. Pensar, porque este pagamento ainda está condicionado à ordem estabelecida no artigo 83, da LRE, ou seja, os créditos com garantia real preferem aos tributários.

Se a situação do crédito tributário contra a Massa parece desalentadora para a Fazenda Pública, muito pior é a posição do crédito tributário contra o falido, pois além de aguardar o cumprimento de todas as obrigações citadas, ainda será precedido pelos créditos acidentários e trabalhistas por serviços prestados ao falido, bem como pelos créditos com garantia real devidos pelo falido.

Para uma melhor compreensão, segue quadro demonstrativo, lembrando que primeiro serão atendidas as obrigações da massa e só então as do falido:

⁵⁹ LRE, art. 86, § único c/c 151.

⁶⁰ LRE, art. 86 c/c 149.

⁶¹ LRE, art. 84.

DÉBITOS DA MASSA FALIDA		DÉBITOS DO FALIDO	
DESCRIÇÃO	Artigo	DESCRIÇÃO	Artigo
Restituições <i>in natura</i>	85	Acidentários e trabalhistas até 150 salários-mínimos	83, I
Três últimos salários	151	Com garantia real, até o limite da garantia	83, II
Restituições em dinheiro	86	TRIBUTÁRIOS	83, III
Remuneração do administrador e de seus auxiliares, de trabalhadores e os acidentários	84, I	Com privilégio especial	83, IV
Créditos fornecidos por credores à massa	84, II	Com privilégio geral	83, V
Despesas e custas do processo falimentar	84, III	Quirografários	83, VI
Custas de outros processos	84, IV	Multas administrativas e contratuais	83, VII
Credores com garantia real, até o limite da garantia	84, V c/c 83, II	Subordinados	83, VIII
TRIBUTÁRIOS CONTRA A MASSA	84, V C/C 83, III		
Demais créditos contra a massa, observada a ordem do artigo 83.			

6.4. A reabilitação do falido e a existência de débito tributário

O último ponto a ser aquilatado, mas não sem antes advertir que existem inúmeros outros temas de comum interesse entre o direito tributário e falimentar, não é novidade para os que convivem com o processo falimentar. Trata-se da exigência, para fins de reabilitação do falido, de apresentação das certidões negativas de débito

perante as Fazendas Públicas federal, estadual e municipal, além do INSS⁶².

A reabilitação tem funcionado como forma declaratória da extinção das responsabilidades civis e criminais, o que lhe dá feição híbrida, permitindo que o empresário volte a explorar sua empresa.

Esse pedido pode ser formulado, inclusive, antes mesmo do juiz encerrar, por sentença, o processo de falência, desde que sejam pagos todos os credores, numa manobra chamada pela doutrina de *Levantamento da Falência*. Do contrário, o pedido deve processar-se em autos apartados, consoante determina a lei⁶³.

A reabilitação pode ter os seguintes fundamentos⁶⁴: I) qualquer causa extintiva dos créditos habilitados, como novação, remissão, prescrição, pagamento, transação e etc.; II) rateio de mais de 50% dos créditos habilitados, depois de realizado todo o ativo; III) após o decurso do prazo prescricional de 5 anos, contados a partir da data de encerramento da falência, extinguem-se as obrigações do falido, se este ou o administrador da sociedade falida não foram condenados por crime falimentar; IV) no caso de condenação o prazo sobe para 10 anos.

Ocorre que o Código Tributário Nacional, independentemente da causa, exige que o devedor apresente prova de quitação de todos os tributos, para que se declarem extintas as obrigações do falido. Nesse sentido têm decidido os tribunais superiores, com absoluta tranqüilidade.

O saudoso RUBENS REQUIÃO sempre questionou tal exigência, sob o argumento de que:

Nada menos lógico e justo nessa exigência. Se pagos todos os créditos sujeitos à falência, mesmo na percentagem de quarenta por cento⁶⁵, deve o juiz proferir sentença de encerramento, independente da existência ou não de créditos tributá-

⁶² CTN, art. 191.

⁶³ IRE, art. 159.

⁶⁴ IRE, art. 158.

⁶⁵ Como vimos, a lei atual exige o pagamento de mais de 50% dos créditos quirografários.

rios; se os devedores não estão sujeitos sequer ao processo falimentar, como no seu final, exigir-se-á participação tão decisiva desse crédito em processo do qual não participou por determinação da lei? ⁶⁶

Ouso discordar do grande mestre paranaense, para fazer coro com a jurisprudência dominante. Há de ser considerado, especialmente diante do novo sistema criado pela Lei 11.101 de 9 de fevereiro de 2005, que o crédito tributário é intensamente atingido pela falência, sendo-lhe dispensado, apenas, o rigor do processo de habilitação.

DAS CONCLUSÕES

Estamos próximos do encerramento de nossa viagem e após tantas divagações, algumas premissas podem ser destacadas:

1^a) É comprovadamente mais intenso o relacionamento firmado entre o direito tributário e o empresarial. A reestruturação do regime jurídico da insolvência mercantil é a prova viva de que os profissionais desses dois ramos do direito hão de se aproximar ainda mais, num futuro cada vez mais presente.

2^a) O direito tributário, como ramo autônomo do direito público, de índole obrigacional, tem como escopo o estudo e a regulamentação das normas jurídicas que tratam da relação jurídico-tributária, de um lado, restringindo o poder de tributar do estado, decorrente de sua soberania, e, de outro, protegendo o contribuinte dos excessos no uso desse poder.

3^a) O tributo não é a única, mas é a principal fonte de arrecadação financeira do Estado. O poder de tributar é conferido ao Estado pelo povo, através da Assembléia Nacional Constituinte, como instrumento a permitir ao Estado concretizar as aspirações sociais, ou seja, a realização do bem comum.

4^a) O sistema tributário nacional é um conjunto de princípios e normas sobre o poder de tributar do Estado, complementado, sobretudo, pelas regras contidas no Código Tributário Nacional. Esse

⁶⁶REQUIÃO, Rubens. *Op. cit.*, p. 396.

poder é dividido entre a União, os Estados-membros, Distrito Federal e Municípios. Não se pode confundir o titular da competência tributária, cujo poder é o de criar o tributo, como o titular do crédito tributário, beneficiário direto da arrecadação do tributo.

5ª) A repartição da competência tributária tem como base a classificação dos tributos em vinculados e não vinculados, bem assim as técnicas de competência privada e comum.

6ª) Os princípios constitucionais tributários, em sua maioria, reafirmam os direitos e garantias individuais consagrados no artigo 5º da CR/88.

7ª) O tributo, como gênero do qual são espécies os impostos, as taxas e a contribuição de melhorias, é toda obrigação pecuniária instituída pelo Estado, através do Poder Legislativo, no exercício de seu poder fiscal, que tenha como base um fato lícito, praticado no seu território, e cujo objetivo seja o financiamento da atividade estatal. A norma tributária pode ser dividida em duas partes. A primeira é chamada de hipótese endonormativa, ou hipótese de incidência tributária. A segunda é a consequência ou mandamento endonormativo.

8ª) A jurisprudência nega legitimidade ativa à Fazenda Pública para requerer a falência do contribuinte empresário. Entretanto, o novo sistema permite uma conclusão diversa, pois o rebaixamento da classificação do crédito tributário e os efeitos da sentença de falência sobre as execuções fiscais dão um novo colorido à discussão. Ademais, a própria lei fala em “qualquer credor”, como apto à formulação do pedido de quebra do seu devedor empresário.

9ª) As execuções fiscais por débitos tributários do falido devem ser suspensas, por força do artigo 6º, § 7º, da LRE. Já os débitos tributários contra a Massa Falida podem ser executados normalmente no juízo que é próprio para a Fazenda Pública, face à exceção contida no artigo 76, da LRE.

10ª) O privilégio do crédito tributário foi profundamente rebaixado no novo regime, sobretudo em virtude do mimo conferido aos detentores de garantia real. Tal modificação teve como objetivo beneficiar os detentores de capital, integrantes do sistema financeiro, como forma de tornar menos arriscada a oferta de crédito e, assim, desonerar a produção com a baixa dos juros.

11^a) Apesar das críticas, permanece incólume a exigência de apresentação das certidões negativas de débito tributário para que o falido ou sociedade falida sejam declaradas extintas as suas obrigações, no que se chama de reabilitação do falido.📄

A Cessão de Direitos Hereditários no Novo Código Civil

Eduardo Sócrates Castanheira Sarmiento Filho

Tabellião e ex-Juiz de Direito do Estado do Rio de Janeiro.

O novo Código Civil – ao contrário do Código de 1916 —, regulamentou, mais detalhadamente, o instituto da cessão de direitos hereditários¹.

Conveniente é a transcrição dos artigos que interessam ao desenvolvimento do trabalho:

Artigo 1.791- A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.

Parágrafo único: Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

§1º (...)

Artigo 1.793- O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro pode ser objeto de cessão por escritura pública.

*§ 2º **Ineficaz** a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem de herança considerado singularmente.*

§ 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, pendente a indivisibilidade.

¹ O Código de 1916, no seu artigo 1.078, mandava aplicar ao instituto as regras da cessão de crédito.

1.794- O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.

1.795- O co-herdeiro, a quem não se der o conhecimento da cessão, poderá, depositando o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até 180 dias após a transmissão.

Apesar de a legislação apenas ter pretendido explicitar conceitos já sedimentados na doutrina, originou sérios problemas práticos em virtude da redação confusa dos parágrafos 2º e 3º do artigo 1.793.

É certo que aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros (artigo 1.748 CC), de sorte que, salvo a existência de cláusula testamentária de inalienabilidade, legítima é a alienação desse direito.

Contudo, tal transmissão não ocorre em relação a bens específicos, mas sim sobre o acervo, como um todo, na forma do artigo 1.791 NCC, até que se ultime o processo de inventário.

Somente após a partilha é que há a concretização do direito de propriedade em bens singularizados. Por essa razão, não pode o co-herdeiro, *em princípio*, realizar venda de bem individualizado, sob pena de afrontar o direito de propriedade dos demais herdeiros.

Poderá, entretanto, ceder seus direitos hereditários por meio de escritura pública, na forma do artigo 1.793², pagando o imposto incidente sobre a operação, desde que o faça em relação ao seu quinhão e não sobre um bem específico.

Desse modo, se tiver participação, por exemplo, de 30 % sobre o acervo patrimonial do falecido, poderá o herdeiro ceder seu quinhão integralmente (30%) ou parte dele (10%, 15% ou 20%).

Anote-se que a cessão de direitos somente pode ocorrer no período compreendido entre a morte do autor da herança e a partilha, pois, a partir daí, o bem já terá sido atribuído a um determinado herdeiro ou ao meeiro.

Deverá o cedente obter a outorga uxória ou a autorização marital, na hipótese de ser casado, uma vez que a lei considera de

² O novo código acabou com a celeuma existente no ordenamento revogado quanto à necessidade ou não de instrumento público, passando a exigí-lo expressamente.

natureza imóvel o direito à sucessão aberta (artigo 80, II, do CC), salvo se o regime for o da separação absoluta de bens (artigo 1.647, *caput*, e inciso I do CC).

Além disso, deverá ser respeitado o direito de preferência estabelecido no artigo 1794 do CC.

Conclui-se, pois, que a cessão de direitos hereditários em relação a um quinhão ideal, no todo ou em parte, desde que respeitado o direito de preferência dos demais herdeiros, é *um negócio jurídico válido e eficaz perante os demais herdeiros*.

Em relação a este ponto não há qualquer controvérsia, como expressamente autorizado pela legislação em vigor (artigo 1.793 CC).

A questão se complica, entretanto, na hipótese de co-herdeiro que aliena bem singularizado da herança.

O direito pátrio sempre aceitou, com reservas, esse tipo de cessão, que afronta, em tese, ao princípio da indivisibilidade da herança, já consagrado no antigo artigo 1.580 do CC de 1916 e repetido no artigo 1.791 do código em vigor.

Assim, até a partilha dos bens os herdeiros possuem apenas um quinhão ideal sobre os bens que compõem a herança, de sorte que não podem alienar um bem singularizado, ainda que exerçam a posse exclusiva sobre ele.

Justamente por não poder recair sobre bem específico é que a lei não contempla, no rol do artigo 167 da LRP, a cessão de direitos hereditários como negócio passível de inscrição no registro imobiliário.

A despeito disto, sempre foram feitas tais escrituras nos tabelionatos de notas, tendo por cedente um co-herdeiro e recaindo o negócio jurídico sobre bem singularizado da herança. Poucos são aqueles que compram um quinhão, tendo os negócios, em regra, um bem específico como objeto.

Os tribunais, por sua vez, sempre consideraram o negócio válido, embora sua eficácia ficasse condicionada à efetiva atribuição do imóvel ao herdeiro cedente por ocasião da homologação da partilha³.

³ Nesse sentido, recomenda-se a leitura de tópico específico de Arnaldo Rizzardo, **Direito das Sucessões**, Editora Forense, 2ª edição, página 108.

Na atual legislação nada foi modificado, não obstante essa não seja a opinião de boa parte dos comentadores do novo código.

É que, diferentemente do que se tem afirmado, a lei não proíbe a cessão nas circunstâncias em comento.

Ao revés, o novo código, com rigor técnico, estabelece a ineficácia da cessão em relação aos demais herdeiros e não sua invalidade, indicando, pois, que o negócio jurídico é existente e válido.

Nesse sentido, veja-se a lição de José Luiz Gavião de Almeida, **Código civil comentado**, XVIII, Editora Atlas, página 48:

“Inclui o legislador o negócio como válido, conquanto ineficaz. Assim, desde que suprido o elemento que impedia a produção de efeito jurídico ao ato, passa ela a vigorar. Isto é com a partilha o bem é reservado ao herdeiro cedente, nesse instante, a cessão produz seus regulares efeitos.”

José de Oliveira Ascensão, **Direito das Sucessões**, 4ª edição, Coimbra Editora, Portugal, 1989, página 535, por seu turno, afirma, com apoio no direito português, que no particular não difere do nosso, que tal negócio jurídico seria uma venda de coisa alheia por herdeiro antes da partilha.

O CC, no parágrafo único do artigo 1.268, embora se refira à coisa móvel, permite igual raciocínio para a venda de bem imóvel, como sustenta Zeno Veloso⁴.

Incumbe ao cessionário se apresentar nos autos do inventário e adjudicar o bem, registrando sua respectiva carta caso o bem seja, efetivamente, atribuído ao herdeiro cedente.

Se porventura isto não vier a ocorrer, o negócio não produz efeitos em relação aos demais herdeiros, resolvendo-se a cessão com a devolução do preço pago e demais despesas realizadas pelo cessionário, na forma ajustada no contrato.

Registre-se que nunca há segurança absoluta para o cessionário, pois o bem pode, inclusive, não ser transmitido para o herdeiro-

⁴Veloso, Zeno. **Invalidade do Negócio Jurídico**, Editora Del Rey, página 182.

cedente do imóvel específico ou, no caso de venda de quinhão, nada existir para ser partilhado, em razão de o patrimônio estar comprometido para saldar dívidas do falecido.

É claro que o cessionário deverá fazer um levantamento da situação patrimonial do **de cujus** antes de celebrar o contrato, sope-sando os riscos do negócio.

Deve, inclusive, averiguar se não existe um direito real de habitação por parte de eventual cônjuge supérstite sobre o bem objeto do negócio.

O novo Código Civil, com precisão técnica, teve a virtude de considerar o negócio ineficaz e não nulo, incorporando os conceitos da teoria que estabelece três planos distintos do negócio jurídico, a saber: existência, validade e eficácia⁵.

Explicando a distinção conceitual desses três planos, veja-se Paulo Nader⁶

*“Se há uma declaração de vontade e se o agente é capaz, a forma é lícita ou não vedada em lei, haverá **existência e validade** do negócio jurídico. A **eficácia** diz respeito aos efeitos jurídicos dos atos negociais. Um testamento firmado por agente que se encontra em pleno gozo de sua capacidade de fato e manifesta a sua declaração de vontade em sintonia com a lei, constitui negócio jurídico existente e válido. A sua eficácia se encontra condicionada ao efeito morte do declarante”.*

Logo, perfeitamente lícita a lavratura de uma escritura pública de cessão de direitos hereditários sobre bem determinado feita por um co-herdeiro, desde que o cessionário seja expressamente advertido dos riscos inerentes ao negócio.

Ao tabelião somente é proibido lavrar ato que seja nulo, mas nunca um ato válido, embora ineficaz, como se daria, por exemplo,

⁵ Sobre o tema, veja-se Antônio Junqueira de Azevedo, **Negócio jurídico— existência, validade e eficácia**, Editora Saraiva, 1974. Ver, ainda, Miranda, Pontes. **Tratado de Direito Privado**, v. 4, Editor Borsoi, página 15.

⁶ Nader, Paulo. **Curso de Direito Civil**, Parte Geral, Volume 1, Editora Forense, 2 edição, página 470.

com a compra e venda de um bem penhorado, uma vez que a declaração da ineficácia do ato dependeria do juiz da execução, estando o comprador ciente do risco.

Limita-se o tabelião a elaborar o contrato em obediência à vontade das partes, perfeitamente válido, como já destacado, devendo, por dever de ofício, advertir os contratantes do conteúdo e dos riscos do negócio.

Por sua vez, o atributo da ineficácia em relação aos demais herdeiros, não atinge a toda e qualquer cessão. Existem casos outros, além da cessão de quinhão, que não podem ser tidos como ineficazes.

Na hipótese, por exemplo, de haver um único herdeiro não se aplicaria a regra restritiva do parágrafo 2º do artigo 1.793 do CC, uma vez que não existiria a figura do co-herdeiro a que se refere a lei.

Nesse sentido, veja-se artigo de Ricardo G. Kollet, publicado no Boletim nº 719 do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (<http://www.irib.org.br/biblio/boletimel719a.asp>).

Comunga também com essa orientação o juiz Euclides de Oliveira, em artigo sobre o tema publicado em <http://www.epm.org.br/SiteEPM/Artigos/artigos.sucessoes.29.11.htm>.

Por sua vez, se todos os herdeiros, em conjunto, comparecem ao ato, também não há, ao nosso juízo, vedação legal, pois o artigo 1.793 somente considera ineficaz a cessão por co-herdeiro e não por todos eles em conjunto.

Ricardo Kollet, no artigo supra citado, entende que bastam as declarações das partes no sentido de que não há outros herdeiros para lavrar a escritura, respondendo os declarantes criminalmente pela veracidade da informação.

Observe-se que se existir um cônjuge supérstite meeiro, igualmente impõe-se a sua participação no ato, como explica Antonio Celso F. Rezende⁷. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**, Copola Editora, 2ª edição, página 252:

⁷ Rezende, Antonio Celso. **Tabelionato de Notas e o Notário Perfeito**, Copola Editora, 2ª edição, página 252:

“Fica a tese, para a qual se tende, de que se todos os herdeiros maiores e capazes, e todos cederem os direitos hereditários, ainda que de coisa certa e indeterminada, será possível a cessão. No entanto, é bom lembrar que, existindo cônjuge sobrevivente ele deverá comparecer à mesma escritura na qualidade de “cedente” dos direitos relativos à meação, ou à quota parte que lhe tocar na herança, conforme o caso, o regime em que era casado, e assim por diante”.

Ora, se todos os herdeiros podem, desde que respeitado o direito de preferência, ceder toda a herança (soma dos quinhões), qual a razão de não poderem, em conjunto, ceder um bem único?

Inequívoco, pois, que se todos os herdeiros e o meeiro comparecem ao ato, afigura-se válida e eficaz a cessão.

O que a lei quer evitar é que um único herdeiro, em prejuízo dos demais, venda um bem que não lhe pertence, pois enquanto não efetivada a partilha permanece em comunhão, na forma do artigo 1.791 CC.

Se no momento da partilha o bem cedido for mesmo para o herdeiro cedente, não há prejuízo para os demais, de sorte que a cessão que era válida, mas não eficaz, passa a possuir este último atributo, encerrando-se o processo de transmissão de bens.

Diversa é a hipótese ventilada no parágrafo 3º do artigo 1.793. Há quem veja esta norma como um equivalente do artigo 992, I, do Código de Processo Civil.⁸

Difere, entretanto, a alienação estabelecida no parágrafo 3º daquela prevista no artigo 992, I, do CPC, na medida em que a lei adjetiva trata de venda de bem do espólio, pelo inventariante, ao passo que o mencionado parágrafo 3º refere-se à alienação feita por co-herdeiro.

Silvio Sálvio Venosa, por outro lado, afirma que os parágrafos 2º e 3º deveriam ser reunidos em um único dispositivo⁹ uma vez

⁸ Vianna Araújo, Luciano. “A Cessão de Direitos Hereditário no Novo Código Civil”, artigo publicado na **Revista de Direito da Renovar**, número 29, páginas 85-91.

⁹ Venosa, Sílvio Sálvio. **Direito das Sucessões**, volume VII, 3ª edição, página 41.

que aquele parágrafo seria a regra e este constituiria a exceção, na medida em que a autorização judicial afastaria a restrição do parágrafo 2º.

Não vejo, entretanto, qual a diferença entre uma cessão feita por co-herdeiro de um imóvel certo, sem a participação dos demais herdeiros e uma cessão, nas mesmas circunstâncias, com autorização judicial.

A simples autorização do juiz não tem o condão de alterar a natureza das coisas. A cessão, nessas circunstâncias, mesmo que autorizada judicialmente, faria tábua rasa do princípio da indivisibilidade da herança.

Em ambas as hipóteses haveria afronta ao artigo 1.791 do CC. Destarte, não parece lógica tal interpretação.

A única maneira de harmonização desses dispositivos é considerar-se que, na hipótese do parágrafo 3º, seria indispensável que os co-herdeiros expressassem concordância com a venda, possibilitando ao juiz autorizá-la.

Desse modo, haveria disposição (expressão usada pelo parágrafo 3º) e não cessão (termo empregado no parágrafo 2º).

A diferença prática entre as duas situações é que na cessão de direitos hereditários, o cessionário teria que se habilitar nos autos do inventário e obter a carta de adjudicação do bem, desde que este venha a ser atribuído ao cedente, ao passo que na alienação do parágrafo 3º a venda seria definitiva, podendo, inclusive, ser levada ao registro imobiliário.

Outra distinção importante é que nessa última hipótese (parágrafo 3º), o valor do bem cedido será debitado da quota do herdeiro-cedente, ao passo que na venda do bem, feita pelo espólio (992, I, do CPC), o valor é abatido do monte, sendo o dinheiro normalmente usado para pagamento de despesas e impostos.

De outro lado, a venda do bem pelo espólio pode ser autorizada mesmo com a discordância de algum herdeiro, desde que o juiz considere a medida necessária, como observa Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Volume IX, Tomo I, Editora Forense, página 74.

Já a disposição por co-herdeiro (§ 3º do 1.793 do CC), a nosso juízo, somente poderia ocorrer com anuência dos demais interessados.

Nesse sentido, veja-se a lição de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, **Comentários ao Código Civil**, volume 20, Editora Saraiva, página 75:

“A hipótese do parágrafo 3º é diversa. Trata-se de cessão de um único bem da herança, ou de mais de um deles, como se de legado tratasse. Aqui a ilegalidade salta aos olhos. Não há cessão de quota-parte de forma alguma. Cedem-se um ou mais bens, apenas eles, enquanto pendentes a indivisibilidade, ou seja, antes de ultimada a partilha.

Nesse caso a disposição é ineficaz, exceto se o juiz da sucessão tiver autorizado o herdeiro a fazê-lo. Claro deve restar que o juiz só o fará provocado pela parte interessada em ceder o bem, ouvidos os demais co-herdeiros. Mas o que a letra do parágrafo 3º não previu é a origem de tal bem, vale dizer, o bem assim cedido será descontado do monte-mor, porque não encontrou oposição por parte dos co-herdeiros, ou, ao contrário, será seu valor descontado da quota-parte cabível ao co-herdeiro que requisitou a autorização judicial?

Parece claro que a concordância de todos os co-herdeiros não pode impingir-lhes prejuízo que não quiseram para si. A intenção de ceder um bem partiu de um dos herdeiros, e, se essa intenção materializa-se, a ele deve ser atribuída a diminuição de sua quota-parte”.

Conclui-se observando que a interpretação apressada do artigo 1.793, parágrafo 2º, considerando que o novo código passou a proibir a lavratura da escritura de cessão de direitos hereditários sobre bem específico, causa enorme embaraço para o mercado imobiliário, já tão acostumado com tal prática.

Na verdade, o novo código somente tornou expressa uma norma implícita do Código de 1916, qual seja, a de que a cessão, na circunstância em análise, era ineficaz em relação aos demais herdeiros, ficando sua eficácia condicionada ao resultado da futura partilha.

O negócio jurídico, todavia, era e continua sendo válido e existente, de sorte que ao tabelião não é vedado lavrar a escritura, desde que observadas as necessárias cautelas.

Visando afastar o malefício antes apontado, o Projeto de Lei nº 7.312, de 07 de novembro de 2002 simplesmente pretende suprimir o parágrafo 2º do artigo 1793, providência que, infelizmente, não resolve o problema.

É que mesmo no regime revogado, em que tal regra não era expressa, a ineficácia perante os demais herdeiros já existia, mas era perfeitamente solucionada pela praxe e pela jurisprudência, de sorte que melhor seria aclarar o sentido dos dispositivos em comento e não simplesmente suprimí-los, pois a medida se afigura absolutamente inócua, como pondera Luciano Vianna Araújo, no artigo já mencionado.

À vista dessas considerações é possível concluir-se o seguinte:

a) A cessão de quinhão hereditário, no todo ou em parte, é válida, desde que respeitado o direito de preferência dos demais herdeiros. Entretanto, não se pode levar o contrato ao registro para não se afrontar o princípio da especialidade, uma vez que a individualização do quinhão somente ocorrerá com a partilha;

b) É válida, porém ineficaz perante os demais herdeiros, a cessão de direitos hereditários por co-herdeiro sobre bem singularizado, somente passando a produzir efeitos o contrato se na partilha o bem for, efetivamente, atribuído ao cedente. Assim, não há qualquer impedimento para que o tabelião lavre tal escritura, desde que advirta as partes sobre os riscos do negócio e estabeleça cláusula prevendo a forma de indenização do cessionário dos prejuízos sofridos.

c) É válida, independentemente de autorização judicial, a cessão feita, em conjunto, por todos os herdeiros, bem como pelo cônjuge meeiro de bem individualizado da herança, uma vez que a hipótese não se enquadra no figurino do § 3º do artigo 1.793 do CC. É que tal dispositivo cuida de cessão feita por apenas um herdeiro e não por todos eles. Também nessa hipótese não se fará, de imediato, o registro do título, sendo necessário aguardar o término do inventário para saber se o bem não foi utilizado para pagar dívida do falecido (por tal razão impõe-se um exame cuidadoso por parte do cessionário, no sentido de investigar se o falecido deixou muitas dívidas);

d) Também é válida a cessão feita por herdeiro de bem individualizado, desde que ele seja herdeiro único. Nessa hipótese tam-

bém não poderá haver registro imediato do título, pela mesma razão apontada no item anterior.

e) Válida e de eficácia imediata a disposição (alienação) de bem singularizado por co-herdeiro, desde que obtenha a concordância dos demais e também consiga autorização judicial, na forma do § 3º do artigo 1.793 do CC, podendo levar o título imediatamente a registro. Em tal caso, o valor recebido pelo cedente será debitado de seu quinhão e não do monte-mor;

f) Por fim, válida e de eficácia imediata a venda de bem singularizado pelo espólio, representado pelo inventariante, na forma do artigo 992, I, do CPC, podendo o título de transmissão ser imediatamente registrado. Anote-se que, nessa hipótese, o juiz poderá autorizar a venda mesmo sem a concordância dos demais herdeiros se isso for de interesse da massa, pois aí o valor do bem não é debitado de nenhum herdeiro, mas de todo o acervo, de sorte que não há afronta ao princípio da indivisibilidade da herança.■

Liberdade de Expressão *versus* Proteção de Crianças e Adolescentes

**Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers
Ramos**

Promotora de Justiça/RJ

Dispõe o art. 220 da Constituição Federal, ao tratar do Capítulo relativo à Comunicação Social, que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, não sofrerão qualquer tipo de restrição, *observado o disposto na Constituição*.

Sem dúvida que a liberdade de expressão é ingrediente essencial na construção de um Estado Democrático de Direito. Todavia, nenhum direito é absoluto.

O primeiro limite ao direito de liberdade de expressão foi dado pelo próprio dispositivo que o consagrou, quando menciona *observado o disposto na Constituição*, o que remete o intérprete a vários dispositivos constitucionais, como aqueles previstos no art. 1º III e IV, no art. 3º III e IV, no art. 4º II, no art. 5º IX, XII, XIV, XXVII, XXVIII, XXIX, *o próprio parágrafo 3º do mesmo artigo e art. 221 da Carta Magna*.

Em se tratando de normas de proteção à infância e à juventude, na ponderação de interesses, prevalecerão as normas constitucionais de proteção de crianças e adolescentes, pois existe a prioridade destas estabelecida pelo constituinte originário.

A liberdade de expressão é livre desde que não viole a integridade psíquica e a formação de crianças e adolescentes, *com simples adequações de horários e veículos de manifestação*.

Assim, se pretendemos ser e construir uma sociedade pluralista e democrática, é imperioso o respeito ao próximo e demais valores

também consagrados no texto constitucional. Direitos e princípios estão previstos limitando os excessos da liberdade de expressão, notadamente quando em foco a proteção da formação e desenvolvimento de crianças e adolescentes.

Não podemos ignorar o fato de que as empresas de comunicação pertencem a grandes grupos econômicos e que o acesso da população a estes meios de produção e divulgação do pensamento não é nada democrático, o que reduz o leque de visões de mundo, opiniões e idéias que são veiculadas.

Ademais, a plena liberdade de expressão não garante necessariamente a veiculação de programas que abordem temas de interesse da coletividade, mas acabam por servir à lógica do mercado, na manutenção de uma sociedade capitalista selvagem e desigual, através da qual os meios de comunicação são utilizados, na essência, para a venda de produtos, gerando ganhos excessivos não somente para os detentores dos meios de comunicação, mas para os seus anunciantes. A informação, muitas vezes, é deturpada. Quem decide o que será ou não divulgado são os detentores dos meios de comunicação.

A influência dos meios de comunicação é inegável e somente pesquisas tendenciosas podem negar esse fato.

Note-se, ainda, que existe uma íntima relação entre o exercício do poder político e a manutenção do controle dos meios de comunicação no Brasil. A grande maioria dos políticos brasileiros (Deputados e Senadores em especial) detém o controle dos meios de comunicação em seus Estados (federados) de origem, perpetuando o monopólio do poder político e a formação da opinião pública.

Quando analisamos a liberdade de expressão através dos meios de comunicação em massa, a condição de nosso país merece especial atenção haja vista a pobreza, a ausência e ineficiência das políticas públicas sociais. O aparelho de televisão se tornou uma mercadoria comum e acessível à população. É o grande meio de divertimento do povo, pois este não tem condições econômicas para se transportar e freqüentar teatros, cinemas, museus e bibliotecas. Aliás, que museus e bibliotecas?

E educação? O Brasil não tem ensino público de qualidade. É fato. Não pretendemos exaurir neste trabalho essa questão, e nem

trazer para o leitor os esforços do Ministério Público na defesa da educação. Todavia, a ausência de escola (ou de professores ou de ensino com qualidade) é real. A questão não pode ser tratada de forma superficial.

E a família? Transferir para a pobre mãe solteira, sozinha, que cria os seus filhos com tanta dificuldade, e precisa se ausentar para trabalhar, o dever de controlar o que seu filho vê na televisão, é abusivo. E mesmo nas famílias com pai, mãe, avó, tia e papagaio, o controle da programação televisiva é deveras complicado. Não podemos nos esquecer, ademais, das crianças sem família, que vivem em abrigos, e têm como único divertimento a televisão.

Que discurso é esse que quer transferir para a escola inexistente ou para a família sobrecarregada (sobrecarregada com tantos empregos informais para sobreviver num país sem saúde, sem escola, sem previdência, sem emprego formal, sem comida, sem roupa, sem terra, sem livros, sem políticas públicas, sem perspectiva), um dever de educação que é de todos (da família, da sociedade e do Estado) em razão do princípio da proteção integral previsto no art. 227 da Carta Magna.

Toda propriedade, inclusive dos donos dos meios de comunicação, deve atender às suas funções sociais. Chegam a ser acintosos, diante da pobreza da população brasileira, os ganhos neste setor. Cinco minutos de espaço no horário nobre na TV aberta equivale a mais de cem vezes o teto de um mês inteiro de trabalho do topo do funcionalismo público¹. Como fazer para divulgar uma notícia de interesse coletivo, mas que não seja especificamente de interesse dos detentores dos meios de comunicação?

E o acesso aos cargos de direção numa empresa de comunicação? Não há qualquer democracia. Os próprios jornalistas, artis-

¹ Um minuto de propaganda no horário nobre da TV, informação dada por fonte segura mas de difícil comprovação, custa em torno de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), multiplicada por cinco, chegamos a uma cifra de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) em apenas cinco minutos. Um mês inteiro de trabalho de um Ministro do Supremo Tribunal Federal (teto do funcionalismo público) equivale, neste ano de 2005, a exatamente R\$ 21.500,00 (vinte e um mil e quinhentos reais), sem os descontos de imposto de renda (27,5%) e previdência pública (12%), o que faz a quantia cair para algo em torno de R\$ 14.000,00 (quatorze mil reais). A quantia que se ganha em apenas 5 minutos numa emissora de televisão, equivale a mais de cem vezes o salário de um Ministro do Supremo Tribunal Federal.

tas, e demais operadores dos meios de comunicação, às vezes, são ignorados e até mesmo abandonados pelo próprio sistema do qual fizeram parte.

As emissoras de rádio e televisão não são titulares de uma propriedade privada (que mesmo assim deveria atender à sua função social), mas de uma concessão pública. Em vista disso, mais razão existe para ter responsabilidade social e respeitar valores básicos e essenciais na formação de crianças e adolescentes.

A liberdade e a ganância econômica dos meios de comunicação encontram limites no dever de proteção à infância, prioridade constitucional estabelecida expressamente pelo art. 227. E a proteção maior se dá justamente na prevenção.

A liberdade de expressão prevista no *caput* do art. 220 da Carta Magna e seus parágrafos 1º e 2º, foi limitada, entre outros dispositivos, em seu parágrafo 3º e no artigo 221 do texto constitucional. Consta do parágrafo 3º do art. 220 que Lei Federal:

a) regulamentará as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

b) estabelecerá os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

O art. 221 da Constituição Federal, por sua vez, assim dispõe:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

(...)

IV- respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Note-se que, no ano de 1990, foi promulgada a Lei Federal 8.069, o Estatuto da Criança e do Adolescente, regulamentando e estabelecendo meios legais de proteção da pessoa e da família. Sem prejuízo de outros mecanismos legais de proteção, o Estatuto da Criança e do Adolescente encaixa-se no conceito de Lei Federal, e já fornece elementos legais de proteção da pessoa e da família.

A liberdade de expressão, na medida em que traz para discussão e debate diversos temas e pontos de vista, é valiosa para a reflexão do público adulto. As pessoas adultas têm discernimento para formarem suas convicções do que é bom ou ruim, do que é justo ou injusto. Todas as idéias, inclusive aquelas que fomentam o ódio, o racismo, o preconceito, a discriminação, a violência, o sexo por sexo, o sexo por dinheiro, por mais absurdas que possam ser, podem ser trazidas para discussão entre pessoas adultas, mas jamais para crianças e adolescentes.

Aliás, um dos eixos mais discutidos sobre a TV, no Brasil, é o do sexo. E mesmo sendo um tema sem cunho subjetivo, que recebe críticas da área da psicologia, da pedagogia, dos setores de direita, dos setores de esquerda, do senso comum, as emissoras insistem em divulgar imagens de nudez na televisão, pois, afinal, é assunto que “vende”, ou seja, a curiosidade geral faz com que seja assistido e os anunciantes “paguem bem” para expor os seus produtos.

A conseqüência é a sexualização precoce de nossas crianças, a divulgação da imagem da mulher brasileira no exterior como uma mercadoria sexual, a banalização do sexo, gravidez precoce, maior disseminação do vírus da AIDS, além de outras doenças sexualmente transmissíveis (gerando encargos sociais para o Estado), vulgarização do corpo, estímulo da libido etc.

Uma sociedade se constrói pela educação que lhe é dada, inclusive educação social. Não se pode ignorar que os meios de comunicação, e notadamente a televisão, entrando nos lares brasileiros todos os dias, exercem uma função educativa e *formam opinião*.

Queremos nossos filhos, crianças e adolescentes, mantendo relações sexuais por aí sem responsabilidade? Será que a banalização do sexo ditada pela televisão interessa à sociedade, ou trará vários problemas sociais a longo prazo, como a paternidade e maternidade irresponsáveis, interrupção da escolaridade, encargos múltiplos

para a sociedade e ao Estado com gastos elevados no tratamento de doenças sexualmente transmissíveis, no combate à prostituição infantil, mercantilização do corpo, turismo sexual, desagregação, pouca capacitação para o trabalho etc?

Será que o beijo, no horário livre, entre um homem e uma mulher é igual ao beijo entre dois homens?

São os donos dos meios de comunicação que devem formar a opinião e ditar os valores da sociedade brasileira?

Que democracia é essa na qual os diversos segmentos da sociedade não têm espaço na mídia? Professores, psicólogos, funcionários públicos, militares, médicos, favelados, religiosos, policiais, donas de casa, mães, pais, estudantes, trabalhadores rurais, como fazem para expressar, para a grande massa, as suas opiniões e tentar convencê-los? É preciso comprar, e pagando bem caro, por um quarto de uma folha de jornal de grande circulação ou 30 segundos na televisão em horário nobre, na finalidade de atingir um público considerável, ou então, como alternativa, torcer, com todas as forças, para que uma informação repassada para algum jornalista seja efetivamente divulgada.

A transmissão de uma idéia através da arte, da dramaturgia, de uma reportagem ou de um debate, certamente atingirá o receptor de maneira mais convincente e, muitas vezes, imperceptível. A dramaturgia faz com que o expectador vivencie experiências e sensações, e seja convencido da idéia de maneira lúdica e natural. Note-se que, para a transmissão de uma idéia, é necessário tempo de convencimento (os 30 segundos mencionados no parágrafo anterior, para a transmissão de uma idéia, certamente se mostram insuficientes).

O princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I da Constituição Federal, impõe uma contribuição dos meios de comunicação, notadamente das grandes emissoras de televisão, no custeio da democratização da mídia, a fim de que os diversos segmentos da sociedade tenham acesso ao vértice da pirâmide que promove a cultura e a informação em nosso país nos meios de comunicação em massa, e ainda (o que é bastante simples) que canais como a TV Justiça, a TV Senado, a TV Câmara e outros canais educativos e informativos, também estejam disponíveis para a po-

pulação na TV aberta, como uma opção para aqueles que não podem custear a TV fechada.

O princípio da proteção integral, ademais, impõe um respeito de todos (família, sociedade e Estado) à fase de crescimento e formação de crianças e adolescentes, de modo que no horário livre, destinado ao público infanto-juvenil (período compreendido entre as 5:00 e 20:00hs), não sejam discutidos temas destinados ao público adulto, e esteja realmente proibida a divulgação de cenas de sexo (até mesmo implícito) e violência gratuita, bem como proibida a incitação ao racismo, à discriminação, a ridicularização da pessoa humana, como também a propaganda de serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente, entre outros. É preciso cultivar a ética, a bondade, a igualdade, a solidariedade, o caráter, a paternidade responsável, o cuidado com o corpo, a higiene, a importância dos estudos, a cidadania, atendendo à função social decorrente da propriedade dos meios de comunicação.

Ora, se vivemos em uma sociedade pluralista e igualitária, é preciso que haja respeito aos diversos setores da sociedade, inclusive conservadores, de modo que a natureza da programação seja devidamente informada e veiculada no horário apropriado.

O art. 75 do Estatuto da Criança e do Adolescente garante que toda criança ou adolescente terá acesso a diversões e espetáculos públicos classificados como adequados à sua faixa etária.

O acesso à televisão, ademais, como meio de divertimento e informação, não pode ser retirado das pessoas humanas em desenvolvimento, pois, afinal, crianças e adolescentes também têm direito à informação, à cultura, ao lazer, ao respeito e à dignidade, e não podem ser obrigados a simplesmente assistir a programas inadequados ou desligar o aparelho de TV.

É a própria Constituição Federal que determina que a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão deverão dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 221, inciso I da CF), estipulando o art. 76 que as emissoras de rádio e televisão SOMENTE exibirão, no horário recomendado ao público infanto-juvenil, programas com finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas.

A capacidade e competência inegável dos nossos operadores dos meios de comunicação (artistas, roteiristas, cartunistas, diretores, desenhistas, atores, atrizes, jornalistas, apresentadores etc), certamente os qualifica como capazes de criar programas de divertimento e lazer que também sejam educativos e informativos, transmitindo bons valores para a população infanto-juvenil brasileira.

Os valores éticos e sociais da pessoa e da família, expressamente mencionados no art. 221, inciso IV da Constituição Federal, não são regras abstratas e subjetivas, mas são percebidos e depreendidos do próprio texto constitucional.

São valores consagrados pela sociedade brasileira que foram registrados na Carta Política de 1988, podendo ser citados, entre outros, a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a solidariedade, a justiça, o respeito, a preservação da integridade física e psicológica, o repúdio ao terrorismo, ao racismo, à violência, à exploração sexual.

A família, aliás, como um meio de realização da pessoa humana e espaço para a criação dos filhos, é *base da sociedade* e tem especial proteção do Estado (art. 226 *caput* da CF). O casamento civil (art. 226, parágrafo 1º), o casamento religioso (art. 226, parágrafo 2º), a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, parágrafo 3º) e as famílias monoparentais (art. 226, parágrafo 4º) foram expressamente mencionadas pelo texto constitucional como espécies de família. Estas são as espécies de *família em sentido estrito*, consagradas pelo texto constitucional, aceitas como a moral média de nossa sociedade, embora o conceito de família não esteja limitado a estas². Nota-se que a extensão do conceito de família para outros arranjos afetivos tem como finalidade a proteção do indivíduo, como pessoa humana³, e não uma proposta de rearranjo da organização da sociedade. Aliás, a forma de organização da sociedade é uma opção política decorrente da soberania de cada país⁴. A

² Vide "Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do *numerus clausus*" de autoria de Paulo Luiz Netto Lobo em **Temas Atuais de Direito e Processo de Família**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004, p.1 a 18.

³ Vide o texto "Direito Humanos e orientação sexual: a efetividade do princípio da dignidade" de autoria de Rosana Barbosa Cipriano Simão, na **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro** nº. 19 (jan/jun. 2004), p. 259/280.

⁴ Os países islâmicos, por exemplo, promovem a poligamia (o casamento do homem com várias mulheres). A China, em breve, e esta é uma previsão particular aqui exposta, estará promovendo a poliandria (o casamento de uma mulher com vários homens), haja vista a escassez de mulheres naquele país.

família é o núcleo. Cada Estado se organiza socialmente da maneira que julgar apropriada. Pelo texto constitucional brasileiro, aquelas são as espécies de família, consideradas em sentido estrito, que não chocam a moral média de nossa sociedade, e consagradas pelo constituinte originário como opção política de organização⁵. As demais formas de organização afetiva, seja através de uma união não estável entre o homem e a mulher, de uma união entre um homem e três mulheres, de dois homens, de dois homens e duas mulheres, de duas mulheres, de uma mulher e dois homens, não são consideradas família no seu sentido estrito de valor “fundante” de nossa sociedade⁶, mas apenas podem ser consideradas família em sentido amplo, para efeito de proteção dos membros que a integram.

A discussão quanto à extensão do conceito de família para outras modalidades de arranjos afetivos é *temática para o público adulto*, e não para o público infante-juvenil. Este público, de maneira geral, não tem maturidade suficiente para assimilar esses novos arranjos afetivos de maneira que não se deixe envolver. A adolescência é a fase da experimentação. A homossexualidade, por exemplo, ainda não foi definida cientificamente como uma característica ge-

⁵ Sendo a família a base da sociedade, a maneira como é organizada, gera efeitos sociais relevantes. Países desenvolvidos têm estrutura familiar organizada, com estímulo ao casamento e à monogamia. Em países pobres, como a África, há muita promiscuidade sexual, com facilidade de transmissão de doenças, paternidade e maternidade irresponsáveis. Não se pode falar em hierarquia das entidades familiares para o fim de proteção dos membros que a integram, mas certamente existiu uma preferência do constituinte, na ordem exposta na Constituição (casamento civil, casamento religioso, união estável e família monoparental) para o fim de organização da sociedade. O casamento pressupõe uma opção afetiva consciente, numa relação que se pretende e supõe duradoura. E interessa à sociedade a estabilidade das relações afetivas no âmbito da família. Note-se que a Constituição determinou que a lei facilitasse a conversão da união estável entre o homem e a mulher para casamento, valorizando essa última espécie de organização. Percebe-se, como um fato social, que as famílias monoparentais são mais frágeis. A França, por exemplo, fornece subsídios financeiros especiais para mães solteiras ou separadas, pois já se constatou a fragilidade a que estão expostas. A facilidade da dissolução das uniões livres também torna essa espécie de família mais frágil socialmente. Na Alemanha há um estímulo à celebração do casamento ao excluir os direitos de paternidade do pai solteiro. Nos Estados Unidos, a união estável entre o homem e a mulher praticamente não gera efeitos jurídicos. As formas de organização da família são muitas, e devem ser protegidas como *locus* para o desenvolvimento da personalidade e felicidade de seus membros, mas, certamente, o casamento, como modelo de organização familiar estável e duradoura, na qual, homem e mulher se unem para, em conjunto, criar os filhos, prestar assistência moral e material recíproca, privatizar as relações sexuais (a fidelidade atende aos sentimentos psíquicos inerentes à pessoa humana, e, ainda, evita transmissão de doenças e nascimento de filhos sem disponibilidade afetiva para criação), é modelo importante de organização de uma sociedade.

⁶ Poderíamos definir tais uniões afetivas como família *em sentido amplo*, garantindo proteção aos seus membros, ao assegurar-lhes direitos, como a impenhorabilidade do bem de família, alimentos, partilha de bens, mas não como fato social a ser estimulado. A constatação de um fato e sua proteção difere do estímulo às suas práticas num contexto social.

nética ou produto do ambiente. A bigamia ou poligamia, praticada naturalmente nos países islâmicos, ou o casamento de uma criança de 12 anos, é vedado pelo ordenamento jurídico. O aborto é considerado crime. A prostituição (mercantilização do corpo) é espécie de exploração sexual. Esses comportamentos não podem ser estimulados e banalizados pela mídia, por afronta aos valores consagrados no texto constitucional, decorrentes da moral média e da organização de nossa sociedade. A constatação de um fato e sua proteção difere do estímulo às suas práticas. O respeito aos valores da família, dessa forma, são os da família no sentido estrito da palavra, base da sociedade brasileira.

Não se trata de censura ou de restrição à liberdade de expressão. A temática poderá ser trazida para o público adulto. O respeito aos horários destinados ao público infanto-juvenil se faz necessário como um dos corolários da democracia e respeito à pluralidade de opiniões existentes em nossa sociedade. Afinal, todos merecem respeito e os setores mais conservadores da sociedade não podem ser aviltados.

Aliás, os valores da família destinados ao público infanto-juvenil nos meios de comunicação deveriam ser interpretados da maneira mais tradicional possível, a fim de que todas as crianças e adolescentes, inclusive aqueles oriundos de setores mais conservadores, tivessem acesso à cultura, ao divertimento e à informação nos meios de comunicação.

Podemos citar, ainda, como valores protegidos e consagrados em normas constitucionais *no âmbito da família*, a igualdade entre o homem e a mulher, o direito ao divórcio⁷, a dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável, o repúdio à violência doméstica, a prioridade de crianças e adolescentes, a proteção do deficiente, a proteção dos filhos independente da relação jurídica dos seus pais, o dever de prestar assistência entre pais e filhos, a proteção do idoso, o respeito à condição especial das crianças como pessoas em

⁷ O divórcio é um mecanismo de libertação para aquelas pessoas infelizes na relação matrimonial, pois não se exige de ninguém que se submeta à crueldade alheia, à violência doméstica, ao desprezo ou à falta de amor. É valor consagrado no texto constitucional, a despeito do entendimento de certos setores conservadores da sociedade. Não se justificam sacrifícios que violem a dignidade humana! Vivemos num mundo real e não ideal.

desenvolvimento, e sua proteção contra o abuso, a violência e a exploração sexual.

E quais os mecanismos de proteção?

Em primeiro lugar, como medida de auto-regulamentação, os meios de comunicação deveriam informar a natureza dos seus programas, faixas etárias a que não se recomendem e organizar a sua programação de modo que haja o respeito às normas de proteção da infância e juventude no horário comercial, no qual em regra, crianças e adolescentes não estão sob a supervisão de seus pais, haja vista a presunção de que estariam ausentes em função das atividades laborativas.

Em segundo lugar, e não na qualidade de censura, mas apenas como mecanismo de informação e adequação de horários, o Poder Público deve classificar os programas segundo sua natureza e a faixa etária a que não se recomendem, cabendo aos meios de comunicação respeitar os horários estipulados.

A Constituição Federal estabeleceu no art. 21, inciso XVI, que compete à União exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão. A atividade de classificação é exercida pelo Ministério da Justiça, através do Departamento de Justiça, Classificação, Títulos e Qualificação, integrante da Secretaria Nacional de Justiça, por força do Decreto 5.535 de 13 de setembro de 2005 da Presidência da República.

Há quem sustente que essa competência deveria ter sido estabelecida por lei, por força do art. 220, parágrafo 3º, inciso I e art. 23 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Note-se, contudo, que o art. 220, parágrafo 3º, inciso I menciona que compete a Lei Federal *regular* as diversões, mas não estabelecer a competência do Poder Público para fazer a classificação, pois cabe à União, por força da própria Constituição (art. 21, inciso XVI), exercer a classificação, e o Presidente da República pode, por força do art. 84, inciso VI, alínea "a", da Constituição, dispor através de *decreto* a respeito da organização e funcionamento da administração federal (sem despesas) delegando ao Ministério da Justiça tal atribuição de classificação, por força do contido no parágrafo único do art. 84 da Constituição. Note-se, ainda,

que a Lei Federal 8.069/90 regulamentou a matéria em diversos dispositivos, não se podendo falar em ausência de regulamentação legal sobre o assunto.

Note-se, ainda, que quanto mais rigorosa for a proteção de crianças e adolescentes, evitando-se programação imprópria no horário livre (acessível ao público infanto-juvenil), maior tranqüilidade terão os pais em relação às informações passadas aos seus filhos nos horários em que estão, em regra, ausentes de casa em função do exercício laborativo⁸. A verdadeira democracia existe quando as inúmeras opiniões dentro da sociedade coexistem num ambiente de respeito sem que seja violada a dignidade humana. A transferência de determinada temática para horário posterior ao destinado ao público infanto-juvenil não viola a dignidade humana de ninguém. Todavia, a exposição de crianças e adolescentes a sexo, violência e à banalização de determinados temas, certamente avilta a família tradicional e viola o sentimento de dignidade humana de vários setores da sociedade.

São portarias do Ministério da Justiça, estabelecendo critérios de classificação, a Portaria 796/2000, sobre programas de rádio e televisão, a Portaria 899, de 3 de outubro de 2001 e Portaria 1.035 de 13 de novembro de 2001, sobre jogos eletrônicos, a Portaria 766 de 4 de julho de 2002 sobre jogos de RPG, as Portarias 1.597 de 2 de julho de 2004 e 1.344 de 7 de julho de 2005 sobre obras audiovisuais destinadas a cinema, vídeo e DVD e congêneres.

Sem prejuízo da classificação da programação, a ser feita pelo Poder Público, que não é absoluta (em termos de adequação da programação), mas apenas *diretriz informativa*, a sociedade pode recorrer ao Poder Judiciário na defesa dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, em razão do disposto no art.5º, inciso XXXV da Constituição Federal (“*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”), quando entender que a classificação efetuada não atende aos requisitos normativos estabeleci-

⁸ Que a Lei 10.359, de 17 de dezembro de 2001, dispondo sobre o dispositivo de bloqueio temporário de recepção de programação inadequada não seja aqui invocada para privar crianças e adolescentes do acesso à televisão no horário livre, e de seu direito constitucional à cultura, à educação, à informação e ao lazer, nem transfira exclusivamente para a família um dever que é de todos (família, sociedade e Estado).

dos, ou que os meios de comunicação não estejam respeitando os valores previstos no texto constitucional.

Assim, existe a possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário, na tutela destes interesses difusos, evitando-se a veiculação de programas inadequados. A respeito do assunto, convém ser transcrito acórdão do Superior Tribunal de Justiça confirmando decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, *in verbis*:

“E M E N T A. Processual Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade. Medida Cautelar. Liminar. Televisão. Restrições à sua programação. Novela “Laços de Família”. Proteção das Crianças e dos Adolescentes. I - O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública, visando à observância, pelas emissoras de televisão, dos interesses difusos protegidos pelos preceitos constantes do art. 221 da Lei Maior. II - A liberdade de produção e programação das emissoras de televisão não é absoluta e sofre restrições, entre outras, para observância do direito ao respeito da criança e dos adolescentes, constituindo dever da família, da sociedade e do Estado colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão. III - Medida liminar indeferida, porquanto não atendidos os pressupostos para a sua concessão.”

(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA) MEDIDA CAUTELAR Nº 3.339 - RIO DE JANEIRO (2000/0132945-6) RELATOR: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO)

Ainda existe a possibilidade, acaso já veiculada a programação inadequada, lesando o interesse difuso de crianças e adolescentes, de pedido judicial de condenação da emissora em danos morais coletivos. A TV Globo, por exemplo, foi condenada, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, no pagamento de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais) por dano moral coletivo, por veiculação de temática inapropriada e divulgação de cenas de sexo e violência, na novela “A Próxima Vítima”, no horário da tarde, em favor de todas as unidades da Federação e do Distrito Federal para investimento em instituições governamentais desti-

nadas à recuperação de menores infratores. A decisão de 1ª instância foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, e encontra-se em fase de recurso no Superior Tribunal de Justiça (RE 636021 STJ). Eis o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Divulgação de novela em horário vespertino com cenas de sexo e violência, impropriamente exibidas. – Inexistência de cerceamento de defesa, tendo a Ré exercido o contraditório e atendido o devido processo legal, na hipótese. – A liberdade de imprensa tem seu término quando atinge segmentos da sociedade que não estão preparados para assistir a cenas de violência e de caráter sexual, em horário completamente inadequado. – As condições foram estabelecidas de forma adequada diante da divulgação e as conseqüências dela advindas, tendo em vista também o interesse econômico da Emissora, justificando-se os valores concedidos na sentença. – Rejeição da preliminar – Recurso improvido.”

(TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO, Processo 2002.001.12174. 4 Camara Cível. Rel. Des. Sidney Hartung. Publicado no DO em 07/10/2002, fls. 240/242)

O instituto do dano extrapatrimonial coletivo é previsto no ordenamento jurídico como decorrência do reconhecimento da relevância dos direitos difusos e coletivos, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e do dever de indenizar as repercussões extrapatrimoniais decorrentes da lesão injusta a esses direitos ou interesses. Encontra fundamento na Constituição Federal, que no art. 5º, X, não fez qualquer restrição à titularidade apenas das pessoas individualmente consideradas. Ao contrário, o artigo em questão encontra-se inserido no Capítulo I do Título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”), o qual se refere aos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”, inovando em relação à Constituição anterior que não mencionava direitos fundamentais coletivos, mas apenas individuais.

O legislador infraconstitucional, atento à importância do tema, dispôs expressamente sobre a admissibilidade de ressarcimento por

danos extrapatrimoniais coletivos como direitos básicos do consumidor, no art. 6º, VI e VII, do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), elaborado com fundamento nos princípios constitucionais.

A previsão legal expressa dos danos extrapatrimoniais supraindividuais encontra-se não só no CDC, mas também no art. 1º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública).

A indenização pelos danos em foco tem como objetivo principal a compensação da coletividade de crianças e adolescentes afetados em sua esfera ideal pelo prejuízo em seu bem-estar psicológico, decorrente de sua formação sadia.

É certo, ainda, que, se tratando de conflitos de dimensão coletiva, potencialmente causadores de lesões a um número indeterminado de pessoas, a função pedagógica da ação judicial e da condenação indenizatória possui um papel importante de prevenção.

Ademais o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a previsão de 7 (sete) infrações administrativas sobre o assunto (artigos 252, 253, 254, 255, 256, 257 e 258).

Conclui-se, assim, que a liberdade de expressão é corolário da democracia, porém encontra limites na preservação do direito de crianças e adolescentes e na necessidade de ser atendida a função social da propriedade dos meios de comunicação.☐

O Código Florestal e as Zonas Urbanas

Ronald Pietre

Juiz de Direito do TJRJ. Professor da Universidade Estácio de Sá

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 foi um grande marco na ordem jurídica brasileira. Antes dela, o Poder Judiciário ficava restrito, basicamente, ao julgamento das causas envolvendo interesses de particulares. Existiam demandas coletivas, mas eram poucas. Após a sua promulgação, em todo o país, surgiram muitas ações discutindo problemas de interesse da coletividade. Saúde, meio ambiente, educação, patrimônio histórico etc. passaram a ser temas constantes nos processos judiciais.

Contemplando o Ministério Público com a função institucional de promover o inquérito civil e a ação civil pública, o Constituinte de 88 permitiu que os interesses da sociedade fossem defendidos por um órgão que não tivesse qualquer vinculação com o administrador público. A independência da instituição ministerial e as suas novas atribuições institucionais, previstas no art. 129 da CF, foram os grandes fatores para o surgimento de inúmeras demandas.

A defesa do meio ambiente passou a ser constante. Desastres ecológicos receberam a devida atenção. O vazamento de mais de um milhão de litros de óleo na Baía da Guanabara, em janeiro de 2000, rendeu várias ações civis públicas. Além da recomposição ambiental, o sustento dos que dependiam da pesca para sobreviver foi levado em consideração nos litígios.

Em 1999 tive a satisfação de testemunhar uma bela parceria feita entre o Ministério Público e o Município de Areal, com o obje-

tivo de defender a saúde de milhares de pessoas e o meio ambiente. Um município vizinho pretendia instalar um aterro sanitário bem próximo à divisa com Areal, em um terreno onde passavam cursos d'água que desembocavam na represa que abastecia a cidade. Havia um grande risco de contaminação dessa represa com o chorume. Para quem não sabe, "chorume" é um líquido fétido e altamente rico em substâncias orgânicas que escoam dos aterros sanitários durante as fortes chuvas. Na hipótese de uma contaminação, uma tragédia sanitária poderia acontecer. A possibilidade era muito grande. Milhares de pessoas adoeceriam, não se podendo descartar possíveis óbitos de crianças e idosos. Apesar da autorização concedida pelo IBAMA, esse aterro sanitário não chegou a ser implantado. Graças à ação civil pública, a saúde da população arealense e o meio ambiente foram preservados.

Abusos e exageros na defesa do meio ambiente passaram a acontecer, prejudicando o progresso econômico e social. Inúmeros casos tramitam no Judiciário. Alguns com sérias conseqüências para a coletividade. Sobre esse tema, me limito a transcrever os lúcidos comentários de Marc Dourojeanni, ambientalista e professor universitário (Peru), no artigo "Em nome da ecologia", veiculado no site de jornalismo ambiental "O Eco" (www.oeco.com.br) em 16/01/05, no qual coloca que *"nem todos os casos de abuso do nome da ecologia são minúcias. Um amplo trecho da estrada entre São Paulo e Curitiba foi paralisado por mais de um ano porque o trajeto por onde ia passar a estrada aninhava um casal de uma espécie de papagaio raro, ainda que não estivesse em perigo de extinção. Existiam, sem dúvida, várias alternativas 'ecológicas' para esse problema, que teriam evitado o adiamento da obra. Muito pior é o caso de outro trecho dessa mesma estrada que não foi duplicado até hoje porque a proprietária do setor afetado alegou que sua terra era 'Mata Atlântica'. Suas queixas chegaram até o Imperador do Japão e, definitivamente, conseguiram impedir a obra. Qualquer visita a essa propriedade evidenciava que ela não tinha nenhuma importância ambiental nem valor 'ecológico', sendo sua vegetação essencialmente formada por espécies florestais exóticas, frutíferas e ornamentais. A proprietária, o que merece respeito, lutava muito bravamente por defender seu*

negócio e sua terra. O que não foi tão respeitável foi o apoio inapropriado que ela recebeu de alguns ambientalistas famosos que nunca visitaram o local, do Ministério Público e até da Justiça. Nesses anos todos, esse trecho não duplicado da estrada cobrou dezenas de vidas humanas e ocasionou prejuízos econômicos incalculáveis.”

Por causa disso, a legislação ambiental deve ser interpretada com bastante técnica e razoabilidade, tudo por causa de um território nacional de dimensão continental, com biodiversidades infinitas, sem perder a ótica do desenvolvimento sustentável.

2. CÓDIGO FLORESTAL E SUA APLICAÇÃO NAS ZONAS URBANA E RURAL

Visando resguardar ou recompor a vegetação existente em áreas urbanas, ações civis públicas são ajuizadas com base no art 2º do Código Florestal (Lei 4.771/65). Essa norma considera como de “*preservação permanente*” a vegetação existente nas faixas marginais dos rios (matas ciliares), ao redor das lagoas, no topo de morros, nas encostas com declividade superior a 45º etc.

Trata-se de um grande equívoco, pois esse diploma legal é de nítida aplicação nas zonas rurais. O meio ambiente é de vital importância, mas não se pode defendê-lo ignorando a legislação vigente ou interpretando-a de forma errada.

Sem examinar o conteúdo da Lei 4.771/65, poder-se-ia afirmar que ela não teria aplicação no âmbito urbano. Essa colocação seria feita apenas com base no seu nome: “*Código Florestal*”. Pelo simples nome do diploma legal, a sua incidência ficaria afastada em relação às zonas urbanas, já que não se poderia aplicar na cidade uma lei destinada à floresta. Entretanto, a situação não é essa, como será abordado a seguir.

O Código Florestal possui cinquenta artigos. Algumas normas são de expressa aplicação nas zonas rurais. O art. 16 (alterado pela Medida Provisória 2.166-67/01) é um exemplo. Nele aparece uma “*reserva legal*”, na hipótese de supressão de florestas, apresentando quatro incisos, onde em todos eles consta a expressão “*propriedade rural*”.

Outras normas não fazem qualquer distinção entre áreas rural ou urbana. No art. 7º consta que pode ser “*declarada imune de corte*” uma árvore, em virtude de sua “*localização, raridade, beleza ou condição de porta-sementes*”. A norma não faz distinção da área de aplicação, tendo ela uma importância muito maior no meio urbano do que no rural, principalmente se valorarmos a educação ambiental e a estética paisagística das cidades.

Com intuito de proteger as matas ciliares, o art. 2º do Código Florestal considera a faixa marginal dos rios como área de preservação permanente. Para um rio com até dez metros de largura, exige-se uma faixa marginal de trinta metros. Sendo a largura superior a dez metros, a faixa marginal será maior. Praticamente impossível exigir a observância dessa faixa marginal dentro de uma área urbana, sem prejudicar a expansão das cidades.

Além das faixas marginais, também são consideradas como áreas de preservação permanente, a título de exemplo, os topos de morros e encostas com declividade superior a 45º. Em qualquer cidade do nosso país existem construções nos topos de morros e nas encostas com declividade superior à indicada. Fato comum e correiro.

A correta hermenêutica do art. 2º do Código Florestal é a que restringe a sua aplicação apenas no âmbito rural, como se infere da redação do seu parágrafo único: “*No caso de áreas urbanas, assim entendidas as compreendidas nos perímetros urbanos definidos por lei municipal, e nas regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, em todo território abrangido, observar-se-á o disposto nos respectivos planos diretores e leis de uso do solo, respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo.*”.

Esse parágrafo único é taxativo ao colocar que “*no caso de áreas urbanas*”, será observada a legislação municipal. Consta na parte final do parágrafo único a expressão “*respeitados os princípios e limites a que se refere este artigo*”. O que seriam esses “princípios e limites”? Estaria o legislador municipal obrigado a repetir as mesmas disposições normativas existentes nas alíneas do art. 2º do Código Florestal? Claro que não. Se fosse assim, não haveria necessidade do próprio parágrafo único.

A expressão “*princípios e limites*” é de conteúdo programático, servindo apenas como diretriz a ser observada pelo legislador municipal. Na hipótese de pretender indicar as mesmas áreas do art. 2º como de preservação permanente, a lei municipal não poderá ser mais rigorosa que o Código Florestal, em virtude dos “limites” fixados na norma.

Os comentários sobre o art. 2º do Código Florestal, feitos pelos promotores de justiça de São Paulo, Ronald Vitor Romero Magri e Ana Lucia Moreira Borges, são bastante apropriados: “*Por conseguinte, a expressão ‘limites’ apenas pode significar que a lei municipal não pode fixar padrões mais rigorosos do que os contidos na lei federal, que constitui, por assim dizer, o seu teto. Esse critério visaria assegurar que não fosse a propriedade urbana mais onerada que a rural, pelas restrições impostas à sua utilização em prol da preservação ambiental.*” ... “*No espaço urbano, mais exíguo, muito mais caro e geralmente já alterado de forma irreversível, os elementos naturais se integram como dados da paisagem, muito mais do que como reservas biológicas ou instrumentos de proteção do solo e das águas, de resto usualmente ocupados por equipamentos artificiais.*” (“Vegetação de Preservação Permanente e Área Urbana – uma interpretação do art. 2º do Código Florestal”, **Revista de Direito Ambiental**, nº 2, p. 75, RT).

A inaplicabilidade do Código Florestal nas zonas urbanas é reconhecida até mesmo por ambientalistas. Paulo Bessa, advogado e colaborador do site “O Eco”, no artigo “Código Florestal nas cidades”, colocado na internet em 07/11/04, afirma que é “*necessário entender a finalidade do Código Florestal. Elaborado em 1965, ele tem por finalidade definir instrumentos para o desenvolvimento florestal e a produção industrial de madeira. A proteção do solo, na ótica do Código Florestal, está dentro do contexto do desenvolvimento florestal. Não por acaso, o Código está vinculado à criação do antigo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF, extinto com a criação do IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. O Código, portanto, é um instrumento de promoção do desenvolvimento. À falta de outros instrumentos, a sua utilização em áreas urbanas foi se tornando cada*

vez mais freqüente e rotineira. Fato é, contudo, que o Código Florestal não é o instrumento jurídico mais apropriado para a proteção do ambiente urbano, pois dada a sua generalidade e vocação industrial, não é capaz de intervir adequadamente na vida urbana em questões tais como arborização, ocupação de encostas e outras.”

Se a legislação florestal fosse também aplicada no âmbito urbano, poder-se-ia muito bem dizer que todas as administrações públicas existentes no país, desde 1965, vêm ignorando solenemente o art. 2º do Código Florestal.

3. A INCOMPATIBILIDADE COM A DIRETRIZ URBANIZATÓRIA DA CONSTITUIÇÃO

A faixa marginal de um rio é uma questão bem delicada. Na área urbana, não se pode considerar como de preservação permanente uma faixa marginal de trinta metros. A exigüidade do espaço impede. O simples acatamento dos ditames do Código Florestal, por si só, inviabiliza qualquer projeto de ocupação ordenada do solo urbano.

O caput e as alíneas do art. 2º do Código Florestal só podem ser aplicados nas zonas rurais, sob pena de se negar vigência ao art. 182 da Constituição Federal: *“A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.”*

Sendo o desenvolvimento urbano da competência do município, impossível admitir que uma lei federal enumere, como áreas de preservação permanente, grande parte desse território, principalmente se levarmos em consideração determinadas topografias de muitos municípios, o que comprometeria qualquer projeto urbanizatório. Em várias cidades, muitas residências estão instaladas nas encostas. No Rio de Janeiro, encostas com declividade superior a 45º abrigam favelas e casas de pessoas abastadas economicamente.

O plano diretor é de fundamental importância na política urbanizatória, a ponto de o constituinte tê-lo colocado como obrigatório para a maioria das cidades: *“O plano diretor, aprovado pela*

Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.” (§ 1º do art. 182 da CF).

Hely Lopes Meireles coloca que o plano diretor “*deve ser a expressão das aspirações dos munícipes quanto ao progresso do território municipal no seu conjunto cidade-campo. É um instrumento técnico-legal definidor dos objetivos de cada Municipalidade, e por isso mesmo com supremacia sobre os outros, para orientar toda a atividade da Administração e dos administrados nas realizações públicas e particulares que interessem ou afetem a coletividade.*” (**Direito Municipal Brasileiro**, 10ª Edição, pág. 404, Malheiros Editores).

Se fosse intenção do legislador federal indicar no âmbito urbano áreas como de preservação permanente, assim o teria feito quando do surgimento do Estatuto da Cidade (Lei 10.257/01).

Essa lei, ao regulamentar os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, traçou normas gerais para a execução da política urbana. A redação do parágrafo único do art. 1º é bem clara: “*Para todos os efeitos, esta Lei, denominada Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental.*”

O legislador federal não se esqueceu do meio ambiente. No primeiro artigo da lei fez-se expressa referência ao “*equilíbrio ambiental*”. Entretanto, analisando o restante do Estatuto da Cidade, não se encontra qualquer norma que indique ou especifique determinada área sujeita à proteção ambiental. Omissão do legislador? Esquecimento? Ou será que o legislador pretendeu deixar tal tarefa sob a responsabilidade dos estados e municípios, os quais também detêm competência legislativa em matéria ambiental?

Sobre a questão do zoneamento urbano, mais uma vez devem ser colocados os ensinamentos do saudoso Hely Lopes Meirelles: “*A delimitação da zona urbana ou perímetro urbano deve ser feita por lei municipal, tanto para fins urbanísticos como para efeitos tributários.*” ... “*Promulgada a lei municipal instituidora ou ampliadora da zona urbana, a prefeitura deverá enviar seu texto integral ao INCRA, para a cessação de sua jurisdição sobre a nova*

área urbana e transferência da competência impositiva federal (ITR) para a municipal (IPTU), incidente sobre o terreno e respectivas construções.” (Ob. cit., p. 409).

Todas essas circunstâncias demonstram, claramente, a importância do plano diretor na ocupação do espaço urbano, o qual não pode sofrer interferência de uma lei de 1965, conhecida como “Código Florestal”, que é de aplicação restrita nas zonas rurais, em sua grande parte. A observância do plano diretor decorre de imperativo constitucional, como garantia de uma democrática política de expansão urbana.

O Tribunal de Justiça do Estado Rio de Janeiro já se posicionou sobre o tema, em decisão unânime da Oitava Câmara Cível, no julgamento da Apelação nº 2005.001.03231, em 23/08/05, sob a relatoria da Desembargadora Helena Bekhor: *“Administrativo. Concessão de alvará pelo Município. Ação civil pública. Alegação de danos em área de proteção ambiental, mediante realização de aterro, com corte de vegetação, nas margens do rio Piabanha. Sentença de improcedência que se confirma, por seus próprios fundamentos, assinalando estarem restritas as normas do Código Florestal às zonas rurais.”*

No seu voto, a relatora foi bastante enfática: *“Improcede a interpretação extensiva que o apelante confere ao art. 2º do Código Florestal (Lei 4.771/65), cuja acolhida conduziria à própria inutilidade da lei municipal que disciplina a matéria, como salientado na motivação da sentença, às fls. 298, além de confrontar-se com a política de urbanização, que tem suas diretrizes traçadas nos arts. 182, incisos e parágrafos e 183 da Constituição Federal.”*

Levando-se em consideração a redação do parágrafo único do art. 2º do Código Florestal, os preceitos da Carta de 88 e o Estatuto da Cidade, forçoso é o reconhecimento de que essa norma só pode ser aplicada nas zonas rurais.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS DO CÓDIGO FLORESTAL

Como se não bastasse tudo isso, deve-se observar que a disciplina legal existente no Código Florestal, relativa ao tamanho da faixa

marginal dos rios, contraria a Constituição Federal. A Lei Federal 7.803/89, que alterou a redação da alínea “a” do art. 2º do Código Florestal, acrescentando os itens “1” a “5”, é manifestamente inconstitucional, já que extrapola a competência legislativa fixada na Carta.

O art. 22 da CF não concedeu à União a competência privativa para legislar em matéria ambiental. Apesar da redação do *caput*: “*Compete privativamente à União legislar sobre:*”, não aparece o meio ambiente em qualquer dos incisos desse artigo. A Carta de 88 estendeu essa competência legislativa ambiental a todos os entes federativos e fixou suas regras.

No *caput* do art. 24 consta que a União e os estados possuem competência para “*legislar concorrentemente*” em matéria ambiental (inc. VI), mas no parág. 1º esclarece que “*a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais*”.

Aos estados compete estabelecer normas específicas em matéria ambiental. As normas gerais ficam com a competência da União, por expressa disposição constitucional (§ 1º, do art. 24).

O município também possui competência legislativa em matéria de meio ambiente. A proteção ambiental que se encontra no inc. VI, do art. 23 da CF, deve ser encarada como uma competência legislativa para o município. Princípio da legalidade. A administração não pode agir sem lei autorizando.

Sendo os estados e municípios detentores de competência legislativa em matéria ambiental, torna-se patente a inconstitucionalidade da Lei 7.803/89, que incluiu os itens “1” a “5”, na alínea “a”, do art. 2º do Código Florestal, já que elas não são “normas gerais”, nos termos do parág. 1º, do art. 24 da Constituição Federal, enveredando-se sobre a competência legislativa estadual e municipal traçada na Constituição. Registre-se que a inconstitucionalidade é só dos itens. A alínea “a”, o *caput* do art. 2º e as demais alíneas não possuem qualquer nódoa de inconstitucionalidade. Normas válidas, mas de aplicação restrita nas zonas rurais.

Não se pode admitir que a delimitação do tamanho das faixas marginais de um rio seja feita por lei federal, pois a norma incidiria em todos os rios existentes no Brasil, o que seria uma temeridade.

Esse dispositivo da legislação florestal não pode ser aplicado uniformemente no território nacional. A bacia hidrográfica do Rio Amazonas possui um ecossistema completamente diferente dos existentes nas bacias do São Francisco, Tietê e Piabanha.

A proteção ambiental tem que ser específica e individualizada, devendo o tamanho da faixa marginal dos rios ficar sob a responsabilidade do legislador estadual, o qual levará em consideração as necessidades da região, sendo que as normas por ele criadas ficarão restritas às zonas rurais. Lei federal diz que as faixas marginais são de preservação permanente (art. 2º do Código Florestal), deixando aos estados a especificação do seu tamanho.

Com relação às zonas urbanas dos municípios, nada impede que uma lei local também considere as faixas marginais dos rios como de preservação permanente. Tudo vai depender do legislador municipal.

Petrópolis é um bom exemplo. A lei municipal não coloca as margens dos rios que cortam o centro urbano como de preservação permanente. Não se poderia esperar outra atitude do legislador, pois as principais ruas acompanham o traçado dos rios, desde o surgimento da cidade. A Lei Orgânica do Município (art. 170, § 5º) menciona apenas uma faixa marginal de onze metros como “área não edificável”, “reservando-se ao Município a prioridade para a construção de vias de acesso nessas áreas”. Isso não é sinônimo de proteção ambiental. Áreas “não edificável” e de “preservação permanente” são coisas completamente distintas. Principalmente quando lei municipal permite que nelas se construam vias de acesso.

Cada região do nosso país exige normas específicas sobre a questão ambiental, de acordo com as suas peculiaridades locais. A delimitação do tamanho da faixa marginal não pode ser fixada de forma uniforme para um território nacional de dimensão continental. Assim quis o constituinte de 1988, ao colocar que a competência da União seria apenas com relação às normas gerais.

5. CONCLUSÃO

O Código Florestal é um diploma legal de grande importância para a preservação do meio ambiente, mas sua utilização tem que

ser feita com técnica e bom senso. A aplicação do seu art. 2º nas zonas urbanas prejudica qualquer projeto de desenvolvimento e de expansão urbana, conflitando com os interesses da sociedade.

As faixas marginais de um rio são de grande importância ambiental, devendo-se lembrar a sua contribuição para o progresso. A história universal registra que as civilizações surgiram ao longo dos rios. Após as cheias do Rio Nilo, a população utilizava-se do solo úmido das margens para a agricultura. Esse simples aproveitamento dos recursos naturais era a prova de uma inconsciente preocupação ambiental.

A utilização do Código Florestal nas cidades inviabiliza as diretrizes de urbanização consolidadas na Constituição Federal, prejudicando um desenvolvimento sustentável. A maior defesa do meio ambiente é o respeito à legislação vigente. 📄

Guarda Compartilhada

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

*Juíza Titular da 15ª Vara de Família da Capital
Coordenadora de Direito de Família da
EMERJ*

Ao iniciarmos alguns questionamentos sobre o tema guarda compartilhada temos que pensar sobre o que leva dois adultos, maiores, capazes, responsáveis pelos seus atos e decisões e, sobretudo, civilizados, a procurarem a via judicial para a solução de um problema de sua vida privada. Diante de tais qualificações, seria natural acreditarmos que ambos discutiriam a respeito do problema, equacionando a melhor solução para todos, adultos e crianças, quanto ao cuidar, residir, amparar e dividir o convívio entre pais e filhos.

Após um relacionamento amoroso, homem e mulher encontram-se diante de uma criança que, por certo tempo, era de ambas em convívio diário e rotineiro, mas a partir de determinado momento passou a ser objeto de disputa para o convívio e a criação.

A separação do casal, genitores de uma criança, gera consequências diversas, dentre elas a escolha de quem deverá cuidar diretamente do filho e de com quem a criança deverá residir. Para o senso comum do cidadão em geral e, até mesmo de alguns advogados, juízes, defensores públicos e promotores de justiça, as crianças, nas hipóteses de separação, devem ficar sob os cuidados diretos da mãe¹. Para muitas pessoas seria um contra-senso imaginar que melhor cuidador seria o pai, pelo fato de a mãe gerar a criança e mesmo não a gerando pelo enraizamento cultural existente que diz ser a mulher talhada para o cuidado das crianças, para acalantar, acalmar e melhor amparar uma criança.

¹ Senso este que vem se modificando com a evolução dos tempos.

Este senso comum é avalizado pelas decisões judiciais, pelas ações judiciais propostas, pelos aconselhamentos aos pais que ouzarem contrariar tal senso e pela doutrina dominante. Com raras exceções a criança não fica sob a guarda da mãe.

Este pequeno artigo discute os argumentos que amparam estas decisões judiciais apresentando hipótese que vai contra este senso comum doutrinariamente fundamentado. A tão propalada igualdade entre homens e mulheres, constitucionalmente garantida, é uma igualdade garantida para a questão da guarda dos filhos ou há exceções? Nos processos de guarda prevalece tal igualdade constitucional ou busca-se, com absoluta prioridade, o melhor interesse da criança para seu crescimento digno e saudável?

A separação do casal gera a necessidade de escolher qual dos cônjuges ficará responsável diretamente pelos cuidados com a criança e com quem esta deverá residir. Natural o surgimento deste conflito, pois os relacionamentos existem cercados de conflitos em razão de serem indivíduos diferentes, criados de formas diferentes e desejosos de passarem seus ensinamentos da forma como acreditam. Dificilmente haverá um relacionamento entre pai e mãe e filho sem conflitos. Estes sempre estarão rondando a rotina da família. Contudo, nem sempre estes conflitos tornar-se-ão conflitos jurisdicionais, litígios judiciais, em que terceiro, estranho àquela relação, determinará o que o casal deverá fazer e com quem a criança deverá ficar. Ora, nenhum casal deseja ver que um estranho, até mesmo um juiz qualificado para decisões desta natureza, diga o que devem fazer com o seu filho. Todavia, em determinadas situações nas quais inexistente negociação e o sofrimento surge, inclusive para a criança, a opção civilizada imposta pelo direito positivo vigente é a busca da solução por via judicial.²

Temos, então, uma ação litigiosa, na qual será discutida a guarda da criança. Alguns denominam ação de posse, guarda e responsabilidade. O objeto da ação é determinar-se a quem caberá residir

² Inúmeras vezes, partes melindradas por terem sido acionadas judicialmente externam sua insatisfação em estar na posição, ainda hoje, denominada de ré. Na maioria das vezes, a parte que ocupa o pólo passivo neste tipo de litígio é o genitor.

com o filho, quem será responsabilizado pela rotina do pequenino e quem terá, portanto, maior tempo de convívio com o mesmo. De outro lado temos o genitor que terá direito a exercer a denominada visitação na forma regulamentada processualmente, ou seja, em dias e horas fixados ou pelo juízo ou por acordo entre as partes que, em regra, fixam a “visita” em finais de semanas alternados pegando a criança no sábado, pela manhã e devolvendo-a no domingo à noite. Em outras formas de visitação um pouco mais flexíveis, o genitor visitante pega a criança na sexta-feira no fim da tarde e entrega no domingo, ao fim do dia, na residência do guardião. Algumas vezes poderá entregar a criança na escola na segunda-feira pela manhã e, em outras, terá direito de pegar a criança em um dia no meio da semana, normalmente quarta-feira após a aula devolvendo após o jantar ou no dia seguinte na escola. Depois vem a fixação do direito do “visitante” aos feriados e dias festivos no decorrer do ano; aniversário dos pais e da criança; férias escolares; aniversários dos primos, avós, enfim, todas as oportunidades em que a família deseja estar reunida.

Ao final de um mês o que ocorre, ordinariamente, é a convivência da criança com o pai por cerca de 4 dias com 2 pernites (ou no máximo 8 dias quando ampla a visitação) e com a mãe os demais 26 dias do mês (ou 22 dias na visitação paterna ampliada).

Observe-se que a ação de guarda tem como objeto a determinação de quem será o guardião da criança, cabendo a regulamentação da visita em ação própria. Com certeza o juiz, atento ao melhor interesse da criança, poderá fixar no pedido de guarda as regras para um mínimo convívio da criança com o outro genitor não guardião sem estar incorrendo em julgamento **extra petita**.

A lei civil é clara ao deixar aos pais o direito de acordarem sobre a guarda dos filhos, conforme art.1.583 do Código Civil, mas na hipótese de não haver acordo, a guarda será atribuída “a quem revelar melhores condições para exercê-la”, podendo, até mesmo, ser concedida a terceiro, caso os pais não tenham condições de exercer a guarda, conforme art.1.584 e parágrafo único do Código Civil. A “visitação” vem garantida pelo art.1.589, assegurado expressamente o direito de fiscalização à manutenção e educação da criança.

Passemos a dissertar sobre a separação do casal com filhos e o poder familiar de cada um nestas circunstâncias. Cabe lembrar que ambos os pais possuem poder familiar sobre seus filhos, significando que possuem autoridade parental, poder para decidir sobre a vida deles, efetivando escolhas, sobretudo tendo a responsabilidade, o dever de lhes dar proteção e amparo material, moral e espiritual. Somente será exercido com exclusividade por um dos genitores, na falta ou impedimento do outro³; entretanto, em havendo divergência entre os pais quanto ao exercício deste poder, ambos poderão recorrer ao juiz para solucionar o desacordo. Mais uma vez o conflito vira ação judicial litigiosa.

De grande importância é a norma expressa de que a separação dos genitores não altera as relações entre pais e filhos, ressaltando quanto ao direito dos pais de terem os filhos em sua companhia. Assim, pode-se concluir que o poder familiar permanece com cada um dos genitores, embora separados, e um deles terá a responsabilidade de ter o filho residindo em sua casa, embora o outro tenha a criança em sua companhia, na sua residência, por alguns dias ao mês⁴. Repita-se, a separação do pai e da mãe não tem o condão de modificar os direitos e os deveres legais de cada pai e de cada mãe em relação ao seu filho, apenas alterando o direito do pai e da mãe quanto à companhia do filho gerado daquela união. Esta alteração ocorre exatamente em razão da concessão da guarda para um e a concessão da “visitação” para outro.

O ordenamento constitucional ao tratar da Ordem Social dedica um capítulo à Família, criança e adolescente especificando, em seu artigo 229, que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores. Não faz qualquer distinção quanto aos pais que vivam juntos ou não. Este dever existe enquanto os filhos forem menores de idade e deve ser exercido sob pena de sanções diversas.

³ Determinação expressa do art.1.631 do Código Civil.

⁴ Art. 1.632 do Código Civil – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos. Art. 1.579 do Código Civil – O divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

Mas, afinal, o que representa o exercício do poder familiar? Trata-se de um poder conferido aos pais de dirigir a criação e a educação dos filhos determinando os rumos a serem tomados, escolhendo a melhor forma de educá-los de dar-lhes liberdade e conferir limites; tê-los sob sua companhia e guarda, morando juntos (ou não) e passando a maior parte do tempo juntos⁵. Também, aos genitores cabe decidir se autorizam os filhos com menos de 18 anos de idade a se casarem; indicar um tutor para os filhos menores para o caso falecimento precoce; além de exercer a representação ou assistência⁶ dos filhos; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha, podendo fazer uso da ação cautelar de busca e apreensão de menores; exigir obediência, respeito, serviços próprios de sua idade e condição, no sentido de que formem sua personalidade e moral.

Não há qualquer previsão de suspensão ou perda do poder familiar em decorrência exclusiva da separação do casal, conforme disposto nos artigos 1.635 a 1.638 do Código Civil. A lei estipula as hipóteses de extinção e suspensão deste poder expressamente. O casal se separa, mas a relação de filiação, segundo a lei, permanece como antes, ressaltando-se o anteriormente destacado quanto à companhia entre pais e filhos.⁷ Abandonou o legislador o pensamento de que o “mau cônjuge” não poderia ser um bom pai ou uma boa mãe.

Depreende-se que, diante da separação dos genitores, a família transforma-se em uma família de pais separados e os desajustes ocorridos, embora possam dissolver a família, poderiam tão-somente transmudá-la.

⁵ Naturalmente, com as ocupações profissionais de ambos os pais, a criança tende a passar longos períodos do dia numa creche ou na companhia de um parente, além de, na idade escolar, freqüentar escola e outras atividades extraclasses.

⁶ A representação ocorre para os filhos até dezesseis anos de idade, para os atos da vida civil e a assistência, entre dezesseis e dezoito anos, nos atos em que forem partes.

⁷ Historicamente lembre-se de que no código civil de 1916 havia o art.326 determinando que sendo o “desquite judicial” os filhos menores ficariam com o cônjuge inocente. Os parágrafos deste artigo diziam que se ambos fossem culpados a mãe ficaria com as filhas até a maioridade e os filhos até seis anos de idade quando então seriam entregues à guarda do pai. Em ambas as hipóteses poderia o juiz, a bem dos filhos, regular a situação de forma diferente. Em caso de anulação do casamento as mesmas regras eram seguidas. Os artigos foram revogados expressamente pela Lei 6.515/77.

A família é a base da sociedade e tem proteção especial do Estado, sendo defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. A família é protegida e cada um de seus membros é protegido em sua individualidade e sua personalidade. Hoje são admitidas como entidade familiar as uniões estáveis e as famílias monoparentais. Ao Estado cabe proteger tais entidades familiares, sem interferir naquela comunhão de vida. Ocorre que, em alguns casos, há que se buscar no Estado-Juiz a solução ao litígio que surge.

Para as hipóteses de guarda temos a guarda exclusiva de um dos genitores ou alternativamente entre ambos e a denominada guarda compartilhada ou conjunta. Na primeira hipótese, a guarda permanece com aquele que melhor se apresentar aos interesses da criança, podendo a criança ser ouvida pelo juiz. Há que se ter cautela para não impor uma responsabilidade maior sobre a criança ao ter que manifestar em juízo com qual dos pais gostaria de residir, pois a criança pode sentir-se culpada por escolher um genitor em detrimento de outro, conforme salienta BRITO (2004)⁸, ou escolher aquele que estiver com mais pena.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90, dispõe em seu art.21 sobre o exercício do poder familiar em igualdade de condições entre os pais e, no caso de discordância, possibilita o recurso à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Esta possibilidade não é apenas para pais que vivam juntos, mas, também, para os que vivam separados. Da mesma forma prevê o art.1.631, parágrafo único do Código Civil.

Quanto à proteção da pessoa dos filhos, o Código Civil concede aos cônjuges o direito de acordarem sobre a guarda dos mesmos, no caso de separação ou divórcio, conforme já mencionado anteriormente. Caso não haja acordo, a guarda será atribuída a quem revelar melhores condições para exercê-la⁹. Contudo, autoriza que o juiz, havendo motivos graves, a bem dos filhos e em qualquer

⁸ Leila Maria Torraca de Brito - **Guarda Conjunta: Conceitos, Preconceitos e Prática no Consenso e no Litígio.**

⁹ Artigos 1.583 e 1.584 do CC.

caso, regule, de maneira diferente, a situação dos filhos para com os pais, a teor do art. 1.586 do CC¹⁰.

Diante desta norma, pode o juiz determinar que o filho permaneça sobre a guarda conjunta de ambos os pais para que continuem no exercício pleno do poder familiar e tenham a convivência ampla, embora partilhada com o outro genitor. Nesta oportunidade, deverá o juiz regulamentar de que forma ocorrerá este convívio observando os horários da escola da criança e de suas diversas atividades, fixando os horários de convívio com cada um dos genitores, além dos pernoites. Poderá determinar os dias em que a criança ficará na casa da mãe e os dias em que ficará na residência paterna. Nada obsta a fixação da residência junto a um dos genitores e determinação dos dias em que o outro genitor manterá o convívio direto com seu filho.

Na guarda alternada a criança poderá residir dias alternados com cada um dos genitores. A alternância poderá ser semanal, mensal ou como os pais acharem melhor, desde que não prejudique o sadio desenvolvimento da criança. Nos dias de hoje, a criança frequenta a creche ou escola em meio turno ou período integral, muitas vezes vai à noite para a casa da avó ou algum parente, fica alguns dias na casa do pai e outros na casa da mãe, ou seja, há grande flexibilização quanto ao lugar em que passará o dia e em que pernoitará. Isso não significa que não terá a referência quanto a sua moradia, mas esta poderá ser mais de uma. O acompanhamento psicológico no período inicial é recomendável para que se possa atender às peculiaridades de cada criança e reverter situações que causem constrangimento à criança ou a deixe desconfortável.

Observe-se que a alternância das residências não corresponde exatamente à guarda compartilhada. Nessa, o que se busca é uma maior participação de ambos os genitores no cumprimento de seus deveres de pais, com aumento da responsabilização de cada um sem que se deixe somente ao encargo de um deles toda a difícil

¹⁰ Art. 1.586 do Código Civil – Havendo motivos graves, poderá o juiz, em qualquer caso, a bem dos filhos, regular de maneira diferente da estabelecida nos artigos antecedentes a situação deles para com os pais.

tarefa da criação e da tomada de decisões importantes na vida do filho. Busca-se como consequência o aumento da auto-estima dos genitores e do desejo de participar e de opinar nas decisões referentes à criança. A mera alternância da residência do filho sem a qualificação de guardião coloca um abismo entre os genitores, diferenciando-o quanto aos poderes e deveres que cada um possui. Faz surgir uma diferença que a lei não autoriza. Inclusive é possível a concessão da guarda compartilhada determinando-se uma residência fixa para a criança com um dos genitores ao lado de ampla visitação ao outro genitor.

Não se propõe a observância da igualdade constitucional de gêneros como primeira regra, mas a da proteção integral à criança, porém, é do próprio interesse da criança que tenha protegido o seu convívio amplo com ambos os genitores. Não cabe a desqualificação do pai quanto aos cuidados com seu filho pelo fato de ser do sexo masculino.

Inadequada a expressão “visitação” utilizada pelo Código, pois o seu conceito traz enorme carga de ausência de responsabilidade. Deveria ser substituída por outra mais apropriada como “convívio”, por exemplo.

Por fim, no tocante às decisões judiciais que deferem a guarda compartilhada, somente quando há harmonia entre o casal, cabe lembrar que as divergências ocorrem também entre pais casados ou que vivam em união estável e que ambos terão direito de opinar e participar das escolhas relacionadas aos filhos. Quando os pais não conseguem conciliar as suas idéias e opiniões, cabível o recurso ao juiz para solução do desacordo. O mesmo princípio deve ser aplicado aos pais separados. Ao juiz caberá a decisão. Portanto, não há empecilhos para que o juiz determine a guarda compartilhada quando os pais não estão em plena harmonia, sempre com o embasamento legal do art.1.586 do Código Civil, atendendo-se ao melhor interesse do filho quanto ao seu direito personalíssimo de ter reconhecida a sua filiação, não só no registro de nascimento, mas no seu pleno desenvolvimento afetivo e psicológico.■