

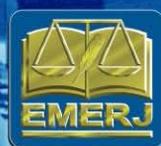
ISSN 1415-4951
(versão impressa)



REVISTA

EMERJ

Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - Vol. 11 - Nº 43 - 2008



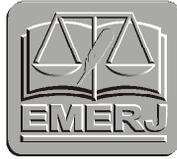
ISSN 1415-4951
(versão impressa)

REVISTA DA

EMERJ

v. 11 - n. 43 - 2008
Julho/Agosto/Setembro

Rio de Janeiro



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. Nildson Araújo da Cruz

Des. José Carlos Maldonado de Carvalho

Des. Antonio Carlos Esteves Torres

Presidente da Comissão Acadêmica

Des. Newton Paulo Azeredo da Silveira

Presidente da Comissão de Iniciação e

Aperfeiçoamento de Magistrados

Des. Indio Brasileiro Rocha

Coordenador dos Núcleos de Representação

Des. Amaury Arruda de Souza

Coordenador da Revista da EMERJ

Des. Décio Xavier Gama

Secretária-Geral de Ensino

Rosângela Pereira Nunes Maldonado de Carvalho

Assessora do Diretor-Geral

Maria de Lourdes Cardoso da Rocha



EMERJ

Apresentação

Mais um número da Revista da EMERJ circula com seleção de trabalhos jurídicos que representam o resultado de estudos e pesquisa de novos e antigos colaboradores.

O exame de um caso jurídico começa a se esboçar na mente do estudioso da questão, ou do encarregado de dar solução ao conflito. Magistrados, advogados, juristas, ou assessores em funções diversas, se deparam com questões controversas que acabam por evoluir para a possibilidade de o tema ser debatido, a começar por transformá-lo em artigo de revista.

Os trabalhos de pesquisa, contudo, para estudantes, juristas ou advogados, podem sugerir aprofundamento no tema, a ponto de surgir a monografia, o ensaio ou o trabalho que levaria à elaboração de um livro. A publicação de tais estudos deve estar a cargo de editoras ou mesmo de gráficas, não, porém, de REVISTA nos moldes dessa que a EMERJ põe à disposição dos seus professores e estagiários. Essa nossa posição se explica, também, com o fato de termos necessidade de acolher de 15 a 20 artigos em cada edição, para abrir oportunidade ao grande número de colaboradores que nos procuram. Por outro lado concebemos uma publicação com volumes trimestrais de 300 páginas, aproximadamente, o suficiente para conter até 20 trabalhos doutrinários, nada que espantasse o leitor pelo seu peso e tamanho!

As monografias, trabalhos de aulas de cursos em qualquer nível, ou ensaios, normalmente com dezenas de páginas e elaborados a quatro mãos, ou seja, reunindo opinião dos pesquisadores, nem sempre podem constituir, propriamente, artigo doutrinário. Daí a sugestão que fazemos, nesses casos, de que a edição deva ser particular. Em números limitados, talvez, para uso do autor. A REVISTA DA EMERJ tem o caráter de publicação acadêmica, dos professores e magistrados especialmente para o seu grande número de estagiários (cerca de 800). Contém em média de 15 a 20 artigos. Pode-se dizer que a atividade básica de ensino da EMERJ,

com exposições em aulas ou conferências para estagiários, se completa com a Revista. Daí o esforço que realizamos para fazê-la cada vez melhor, com a inserção de matérias contidas em programas jurídicos diversos, especialmente os destinados à atividade jurisdicional.

Esta não é uma posição definitiva. Pode sofrer modificação, ante reflexão futura para uma evolução construtiva.

Décio Xavier Gama
Coordenador da REVISTA

Sumário

Crime Militar. Praça Graduado. Condenação. Necessidade de Instauração de Processo Especial para Perda da Graduação. **19**

Garantia Constitucional

Paulo Roberto Leite Ventura

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

Crime Militar. Aplicação de pena acessória consistente na perda da função pública em decorrência de sentença condenatória prolatada em regular ação penal e confirmada em grau de recurso (arts. 98, V, 102 e 103, I, todos do Cód. Penal Militar). Praça da Polícia Militar Estadual graduado. Necessidade de submissão do Praça graduado condenado ao competente processo especial da perda da graduação. Garantia constitucional (art. 125, § 4º, parte final, da Constituição Federal). Caducidade do art. 102 do Cód. Penal Militar. Precedentes no Egrégio Supremo Tribunal Federal.

O Professor Luiz Roldão de Freitas Gomes e o Novo Código Civil Brasileiro **22**

Alfredo Calderale

Professor Catedrático da Universidade de Foggia, Itália.

1. O Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes. 2. O Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes e a tradição luso-brasileira do direito comparado. 3. O novo Código Civil, a Constituição de 1998 e o papel do juiz na opinião de Luiz Roldão de Freitas Gomes. 4. As reflexões do Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes a respeito dos institutos do novo Código

Civil. 5. A placa de prata da Universidade da cidade de Foggia em memória do Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes.

A Justiça e os Direitos Fundamentais do Homem (De Rousseau aos Tempos Atuais)

37

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJ/RJ e membro do Conselho de Vitaliciamento deste mesmo Tribunal.

A justiça como virtude política segundo grandes pensadores. Para Montesquieu a Justiça se traduzia no amor às leis do país. Rousseau via no justo um sentido universal. A Teoria do Direito Natural explica a existência de direitos comuns como inerentes à própria natureza humana. As idéias de Jellinek e de Montesquieu. Este último pensador concebeu um sistema de freios e contrapesos, partindo da idéia de limitação do exercício do poder pelo Estado. A liberdade como direito fundamental na teoria de J.J. Rousseau se justificaria pela Convenção. Nos primeiros tempos a sociedade experimentou um período de ausência de normas. Depois vieram leis reguladoras de direitos e obrigações. Pelas idéias do Iluminismo surgiram as primeiras proclamações que enunciaram os direitos fundamentais do homem como: liberdade, igualdade, direito à vida e à propriedade. A Carta Magna inglesa de 1215 e a proclamação do seu § 29; a liberdade pessoal não é absoluta e ganhou novas dimensões. Quando a igualdade formal pressupõe cidadãos em condições rigorosamente iguais (Rui Barbosa). A opinião de J. Cretela quanto ao direito à vida. O direito à propriedade existe hoje com outros contornos, porque perdeu seu sentido individualista. A garantia de tais direitos. A abstenção do Estado quanto à garantia de direitos da cidadania. Conduta positiva do Estado quanto a direitos sociais. O art. 5º (não exaustivo) da Carta brasileira de 1988. A Justiça Social que ainda falta no Brasil.

A Indústria da Multa e a Necessidade da Uniformização

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos

Desembargador do TJ/RJ na 13ª Câmara Cível.

1. Inconvenientes na efetivação da tutela específica das obrigações de fazer. 2. Coibição da indústria da multa e do enriquecimento sem causa do credor. 3. Sua substituição pela emissão de declaração de vontade nas obrigações fungíveis. 4. Art. 466-A, do CPC: economia e efetividade processuais. 5. Possibilidade de sua aplicação em sede de tutela antecipada e como medida de apoio. 6. Suscitação de novo incidente de Uniformização de Jurisprudência estabelecido ante o art. n° 555, § 1°, do CPC. 7. Matéria pendente de julgamento pelo Órgão Especial. 8. Pacificação de controvérsias. 9. Instrumento potencializador da segurança jurídica e da racionalidade da prestação jurisdicional. 10. Alternativa supostamente melhor de uniformização.

A Desigualdade de Gênero. Tratamento Legislativo

Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena

Desembargadora do TJ/RJ na 20ª Câmara Cível.

1. Violência legislativa - tratamento legal discriminatório. 2. Os primórdios da existência do ser humano no planeta. Inexistência de desigualdade institucionalizada. 3. Mulher encarada como ser sagrado. Os ciclos da natureza. 4. A era da hegemonia masculina. 5. O sinal de submissão sobre a cabeça da mulher. Ordenações Filipinas (1603 a 1916). 6. Condição de mulher de pessoa relativamente incapaz (artigo 6°, inc. II, do C. Civil de 1916). 7. A exclusividade da chefia da sociedade conjugal (art. 233 do C. Civil de 1916. Novo C.C./2002 - art. 1.567). 8. Fixação do domicílio conjugal (art. 233, inc. III do C.C. de 1916); NCC 2002 (art.1.569). 9. A obrigatoriedade do uso do patronímico do marido pela mulher (art. 240 CC/1916). 10. Necessidade de autorização marital para o exercício de

profissão fora do lar conjugal (art. 242, inc. VII, c/c art. 233, inc. IV do C.C. de 1916). 11. Vedação de exercício de múnus público sem autorização do marido (art. 242, Inc. IV a V do C.C. de 1916). 12. Necessidade de autorização marital para litigar em Juízo (art. 242, inc. VI do C.C. de 1916). 13. Ondas históricas cíclicas. 14. Dez primeiros séculos da era cristã. 15. As duas grandes guerras mundiais. 16. O poder biológico *versus* O poder da supremacia física. 17. A troca do “poder da supremacia física” pelo “poder cultural”. 18. O exercício exclusivo do pátrio poder pelo varão. A prevalência da vontade paterna (art. 380 do Cód. Civil de 1916). 19. Punição intelectual da viúva que se casasse novamente. Perda do pátrio poder sobre os filhos do leito anterior (art. 393, do C.C. de 1916). 20. O sistema repressor da sexualidade da mulher. Inquisição. Mulher como símbolo do mal. Conseqüências. A anulação do casamento pelo varão. 21. O rígido controle da sexualidade da mulher. 22. Virgindade. Erro essencial sobre a pessoa do outro. Anulação do casamento (art. 218 e art. 219, inc. IV, do C.C. de 1916). 23. A filha desonesta. Deserção (art. 1.744 do C.C. de 1916). 24. O cônjuge culpado. A guarda dos filhos. Art. 326, *caput*, e incisos do C.C. de 1916. 25. O Direito do voto. 26. Aspectos do Código Penal quanto aos delitos sexuais. 27. A banalização de violência contra a mulher ocorrida na aplicação da Lei n° 9.099/95. 28. Momentos e documentos históricos. 29. Normatividade internacional. 30. A Constituição Federal de 1988. Conseqüências do direito positivo brasileiro. 31. A Lei Maria da Penha.

A Razoável Duração do Processo e seus Reflexos no Processo Penal

83

Sergio Demoro Hamilton

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público no RJ e Professor Universitário.

1. A duração do processo e a sua celeridade assegurados pela Emenda Constitucional n° 45/04. A presença de um

juiz para o detido ou retido, sem demora. O julgamento dentro de prazo razoável (art. 7° n. 5° do Pacto de São José da Costa Rica). 2. A palavra de Rui Barbosa sobre a tardança dos juizes na prestação jurisdicional (Oração aos Moços de 1920). Mas há processos e processos! O exemplo da Lei 9.099/95. 3. A Emenda 45/2004 não inventou a roda. 4. A opinião lúcida de J.C. Barbosa Moreira. 5. A morosidade da Justiça não é privilégio do Brasil. 6. O desafogo do JECRIM e as transações demonstram o contrário. 8. Sugestões. 9. Sugestões empíricas. Supressão do recurso de ofício e adoção do recurso monofásico.

Direito do Consumidor - Visão Empresarial

98

Antonio Carlos Esteves Torres

Desembargador do TJ/RJ na 12ª Câmara Cível.

1. Direito do consumidor - Princípios. 2. Proteção ao consumidor - Revolução - Limites. 3. - O empresário - A função social da empresa. 4. Especificidade da teoria sobre a responsabilidade objetiva. A imensa gama de custos. A previsibilidade do imprevisível. Razoabilidade. 5. Determinismo responsabilizador. Existência do fato danoso. Imperceptibilidade da culpa exclusiva da vítima. Operações bancárias. Operações de seguro. 6. Conclusões. 6.1. A salutar abrangência do direito do consumidor - sua raiz e razão constitucional. 6.2. O equilíbrio do contrato. 6.3. A proteção à parte mais fraca não desguarnece o produtor ou fornecedor de suas prerrogativas. 6.4. O abuso do direito do consumidor. A dupla face do art. 187 do Código Civil. 6.5. O excesso interpretativo das condições de desconstituição da personalidade jurídica. 6.6. Os parcos conhecimentos sobre juros e mecânicas financeiras. 6.7. O papel social do bom empresário e do mau empresário. 6.8. A separação do joio e do trigo. A função judicante.

Certidão de Nascimento e Segurança Jurídica

132

Rogério de Oliveira Souza

Desembargador do TJ/RJ na 18ª Câmara Cível.

1. O nascimento com vida como prova da personalidade civil da pessoa humana, de sua existência física. 2. A prova jurídica de sua existência decorre da certidão de nascimento do interessado. 3. A importância da certidão de nascimento é singular sob muitos aspectos. 4. Mas tal importância não condiz com a falta de segurança deste documento porque enseja inúmeras falsificações e seu mau uso pela própria pessoa ou por terceiros. 5. A Lei dos Registros que dispõe sobre a extração da certidão de nascimento não adianta qualquer medida de segurança quanto à sua confecção ou guarda. 6. Autoriza mesmo o seu uso através de fotocópias (insegurança ideológica). Seria o caso de existir um órgão centralizador para emitir tal papel. 7. Daí aumentar-se a possibilidade de falsificação. 8. As Carteiras de Habilitação para dirigir veículo são protegidas por muitas medidas de segurança, mas elas têm como assento inicial a frágil certidão de nascimento. 9. A Lei 7.116/83, não regulamentada, sobre emissão de carteiras de identidade, não soluciona o problema, porque elas têm por base a certidão de nascimento. 10. Posteriormente, a Lei 9.454, de 7/4/97, sobre número único de registro de identificação civil, estabeleceu que perderiam a validade documentos de identificação que estivessem em desacordo com ela.

Constitucionalismo no Brasil (1988 - 2008)

137

Antonio Sebastião de Lima

Magistrado aposentado no TJ/RJ. Mestre em Ciências Jurídicas - Professor de Direito Constitucional.

I. Introdução. Assembléia Constituinte. II. Constituição de 1988. 1. Corte anatômico. 2. Emendas inconstitucionais. 3. Direitos e garantias. 4. Organização Federal. 5. Poderes da República. 6. Ciclo liberal-democrático. III Conclusão.

O Direito Subjetivo à Posse nos Concursos Públicos

Maurício Magnus Ferreira

Juiz de Direito do TJ/RJ.

O controle sobre a conveniência e oportunidade da Administração Pública quanto à nomeação dos aprovados em concurso público, segundo o STJ. Alteração dessa posição. O que dispõe o art. 37, inc. II da Constituição de 1988 (O RMS 20.718/SP, gerador da mudança de entendimento no STJ). A lição de Jessé Torres Pereira Junior em sua obra *Controle Judicial da Administração Pública* (Ed. Fórum, 2005, p. 46, Belo Horizonte).

A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica

Grácia Cristina Moreira do Rosário

Juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro.

1. A perda da chance de cura na responsabilidade médica.
2. Hipóteses de ocorrência da perda da chance de cura.
3. Relação de causalidade entre o ato e o dano e a quantificação do dano moral na perda de chance.

Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática. Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade

Emerson Garcia

Promotor Público no Estado do Rio de Janeiro - Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça.

1. O governo dos juízes?
2. A expansão da Jurisdição Constitucional.
3. A judicialização da política e a politização do Judiciário.
4. Balizamentos na atuação do Tribunal Constitucional.
5. A legitimidade das decisões do Tribunal Constitucional: uma breve referência.
6. Valores de contenção ao ativismo judicial. Epílogo.

Arbitragem em Direito Tributário

218

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Professor da Unversidade Candido Mendes e da UFF.

1. A imparcialidade da administração tributária. 2. A investigação pericial. 3. Direito comparado. 4. Mudanças de alíquotas. 5. Arbitragem nos contratos administrativos. 6. Paridade no regime republicano. 7. Conselho de Contribuintes. 8. Paridade e coisa julgada.

A Polêmica do Bem de Família Ofertado

233

Flávio Tartuce

Advogado, Professor da EMERJ e de outras Escolas da Magistratura, além de em cursos de pós-graduação.

1. O bem de família no Cód. Civil de 2002 e na Lei n° 8.009/1990. Continua o tratamento que já constava nessa última lei. 2. As polêmicas relativas ao bem de família. A discussão acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira, com a ampliação do conceito de família. 3. A inconstitucionalidade do art. 3°, inc. VII da Lei n°. 8.009/1990, em proteção da lei do mercado. 4. O debate, afinal, acerca do oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio.

Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação

247

Eduardo Ribeiro Moreira

Professor da EMERJ e da Universidade Candido Mendes.

1. Uma apresentação do neoconstitucionalismo. 2. As potencialidades do neoconstitucionalismo. 3. No neoconstitucionalismo toda interpretação é interpretação constitucional. 4. Medida da interpretação: integração entre caso, método e intérprete. 5. Interpretação e metodologia constitucional. 6. Interpretação neoconstitucional e a descoberta da derrotabilidade. 7. Conclusão.

Prova Ilícita: Uma Reflexão

269

Diogo Ciuffo Carneiro

Advogado e Professor

1. Introdução. 2. Disciplina constitucional do tema. 2.1. A garantia da prova como corolário de garantia da ação e da ampla defesa. 2.2. As limitações do direito à prova. 2.3. O Princípio da Proporcionalidade. 3. Interpretações terminológicas. 4. Sobre a prova moralmente ilegítima. 5. Conclusão.

Decadência do Direito à Revisão de Benefício Previdenciário (Uma Análise de Direito Intertemporal)

286

Carlos Côrtes Vieira Lopes

Procurador Federal no Rio de Janeiro - Mestre em Direito Público e Privado pela UNESA.

1. Introdução. 2. Histórico. 3. Entendimentos a respeito do tema. 3.1. Superior Tribunal de Justiça. 3.2. Turmas Recursais do Estado Rio de Janeiro. 3.3. Juizados Especiais Federais de Volta Redonda/RJ e de Duque de Caxias. 4. Conclusão.



EMERJ

Colaboraram neste Número

Alfredo Calderale, 22

Antonio Carlos Esteves Torres, 98

Antonio Sebastião de Lima, 137

Áurea Pimentel Pereira, 37

Aurélio Pitanga Seixas Filho, 218

Carlos Côrtes Vieira Lopes, 286

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos, 48

Conceição Aparecida Mousnier, 63

Diogo Ciuffo Carneiro, 269

Eduardo Ribeiro Moreira, 247

Emerson Garcia, 187

Flávio Tartuce, 233

Grácia Cristina Moreira do Rosário, 167

Maurício Magnus Ferreira, 163

Paulo Roberto Leite Ventura, 19

Rogério de Oliveira Souza, 132

Sergio Demoro Hamilton, 83



EMERJ

Crime Militar. Praça Graduado. Condenação. Necessidade de Instauração de Processo Especial para Perda da Graduação. Garantia Constitucional.

Des. Paulo Roberto Leite Ventura
*Presidente da 1ª Câmara Criminal - TJ/RJ
e Diretor-Geral da EMERJ*

A Constituição Federal, em seu art. 125, § 4º, parte final, diz que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

A questão, portanto, na hipótese, se prende ao conceito de graduação, à luz da nova norma processual.

Da lição do saudoso mestre Jorge Alberto Romeiro, que por tantos anos honrou o Superior Tribunal Militar, recolhe-se o ensinamento de que graduação é o grau hierárquico da praça (Estatuto dos Militares, art. 16, § 3º), compreendendo-se como praças graduados o subtenente, o sargento e o cabo.

E prossegue o eminente professor e magistrado: “a Constituição de 1988, abrindo uma exceção em nosso tradicional direito penal militar, equiparou a graduação das praças dos policiais militares e dos corpos de bombeiros militares estaduais ao posto e à patente dos oficiais dessas corporações, para o fim de sua perda”.

E mais, “em face desse mandamento constitucional, *in fine*, não mais cabe a exclusão das praças graduadas das corporações militares estaduais que refere, através da pena acessória do art. 102, imposta juntamente com a pena principal, na mesma sentença. Há mister para que ocorra ou não a exclusão que perante o Tribunal de Justiça ou, nos Estados, onde houver, o Tribunal de Justiça Militar, seja instaurado um especial processo de perda de graduação da praça, análogo ao da perda do posto e da patente dos oficiais”. (**Curso de Direito Penal Militar** - Ed. Saraiva - 1994 - p. 224).

Parece claro que a nova garantia constitucional dos graduados da polícia militar é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina legal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo.

Portanto, o art. 125, § 4º, *in fine*, da Constituição Federal, subordina, às expressas, a perda da graduação das praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, assim não subsistindo, como consequência, em relação aos referidos graduados, o art. 102 do Código Penal Militar que impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. Com efeito, dúvida não há, em face da norma constitucional de eficácia imediata, de que se operou a caducidade do referido art. 102 da Lei Penal Militar.

Conclui-se, pois, que a decisão condenatória que vier a aplicar a pena acessória da perda da graduação militar, afrontará a norma constitucional por imiscuir-se em matéria fora da sua competência e restrita a julgamento específico de indignidade.

Finalmente, averbe-se, o art. 99 do Cód. Penal Militar, face a norma inserta no art. 93, IX, da Constituição Federal, detém ranço de absoluta inconstitucionalidade, porque não mais se admite que os militares percam o posto, a patente ou a graduação, automaticamente, com a sua só condenação a pena privativa de liberdade por mais de dois anos, sem que a sentença dê a motivação necessária.

O Código Penal Militar não se amoldou à nova norma constitucional e persistiu no equívoco de que a perda da função pública

é pena acessória, quando em verdade não o é, mas sim efeito da condenação. Tanto que o legislador ordinário, disciplinando a matéria no art. 92, parágrafo único, do Cód. Penal, deixou claro que “os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença”.

Neste sentido, aliás, é o pacífico entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, por suas duas Turmas.

É assim que penso, deixando o tema para reflexão de todos que se interessarem pela hipótese. ☐

O Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes e o Novo Código Civil Brasileiro

Alfredo Calderale

Professor Catedrático da Universidade de Foggia - Itália

1. Nascido no dia 20 de julho de 1942 em Ponte Nova, Minas Gerais, Luiz Roldão de Freitas Gomes nos privou da sua presença no dia 30 de março de 2005.

Ele era professor titular de Direito Civil da Universidade Federal Fluminense (UFF) e, desde 1995, Juiz do extinto Tribunal de Alçada e posteriormente Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, após exercer, ao longo de vinte e nove anos, o cargo de Procurador de Justiça.

Como amigo e colega dele, já tive oportunidade de lembrar a sua envergadura como estudioso reconhecido e apreciado não somente no Brasil, como também na Europa, e o impulso dado por ele para o desenvolvimento das relações científicas no campo do direito entre a Itália e o Brasil com a criação do Instituto Ítalo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado, ocorrida em 1994 no magnífico campus da Universidade Federal de Viçosa¹.

Contando com a prestigiosa presidência do Prof. Caio Mário da Silva Pereira, um dos mais ilustres juristas brasileiro do século passado, o Instituto cuidou, de 1998 até 2004, da publicação da **Revista Doutrinária** que, publicando várias contribuições de

¹ CALDERALE (org.), *Il nuovo codice civile brasiliano*. Milão: 2003. Presentazione. No que diz respeito aos vínculos do Prof. Roldão com o mundo jurídico português ler mais no artigo de DIOGO LEITE DE CAMPOS, *ibidem*.

estudiosos dos dois países, em muito favoreceu o conhecimento recíproco dos ordenamentos jurídicos brasileiro e italiano. Agora, por ocasião da entrega em memória da placa de prata da Universidade de Foggia para o Prof. Roldão, justo reconhecimento para o emérito professor, amigo precioso da nossa Universidade, desejo lembrar sua colaboração, douta e inteligente, de comentador do novo Código Civil brasileiro.

2 . Como professor e magistrado, Roldão era um privilegiado observador da evolução do direito brasileiro, pertencendo às fileiras daqueles que optam por desenvolver institucionalmente o trabalho teórico na universidade e prático nos tribunais, com a possibilidade de enriquecer as experiências umas com as outras; uma experiência que na Itália não é possível vivenciar desta forma, visto que é proibido ocupar ao mesmo tempo dois cargos públicos. Que no Brasil, a partir da Constituição de 1934 e salvo o parêntese da década entre 1937 e 1946, tenha prevalecido a solução contrária àquela, provavelmente dependeu da escolha do legislador constitucional, que pretendia assegurar, num país tão grande e marcado por diferenças sociais e culturais imensas, que o ensino universitário de direito pudesse ser ministrado por pessoas altamente qualificadas.

Como professor, Roldão era necessariamente um comparatista, porque já no final da época do Império estabeleceu-se que nas universidades “o estudo do direito Constitucional, Criminal, Civil Comercial e Administrativo será sempre acompanhado pela comparação da legislação pátria com a dos povos cultos”, uma diretriz que retomava a tradição portuguesa dos *Estudos da Universidade de Coimbra* do séc. XVIII, época das reformas pombalinas da justiça e dos estudos universitários.

Na obra científica do Prof. Roldão, encontra-se o estilo peculiar do jurista brasileiro, já matéria de estudo desde Tullio Ascarelli na década de 1930², durante sua permanência em São Paulo,

² ASCARELLI, “Notas de Direito Comparado Privado Italo-Brasileiro”, in *Revista Forense*, 1947, 317 ss.

ou seja, a tendência a privilegiar nitidamente, entre os formadores do ordenamento, o elemento doutrinário, o que confere a muitas obras jurídicas, até os dias de hoje, um tom prevalentemente teórico, por serem isentas de chamadas significativas para a jurisprudência. Que a centralidade da doutrina esteja presente também na obra do juiz Roldão demonstra a força desta consolidada forma de trabalho, imputável também à tradição portuguesa. Foi, de fato, a lei do dia 18 de agosto de 1769, “uma verdadeira pedra fundamental na história jurídica de Portugal e do Brasil” que sancionou o primado dos professores, entregando em suas mãos a identificação da “boa razão” das regras do direito comum aplicáveis, de forma supletiva, aos casos não disciplinados pelas fontes. Porém, na produção do Prof. Luiz Roldão, obteve um espaço, comumente pouco amplo, para a experiência brasileira a formação jurisprudencial, não somente devido ao evidente hábito profissional, mas também devido à consciência cultural, amadurecida ao longo das suas permanências de estudo no exterior, da crescente importância da jurisprudência dos sistemas de *civil law*, nos quais a falta de regras do *stare decisis* é compensada pela crescente influência persuasiva dos precedentes, uma temática que também no Brasil animou a discussão sobre o papel das súmulas.

3. O Código Civil atual surgiu com a Lei 10.406 de 2002, ao término dos trabalhos parlamentares começados em 1975 com a análise do projeto elaborado pela Comissão regida por Miguel Reale. Durante este longo período não faltaram contribuições elaboradas com uma certa continuidade por advogados, juízes e professores universitários, seguindo a práxis iniciada em 1939, quando, pondo um ponto final à época dos legisladores solitários, foi nomeada a primeira das comissões encarregadas da redação do novo Código Civil.

Nos últimos vinte e cinco anos do século passado a discussão interessou várias temáticas.

Algumas delas eram de caráter geral e já constavam em muitos ordenamentos na véspera das mais recentes codificações, visto que, apesar das perplexidades de muitos, a forma código mostrou

uma inegável vitalidade, demonstrada pelo relevante número de novos códigos publicados ou no prelo. A doutrina brasileira interrogou-se a respeito das oportunidades de codificar, mesmo sabendo das dificuldades para produzir obras legislativas duradouras na nossa época da incerteza, ou de limitar-se a consolidar as leis especiais em determinados setores, até para reduzir o risco que um código diluísse o espírito progressista da produção legislativa posterior à Constituição de 1988, que havia exaltado o valor da pessoa em si, especialmente no que dizia respeito ao direito de família. [A doutrina] perguntou-se se devia conservar no código, ou não, uma parte geral. Com obstinação, pensou-se como conduzir a unificação do direito privado, visto que com o novo Código Civil pretendia-se substituir tanto o código civil de 1916, quanto o Código Comercial de 1850, pondo em prática a idéia que Teixeira de Freitas havia expressado já em 1867 e seria retomada várias vezes ao longo do século XX³.

Outras intervenções concentraram-se sobre aspectos particulares da disciplina dos vários institutos. As reflexões do Prof. Roldão diziam respeito a muitos destes argumentos.

Ele julgava necessária uma nova codificação, que acautelava do risco de não levar em conta “os traços da evolução social e da organização política do país”⁴, e que, por outro lado, considerasse excessivamente o condicionamento das contingências políticas. Considerando o enredo entre os acontecimentos relativos ao projeto do Código Civil e à história do Brasil, Roldão mostrava considerar, em suma, que se a chegada à democracia devia ser considerada definitiva com a retirada das forças armadas do governo e a proclamação da Constituição de 1988, a redação do código, iniciada nos anos da ditadura militar dever-se-ia referir ao quadro constitucional para realizar o modelo de sociedade pensado pelos constituintes, sem ceder a extremismos excitados por um quadro democrático ainda frágil e talvez pelo desejo de resolver de uma vez só as mesmas, seculares contradições da sociedade. Por isso, usufruindo da exortação de Teixeira de Freitas, colocada no início

³ CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*. Milano, 2005, 277 ss.

⁴“Inovações da Parte Geral do Projeto do Código Civil”, in *Revista Doutrinária*, 2001, 137 s.

do *Esboço*⁵, o código devia ser fruto de um “amplo debate nacional”. Além disso, ele considerava esta discussão necessária até para evitar que um código de pouco fôlego mostrasse a mesma fragilidade das leis emitidas durante a Revolução Francesa antes da proclamação do *Code Civil*, leis que se pareciam com “pilares flutuantes no meio de um mar em tempestade”⁶, como afirmado por Portalis na Exposição das motivações do código. Portanto, no pensamento do Prof. Roldão, traça-se uma concepção do código como sábia obra técnica, que precisa ficar desvinculada das pressões políticas ocasionais, para permanecer ao longo do tempo. Esta idéia parece evocar o caso da redação do Código Civil italiano em 1942, por ele evocada em várias ocasiões. Na opinião de muitos, o Código Civil italiano de 1942 foi o resultado de escolhas de tão grande validade científica e neutralidade política que sobreviveu à queda do ordenamento corporativo do fascismo.

Neste quadro, a relação entre Código Civil e Constituição é traçada com precisão. Em substância, o Prof. Roldão tomava ato de que a Carta de 1988, igualmente a outras constituições do século XX, entre elas as mesmas constituições brasileiras anteriores, tinha escrito “as principais categorias do direito privado, coração das regras de convivência do povo”, destinadas a funcionar como “diretivas para o legislador, o juiz e para todos que exercitam a profissão jurídica”⁷, porém era rigoroso acerca de como o juiz deveria ter aplicado a lei à luz dos princípios constitucionais. A este respeito, ele expressou a convicção, ancorada no ensino de autores clássicos como Ferrara e Saleilles e na tradição dos *Estudos de Universidade de Coimbra*⁸ do século XVIII, que ao inter-

⁵ *Esboço* na edição organizada pelo MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E NEGÓCIOS INTERIORES - SERVIÇO DE DOCUMENTAÇÃO, com ESTUDO CRÍTICO BIOGRÁFICO POR LEVI CARNEIRO, 1952, “Ao Público”.

⁶ “Inovações”, cit., 137 s.

⁷ “Normas e Princípios de Direito Civil na Constituição Brasileira de 1998”, in *Revista Dir. Proc.- Geral da Justiça RJ* nº 28, 1988 2.

⁸ Liv. II, tít. VI, cap. VI, § 13 << Não transcendam os mesmos magistrados e professores os justos e impreteríveis limites das suas faculdades; e não se precipitem no temerario e sacrilego attentado de pretenderem ampliar ou restringer as leis pelos seus particulares e prorios dictames, como se dellas prudessem ser arbitros>>.

pretar a lei, o juiz, mesmo se escorando na consideração dos interesses sociais, não devia armar-se de um “salvo-conduto teórico”⁹ para transgredi-la, nem em nome da tutela das classes sociais subalternas. Ele, portanto, contrapôs-se frontalmente aos sobreviventes seguidores do uso alternativo do direito, uma corrente muito presente também na Itália durante a década de 1970, e compartilhou as preocupações de Caio Mário da Silva Pereira, seu venerado mestre, [segundo o qual] o recurso a cláusulas gerais de caráter perigosamente vago¹⁰, talvez postas em evidência por uma vistosa colocação, como no caso da ‘função social do contrato’ (art. 423), colocada “na página de rosto da disciplina contratual” do novo Código Civil, favoreceriam decisões formalmente insustentáveis, além de ineficientes¹¹. Provavelmente, por este motivo, retomando a linha de prudência que remonta a Pontes de Miranda, na página do Prof. Roldão não se encontra nem a exaltação das cláusulas gerais, que mais tarde seriam amplamente transfundidas para o novo Código Civil, nem, do outro lado, a crítica à timidez desta escolha, para a qual o legislador teria, em definitivo, confiado a tarefa de tornar aplicáveis os princípios da ética, sociabilidade e operabilidade, [princípios] aos quais o novo código ter-se-ia inspirado, pondo-se em contraposição à impostação individualista do código de Beviláqua. Naturalmente, o Prof. Roldão não subestimava a importância das cláusulas gerais, mas propunha administrar sua aplicação com um severo controle sistemático das construções adotadas e, se fosse possível, com a referência às soluções já consolidadas em outros ordenamentos, como no caso da cláusula da boa-fé, depois prevista pelo art. 422 do novo Código Civil na esteira do § 242 do BGB¹².

⁹ “Norma Jurídica, Interpretação e Aplicação”, *Revista Dir. Proc.- Geral da Justiça RJ* nº 31, 1990, 5.

¹⁰ “Observações Sobre o Livro I (Do Direito das obrigações) da Parte Geral do Direito do Código Civil”, *in Revista Forense*, v. 344, 190.

¹¹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Crítica ao Anteprojeto do Código Civil”, *in Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, 1972, 38.

¹² “Observações”, *cit.*, 190.

Nesta perspectiva, resulta significativo para o Prof. Roldão, mais uma vez, o chamado à experiência do direito português do século XVIII, que ele tinha reconstruído com sábia atenção em alguns dos seus trabalhos: pela lei da boa razão, em caso de lacunas, era permitido aos juizes importar a solução vigente de outros sistemas, se legitimada pela “obra dos juristas de nomeada”, um sistema através do qual o mesmo direito privado brasileiro havia se modernizado adotando regras desconhecidas ao código de 1916, como, para citar somente um exemplo, a teoria da imprevisão¹³.

No que diz respeito à estrutura do código, confirmando a fidelidade ao modelo anterior e chamando para uma consolidada impositação que remontava no Brasil à obra de Teixeira de Freitas e aos *Anteprojetos* de Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, o Prof. Luiz Roldão considerava útil a conservação de uma parte geral, que alguns entendiam, ao contrário, como um fator que sobrecarregaria e uma obra puramente teórica a ser eliminada sem saudades, argumentos que voltariam à tona na Europa em ocasião da aprovação do Código Civil holandês de 1992. Ele creditava a ela a tarefa de fixar as linhas “ordenadoras” do sistema, de fixar os postulados ético-jurídicos essenciais, e de constituir um instrumento fecundo na interpretação e na aplicação do direito¹⁴ e de ser um ulterior instrumento de disciplinado trabalho do juiz. Retomando várias vezes o exame do seu conteúdo, o Prof. Luiz Roldão mostrava considerar que a influência do *Anteprojeto de Código de Obrigações* de Caio Mario da Silva Pereira fosse mais evidente de quanto a publicística corrente estivesse disposta a reconhecer, ainda mais pelo fato dele, repetidas vezes, ter retomado as críticas formuladas pelo Mestre ao projeto redigido por Moreira Alves e, portanto, nos legou um mais atento aprofundamento da história da formação do novo Código Civil.

Da parte geral, o Prof. Roldão evidenciou a proximidade com o *Allgemeiner Teil* do BGB porque nele encontram-se algumas disposições, como aquelas do direito ao nome e à representação nos

¹³ “Norma Jurídica”, cit., 9.

¹⁴ “Inovações”, cit., 121.

contratos omitidas, ou remetidas à parte especial do velho código, e sobretudo porque, no âmbito da disciplina dos atos ilícitos, recebe legitimação formal o negócio jurídico, ligado à capacidade dos indivíduos e dos grupos de agir em prol da realização dos seus interesses, que não era mencionado no código de Bevilacqua. O Prof. Roldão aprovou o maior rigor da impositação sistemática da matéria porque, segundo o novo código, no âmago da categoria dos fatos jurídicos estão incluídos, por um lado, os atos lícitos, que compreendem os atos jurídicos *stricto sensu* e os negócios e, por outro lado, os atos ilícitos nos quais, com uma escolha controvertida, inseriu-se o abuso do direito, modelado sobre o esquema do § 226 do BGB, porém numa versão extrema, porque o abuso do direito sempre constitui um ilícito civil. Enquanto no ordenamento italiano, onde o instituto não é disciplinado por leis, nele a jurisprudência lê, ao contrário, um instrumento útil a impedir o exercício formalmente irrepreensível de um direito.

4. Articulando-se em uma Parte Geral e em uma Parte Especial, o Código Civil de 2002 confirmou a fidelidade ao modelo anterior, próxima da impositação do BGB. A parte geral é formada por três livros que, repetindo o esquema gaiano, tratam das pessoas (Livro I), dos bens (Livro II), dos fatos jurídicos (Livro III). A estes, na segunda parte, seguem os quatro livros do direito das obrigações (Livro I), do direito da empresa (Livro II), do direito das coisas (Livro III), do direito de família (Livro IV) e do direito das sucessões (Livro V), dispostos em ordem contrária aos da parte geral, assim ficando subvertida a perfeita correspondência verificável no código de 1916. Olhando para esta arquitetura, o Prof. Roldão estava consciente de que a relevância do direito privado da economia é equilibrada pelo relevo que assume a pessoa humana, cuja disciplina encontra-se nos dois extremos do código¹⁵. Então, poder-se-ia considerar que, na ótica do legislador, o desenvolvimento da economia fundada na autonomia privada, na proprie-

¹⁵ “Observações sobre o livro IV da parte especial do projeto do código civil”, in 350 *Revista Forense*, 107.

dade e na iniciativa privada, deveria respeitar a centralidade da pessoa, segundo uma perspectiva desconhecida ao código de Bevilacqua e coerente com as escolhas da Constituição de 1988. Esta consciência guiou constantemente as reflexões do Prof. Roldão a respeito dos institutos do Código Civil, expressas em um copioso número de trabalhos.

Em coerência com este cenário, assinala-se, em primeiro lugar, o estudo sobre a *Noção de pessoa no direito brasileiro. Direitos da personalidade*, de 1993¹⁶.

A rigorosa reconstituição histórica do tema, os postulados culturais que o marcaram, a específica consideração que este recebeu no ambiente jurídico brasileiro com um específico chamado ao *Anteprojecto* de Orlando Gomes de 1963, o exame das experiências estrangeiras, desembocaram na consideração de que “personalidade e igualdade são as colunas do direito moderno”,¹⁷ solidamente baseadas no projeto de Moreira Alves, que havia buscado sua inspiração no Código Civil português de 1966 e realizava as não ouvidas aberturas de Teixeira de Freitas e, sobretudo, na Constituição Federal de 1988 que, nesta matéria, vivificava a tradição cristã do Brasil.

O Prof. Roldão reservou uma especial atenção também ao tema da pessoa jurídica, especialmente no que diz respeito à ‘desconsideração da pessoa jurídica’, disciplinada pelo art. 50 do novo Código Civil, que permite ao juiz, em casos específicos, de excutir os bens pessoais dos administradores e sócios que, em relação a casos específicos, tenham abusado do privilégio da limitação da responsabilidade da pessoa jurídica com posturas fraudulentas para prejudicar terceiros. A este respeito, ele sublinhava o fato de que, sendo a *disregard doctrine* destinada a ser aplicada somente em relações viciadas deixando íntegra a responsabilidade limitada da pessoa jurídica para os outros, é mais correto falar em suspensão da personalidade jurídica e assinalar que se trata de uma norma menos severa do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶ In (Universidade de Coimbra) Boletim da Faculdade de Direito, 1993, 319 ss..

¹⁷ Op. cit., 349

Visto que a personalidade dos homens realiza-se nas formações sociais e, antes de todas, na família, o Prof. Roldão enfrentou este delicado tema em uma série de trabalhos permeados de sofridas considerações de caráter religioso e moral. O livro sobre a família foi retomado ao longo dos trabalhos parlamentares porque parecia indispensável adequar-se à evolução dos costumes da sociedade e à Constituição de 1988. Ao considerar as escolhas legislativas, o Prof. Roldão mostrou compartilhar a nova normativa da família baseada no casamento devido à sua aderência aos valores constitucionais. Trata-se dos princípios de igualdade entre componentes do núcleo familiar, da paridade de direitos em capo aos cônjuges, da liberdade nas escolhas que marcam a vida da família e da própria voluntária extinção. Estes princípios, reconhecidos a nível mundial, inspiraram a ab-rogação de qualquer discriminação entre filhos tidos ou não no âmbito do casamento ou por adoção, como se expressa no art. 1.596 do novo Código Civil, assim como a aplicação constante do princípio do interesse do menor, manifestado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Portanto, ele concordava com o fato de que, em linhas gerais, mesmo traduzindo em artigos os êxitos consolidados da jurisprudência ou reproduzindo disposições de leis especiais anteriores, o resultado foi formalizar o núcleo fundamentado na “plena comunhão de vida” (art. 1.511), que, porém, perdeu, de forma inevitável, o caráter íntimo da família tradicional conotado pelo patriarcalismo doméstico próprio da passada experiência européia que absorvia, entre outras coisas, caracteres peculiares nos ordenamentos português e brasileiro. Mas o Prof. Roldão não ignorava a crise do núcleo familiar que tínhamos herdado da tradição, já rodeado ou, segundo alguns, insidiado por novas formas de família, baseadas na pura convivência entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo ou de um dos pais com os filhos, fenômenos objeto de muitos ordenamentos de novas normativas ou de projetos que custam a se afirmar.

A este propósito, a posição do Prof. Roldão era incontestável. Se de um lado aprovava qualquer intervenção do legislador voltado para a valorização da pessoa enquanto tal no interior de qual-

quer núcleo ‘familiar’ ou, pelo menos, a eliminação de qualquer forma de discriminação, ele afirmava que “a idéia de uma família natural não desvaloriza (a família fundada no casamento), nem lhe cria concorrência”, uma posição que, recentemente, foi usada na Itália para opor-se a qualquer forma de reconhecimento e regulamentação de uniões heterossexuais ou homossexuais não baseadas no casamento. No que diz respeito à família de fato heterossexual, o Código Civil brasileiro assumiu uma posição mais avançada daquela de muitos ordenamentos porque, na esteira de quanto prevê a Constituição de 1988, regulamentou a ‘união estável’ com regras extraídas de intervenções normativas anteriores, solicitados pela exigência de regulamentação de um fenômeno que no Brasil, como também em toda a América Latina, assumiu uma relevância social muito superior daquela que reveste nos países europeus, porém sem apresentar o caráter de recusa ou contestação da família tradicional, visto que se trata, sob vários aspectos, de um fenômeno ligado ao afastamento de grandes massas de pessoas espoliadas do mundo do direito.

Provavelmente foi devido a isso que o Prof. Roldão, católico fervoroso, reconhecia-se na impostação do legislador, que, não por acaso, favorece a conversão da união de fato em famílias fundadas no casamento. Da normativa, ele criticava somente alguns aspectos inerentes à esfera patrimonial. De fato, identificava a incerteza produzida na circulação dos bens imóveis em comunhão, incerteza devida à falta de publicidade da união estável e do regime legal da comunhão das aquisições, que comporta na administração conjunta dos conviventes e na necessidade da autorização para os atos de disposição listados pelo art. 1.647 do Código Civil.

A refinada atenção pelas formas jurídicas que interessam as atividades econômicas sempre esteve presente na obra do Prof. Roldão.

Suas reflexões adotaram o direito das obrigações e dos contratos e o direito de propriedade no novo Código Civil, objeto de numerosas inovações e de importantes confirmações.

Em muitas obras, o Prof. Roldão ilustrou com detalhes, sabedoria técnica e amplo respiro cultural, o atormentado caminho do

legislador. Mas aqui eu quero lembrar sua posição a respeito das escolhas de base da nova codificação do direito privado.

Estudando a disciplina das obrigações, das quais o código, seguindo a tradição, omitiu a listagem das fontes, o Prof. Roldão sublinhou a distância da atual imposição “solidarística” com respeito à liberal do código de 1916, uma perspectiva que, todavia, tinha sido aceita pela doutrina brasileira a partir da década de 1980, e que tinha gozado do trabalho de juízes compromissados na cansativa construção de obrigações em condições de configurar de forma mais justa as relações contratuais, apesar da ausência no código de Bevilacqua de uma cláusula geral de boa-fé. O Prof. Roldão valorizava esta imposição do legislador porque estava consciente de que, enquanto paradigma das relações entre privados ao qual se devia atribuir ou comparar toda relação relevante de poder e dever, a relação obrigatória toma uma importante relevância não somente porque assinala os valores nos quais o ordenamento é inspirado, mas devido à concreta possibilidade de aplicar suas regras e princípios também a outros campos do direito privado, como os dos direitos reais, do direito sucessório e do direito de família, todas as vezes que se verificarem situações em que, como exatamente no direito das obrigações, o sacrifício da vontade de uma parte seja colocado acima do interesse da outra, como também nas relações entre privados e administração pública, como estabeleceu o Superior Tribunal de Justiça.

No âmago do direito das obrigações ele tinha estudado em particular o tema da assunção do débito, publicando, em 1982, uma importantíssima monografia de grande relevância comparatística, *Da Assunção de Dívida e sua Estrutura Negocial*, cuja segunda edição foi publicada em 1998. Disciplinado pela primeira vez do código atual, o instituto foi baseado no consenso expresso pelo credor (art. 299) que, de norma, assume o risco da insolvência do novo devedor porque o primeiro é liberado, uma configuração que o Prof. Luiz Roldão tinha concebido na sua obra, reconstruindo a prática brasileira dos negócios e a sucinta disciplina especial.

Das novidades no campo da disciplina do contrato, o Prof. Roldão desconfiava daquelas que, mesmo tendendo à realização

dos princípios da sociabilidade e ética, mostravam linhas vagas e manipuláveis por intérpretes desinibidos que poderiam frustrar o alcance justamente daqueles fins para os quais as normas tinham sido escritas. A referência é aos art. 421, sobre a função social do contrato, e 422, sobre a boa-fé, no que diz respeito ao qual ele, não por um acaso, se reportava à experiência equilibrada dos juízes alemães. Porém, apreciava as inovações que, ao realizar a lógica progressista do código, apresentavam menos riscos de escolhas jurisprudenciais arbitrárias, como no caso, por exemplo, da resolução por excessiva onerosidade, saudada como sinal de ética e inspirada na normativa italiana. Analisou também contratos especiais disciplinados pelo código e se obrigou a aprofundar alguns deles que o legislador de 2002 não tinha inserido no código: o *leasing*, o *factoring*, o *franchising*, todos nascidos da difusão da práxis contratual norte-americana entrada no Brasil nos tempos da ditadura militar e nos mais recentes contratos telemáticos, ligados também à difusão de Internet, objeto de um estudo conduzido apesar da evolução da doença que o teria tirado do nosso convívio. Contratos que o legislador não quis inserir no Código Civil porque considerava que, do ponto de vista formal, tirando a certificação dos documentos eletrônicos necessária para garantir a sua autenticidade e validade, não há e não pode existir diferença entre um contrato comum e um contrato eletrônico, visto que o computador deve ser considerado um meio de comunicação como outro qualquer. Estas e outras considerações podem ser encontradas também em suas obras didáticas, expostas em forma rigorosa e clara ao mesmo tempo. Refiro-me às duas edições no **Contratos** de 1999 e de 2002.

Também suas considerações sobre responsabilidade civil estão reunidas em um texto didático de 2000 - **Elementos de responsabilidade civil**. De uma forma geral, o Prof. Roldão aprovava a estrutura dada à matéria pelo novo código. De fato, sublinhava que o sistema, afinal, baseia-se sobre três pilares delineados pelo art. 186. O primeiro é que, como no Código Civil italiano, a responsabilidade por culpa fica sendo o cerne da normativa codicística, que, portanto, quer perseguir o objetivo de **general deterrente**,

mesmo que depois identificasse na citada norma ambigüidade do não dizer, como por exemplo, o ante-projeto suíço sobre responsabilidade civil e os *Principles do European Group of Tort Law*, se a avaliação da culpa faz fato em abstracto ou em concreto. O segundo pilar é que, pondo-se em linha com o ditado constitucional, o art. 186, mesmo que *en passant*, prevê a responsabilidade por dano moral mas, diferentemente do passado, a prende à injustiça do dano e, devido à existência de um critério de seleção do dano moral recuperável, aproxima-se dos códigos civis italiano, português e alemão. O terceiro ponto diz respeito ao fato de que a disposição em palavras freia a tendência de matriz francesa do velho Código Civil, que considera ressarcível a lesão de interesses e de direitos não acompanhada pela produção do dano. No que diz respeito à responsabilidade objetiva para o exercício de atividades perigosas, moldada no modelo do CD e estruturada como uma cláusula geral, ele concordava com aqueles que a julgavam “a principal inovação do código civil”, um juízo que se baseava na consciência de que a *strict liability* constitui um incentivo para o progresso tecnológico, mesmo em presença da inevitável intervenção do sistema de seguros.¹⁸

5. Desta forma, delinea-se o perfil da figura do jurista ao qual estamos hoje prestando homenagem, cujas produções nos comprometemos a estudar com mais detalhes no futuro em iniciativas apropriadas: um jurista que apresentava uma sólida formação cultural e histórica, tecnicamente rigoroso, um culto comparatista. Um moderado, no que diz respeito à política do direito, também nisso em linha com a cautela de todos os juristas que enfrentaram a codificação no Brasil, convencido de que o progresso da sociedade não tem lugar senão na ordem, no respeito rigoroso da lei e da divisão dos poderes, sem perigosas tensões em uma sociedade historicamente sofrida, como todo o continente latino-americano, devido a uma democracia frágil e construída arduamente.

¹⁸ “Observações sobre o Livro I (do direito das obrigações) da parte especial do projeto do Código Civil”, in 344 *Revista Forense*, 184.

Eu, que fui amigo dele, gostaria agora de falar dos seus defeitos. Dos defeitos para lembrar sua natureza humana necessariamente imperfeita e para não colocá-lo como um santinho no altar das nossas recordações: Roldão era teimoso, bem intransigente, severo demais, muito exigente. Mas nós gostávamos dele assim, porque tínhamos entendido que estes defeitos eram as extremas conseqüências de suas virtudes: rigoroso do ponto de vista intelectual e moral, disciplinado e incansável no trabalho, consciente, como todos nós, dos limites dos nossos poucos conhecimentos e sempre ávido de aprender coisas novas, generoso na amizade e no compartilhar seus conhecimentos.

Por estes motivos, com comoção e saudade, entrego, em nome do Reitor da Universidade de Foggia, Prof. Antonio Muscio, do Senado Acadêmico e do Conselho de Administração, que aprovaram por unanimidade a minha proposta, a placa de prata da Universidade em memória do Prof. Luiz Roldão de Freitas Gomes. 📄

A Justiça e os Direitos Fundamentais do Homem (De Rousseau aos Tempos Atuais)

Áurea Pimentel Pereira

Desembargadora do TJ/RJ e membro do Conselho de Vitaliciamento

A Justiça, por Ulpiano definida como a “*constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuere*”, pelos grandes Pensadores, foi sempre tida como uma virtude política.

Assim a concebia Aristóteles, que a via mesmo como a maior das virtudes, na qual todas as outras estariam compreendidas, cuja existência se pressuporia “entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei” e cujo objetivo principal seria, afinal, o de “preservar, para a sociedade política a felicidade e os elementos que a compõem (Ética a Nicômaco, Livro V, Capítulo I, tradução de Leonel Vellandro e Gerd Bornheim, *apud Os Pensadores*, Vol. IV, páginas 322, 323 e 330).

Também Montesquieu definia a Justiça como uma virtude que, na sua visão, se traduziria no amor às leis do país (L’*Esprit des Lois*).

Para Rousseau - que via no justo um sentido universal, emanado da razão - somente as leis e as convenções é que seriam capazes de “unir os direitos aos deveres e conduzir a justiça ao seu objetivo” (O *Contrato Social*, Livro Segundo, Capítulo VI, tradução de Lourdes Santos Machado, *apud Os Pensadores*, Vol. XXIV, p. 59 e 60).

De acordo com o pensamento iluminado de Rousseau, haveria mesmo “no fundo das almas um princípio inato de justiça e de virtude, conforme o qual, apesar das nossas próprias máximas,

julgamos as nossas ações e as de outrem como boas ou más” (**A Profissão de Fé do Vigário de Savoia**, tradução de J.Cruz Costa, *apud O Pensamento Vivo de Rousseau*, apresentado por Romain Rolland, p.153/154).

O primado da Justiça, quando da solução dos conflitos de direitos e a própria afirmação da existência destes, sempre foi, na história da humanidade, a grande preocupação dos povos.

Iluminada pelas idéias dos grandes Pensadores, surgiu, então, a teoria do direito natural, (*iusnaturalismo*), a explicar a existência de direitos comuns a todos os homens, (*ius naturae*), como inerentes à própria natureza humana, como tais, mercedores de respeito.

Segundo a doutrina do *iusnaturalismo* - que depois cedeu passo ao *iuspositivismo* - os direitos são inerentes à própria condição do homem que, de acordo com a teoria rousseauiana, nasceu livre e Titular de direitos, dos quais, desde logo, passou a ter a fruição.

Para Jellineck, contudo, os direitos cujo gozo pelo homem em sociedade foi assegurado seriam, na verdade, frutos de concessão do Estado, que se autolimitaria para garantir, a cada um, a possibilidade de seu exercício.

Da idéia da limitação do exercício do poder pelo Estado, foi precursor Montesquieu, em sua obra **L’Esprit des Lois**, ao conceber um sistema de freios e contra-pesos, através do qual “*le pouvoir arrê le pouvoir*”.

Dentre os direitos fundamentais, o mais importante, em todos os tempos, sempre foi o da liberdade.

De acordo com a teoria de J.J.Rousseau, o homem, que nasceu livre, teria, posteriormente, evoluído de um estado de liberdade natural para o de uma liberdade convencional, fruto de um verdadeiro pacto social (**O Contrato Social**).

Para Rousseau, portanto, a liberdade, direito fundamental do homem, não se originaria propriamente da natureza, resultando, antes, o seu gozo e fruição, de um pacto social, segundo o qual: “Cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral e recebemos, enquanto corpo,

cada membro, como parte indivisível do todo” (Obra citada, Livro Primeiro, Cap. VI, p. 39).

Essa vontade geral - adverte Lourival Gomes Machado, em comentários feitos à obra de Rousseau - não resultaria da simples soma de vontades individuais, mas sim, em uma visão metafísica, da vontade gerada a partir do cômputo do que “há de comum em todas as vontades individuais”, capaz de representar o “substrato coletivo das consciências”, fruto do que Diderot, *in Enciclopédia* definiu como sendo “em cada indivíduo um ato puro de entendimento que raciocina no silêncio das paixões”. (*ib. idem*, Livro Segundo, Cap. I, p. 49 e Cap. III, p. 52).

Assim, segundo a doutrina de Rousseau, através de um verdadeiro contrato social, assentado em uma vontade geral, o que se procurou tornar possível, foi, afinal, “uma forma de associação que defenda e proteja, contra toda força comum, a pessoa e os bens de cada associado e pela qual cada um, unindo-se a todos, apenas obedeça a si próprio, e se conserve tão livre quanto antes”. (*ib. idem*, Livro Primeiro, Cap. VI, p. 38).

Para Rousseau, a própria autoridade do Estado “não se justificaria, nem pela força, nem pela vontade de Deus, mas sim, pela Convenção” (Ob. cit., p. 32).

A idéia de que todos os homens nascem livres surgiu associada àquela outra da *igualdade*, em contraposição à teoria de Aristóteles expressada *in Política*, forte a proclamar que: “os homens em absoluto não são naturalmente iguais, mas nascem uns destinados à escravidão e outros, à dominação” (J. J. Rousseau, ob. cit. Livro Primeiro, Cap. II, p. 30).

Nos primeiros tempos da história da humanidade, a sociedade experimentou um período de anomia (ausência de normas legais). Só posteriormente foram, então, editadas leis reguladoras de direitos e obrigações - que - como frutos “de uma universalidade de vontades” - buscaram, então, conformar a vontade de todos à razão (Rousseau - ob. Cit. Livro Segundo, Cap. VI).

Com a idéia da liberdade, nasceu com o homem, concebida como direito natural, a igualdade, ambas a duras penas, através dos tempos, conquistadas e consolidadas como direitos fundamentais.

Tais direitos fundamentais - como assinalou o Professor Inocêncio Martins Coelho, em excelente palestra proferida em 1992, na OAB-DF - antes de serem objeto de inclusão em ordenamento jurídico “existiam apenas como simples idéias abstratas” que - como assinalou o douto constitucionalista, citando o magistério do jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade - “tanto podem ser vistos enquanto direitos de todos os homens, em todos os tempos e em todos os lugares - perspectiva filosófica ou iusnaturalista - como podem ser considerados direitos de todos os homens (ou categorias de homens), em todos os lugares, num certo tempo - perspectiva universalista ou internacionalista; como, ainda, podem ser referidos aos direitos de certos homens (cidadãos), num determinado tempo e lugar, isto é, num Estado concreto - perspectiva estadual ou constitucional” (*apud Revista de Informação Legislativa*, Ano 29, n. 115, páginas 43/44).

Inspiradas no iluminismo europeu e depois nas idéias libertárias da revolução francesa e consolidadas na Declaração de Direitos, fruto da independência americana, surgiram as primeiras proclamações universais que, basicamente, enunciaram como direitos fundamentais do homem a liberdade, a igualdade, o direito à vida e à propriedade.

Da liberdade, como direito natural - de que todo homem é detentor - mesmo antes de tais proclamações universais, já haviam, todavia, cuidado os romanos, garantindo-lhe proteção, através dos interditos *de homine libero exhibendo* e de *liberis exhibendus*, destinados a restituir a liberdade ao homem livre (não-escravo), que estivesse sendo submetido a constrangimento, em sua liberdade de ir e vir.

A primeira Carta Política, que a respeito da liberdade pessoal - como direito individual a todo homem garantido - expressamente dispôs, foi a Magna Carta da Inglaterra - outorgada por João Sem Terra em 1215 - em cujo parágrafo 29 encontra-se inserida a seguinte proclamação:

“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived

of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land..”

Embora erigida em direito fundamental, é certo, contudo, que a liberdade pessoal não constitui direito absoluto, subsumidos que estão seu gozo e fruição aos regramentos da lei, o que explica possa ser alguém de tal direito fundamental privado, se e quando haja praticado crime para o qual esteja prevista a aplicação de pena restritiva de liberdade.

O que o direito à liberdade efetivamente assegura ao homem - lembra J. Cretella Jr. - é, em rigorosa harmonia com o que dispõe a lei, conduta que consiste “em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem”, como por exemplo, o exercício dos direitos naturais de cada homem, que tem por limites apenas aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos” (*Elementos de Direito Constitucional*, p. 204).

Vale registrar que o conceito de liberdade como direito fundamental, inicialmente limitado à idéia da liberdade pessoal, com o evolver dos tempos, ganhou nova dimensão, abrangendo, modernamente, verdadeira gama de liberdades públicas, a saber: a liberdade de pensamento, de consciência e crença, e seus desdobramentos, compreensivos, dentre outras, da liberdade de informação; de associação, de comunicação, de reunião, de exercício profissional e de culto.

O princípio da igualdade - cujas raízes encontraram solo fértil nas idéias avançadas de Rousseau e Voltaire, inspiradoras dos ideais libertários da revolução francesa - existe para garantir, a todos os homens, tratamento isonômico diante da lei.

Dito princípio, todavia, sempre exigiu, dos doutos, reflexão, a recomendar, muitas vezes, sua aplicação, *cum grano salis*, associada à idéia de que, na realidade, a igualdade - que, como valor eterno e universal, se espera ver sempre respeitada - é, na realidade, uma *igualdade formal*, que “consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados, ou ao menos, não vedados pelo orde-

namento constitucional.” (Celso Ribeiro Bastos - **Curso de Direito Constitucional**, p. 179/180).

Essa igualdade formal, capaz de garantir tratamento isonômico, pressupõe, portanto, cidadãos que se encontrem em condições rigorosamente iguais, a afastar toda e qualquer possibilidade de se dispensar tratamento igualitário a desiguais, o que não seria, afinal, igualdade real, mas sim, desigualdade flagrante (Ruy Barbosa).

A propósito, aliás, judiciosa é a advertência de José Afonso da Silva, firme a proclamar que, via da aplicação do princípio da igualdade, o que se visa, antes de tudo, a realizar é: “a justiça, não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições socialmente desiguais” (**Poder Constituinte e Poder Popular**, p.126).

A desigualdade de direitos e deveres existente entre os homens em sociedade, sempre preocupou os grandes pensadores.

Tal preocupação assaltou Rousseau em seu “Discurso Sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, tendo sido, assim, lapidarmente, registrada:

“Concebo, na espécie humana, dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, por ser estabelecida pela natureza e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades de espírito e da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens.” (Obra citada, tradução de Lourdes Santos Machado, p. 241, apud **Os Pensadores**, Edit. Abril Cultural, 1973).

A igualdade, como direito fundamental do homem e a liberdade, com a mesma característica de direito fundamental historicamente consagrada, pela vez primeira foram objeto de uma proclamação universal, com a *Declaração de Direitos de Virginia* de 1776, e, em seguida, com a *Declaration des Droits de L’Homme et du Citoyen*, proclamação mais tarde repetida por ocasião da

Declaração Mundial dos Direitos dos Homens, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 1948.

O direito à vida - que constitui para o homem aquele bem maior - erigido em direito inviolável, como tal merecedor do Estado de toda proteção, tem, na verdade, - como anota J. Cretella Júnior - dois sentidos, envolvendo “o direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde, e o direito de subsistência; o primeiro ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência; o segundo, ligado ao direito de prover a própria existência mediante trabalho honesto” (Ob. cit., p. 203).

Para a garantia da fruição de tal direito, há que se exigir do Estado uma conduta positiva, consistente em atos e medidas capazes de, efetivamente, proporcionar a todo cidadão, de um lado, segurança, para a preservação da própria vida, contra violência externa, e, de outro lado, a possibilidade de recolher, através do trabalho, os meios necessários à própria subsistência.

Quanto ao direito à propriedade, vale lembrar que já não exhibe atualmente os mesmos contornos concebidos nas primeiras declarações universais de direito, ou - como registra J. Cretella Jr., citando o magistério de Carlos de Medeiros Silva - os posteriormente fixados na época do liberalismo, tendo perdido muito de seu sentido individualista, em favor de uma função eminentemente social. (Obra citada, p. 208/210).

O conceito moderno de propriedade - pontifica Celso Ribeiro Bastos - afastou-se inteiramente da concepção clássica, que o tinha, originariamente, como “um direito abstrato de caráter perpétuo, que era usufruído independentemente do exercício deste direito”, prevalecendo, modernamente - prossegue o douto constitucionalista - como idéia central, a compatibilização da propriedade “com sua destinação social”. (Ob.cit., p. 209).

Atualmente, o direito à propriedade não é mais visto como um direito absoluto, podendo seu exercício ser objeto de restrições ou limitações sempre que sobrelevar o interesse público ou social, como sói acontecer nos casos de desapropriação por utili-

dade pública ou de premente necessidade, do uso da propriedade particular, pelo Estado, na hipótese de iminente perigo público.

Com o reconhecimento que se fez, através de tais declarações universais, de que o homem era titular de direitos, para a proteção daqueles direitos havidos como fundamentais, tornou-se necessária a criação de instrumentos destinados a garantir o seu exercício, o que se fez - nos países em que o respeito a tais direitos se encontra reconhecido, como é o caso do Brasil - através de “disposições assecuratórias, que são as que em defesa dos direitos limitam o poder” (Ruy Barbosa - **República: Teoria e Prática**).

Através de tais instrumentos de garantia, tornou-se possível, então, exigir do Estado uma limitação de poder, traduzida em verdadeiro *direito de abstenção*, em condições de ser imposto, se e quando caracterizado o desrespeito a direitos fundamentais, hipótese em que - como adverte Fernando Whitaker - será sempre possível a utilização de instrumentos de garantia para exigir do Estado *conduta positiva* (Autor citado - **O Sistema Constitucional Brasileiro**, p.146).

Tem-se, portanto, que, entrando em discussão direitos individuais ínsitos à própria cidadania, há de se exigir do Estado uma abstenção (conduta omissiva), de modo a proibir que o exercício de tais direitos possa ser obstaculizado.

Há direitos, porém, que para cujo gozo, não raro, é preciso se exigir do Estado uma conduta positiva, como é o caso dos direitos sociais cujo reconhecimento ou concessão necessitam de ser perseguidos.

No Estado Democrático de Direito, os direitos subjetivos públicos e os instrumentos destinados a assegurar o seu exercício, constituem garantias constitucionais.

Na Carta Política brasileira de 1988 - que restaurou no país o Estado Democrático de Direito - tais direitos foram, no longo elenco do artigo 5º, alinhados, ao lado da existência de instrumentos garantidores de seu exercício, vendo-se que no Preâmbulo da referida Carta, desde logo, teve o legislador constituinte a preocupação de proclamar: “a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

O regime democrático - vale dizer a democracia (governo do povo para o povo) - tem se revelado o mais adequado para garantir ao homem, em sociedade, o exercício das liberdades públicas, através da conciliação do *Direito* com o *Poder*.

Tal conciliação ganha mais importância quando em conflito valores que se contrapõem, o que pode ocorrer, por exemplo, quando em confronto o interesse público com o interesse particular, hipótese em que a prevalência do primeiro deve ser reconhecida, presente a advertência de Rousseau de que a ordem social “é um direito sagrado que serve de base a todos os outros”. (**Contrato Social**, Livro Primeiro, Capítulo I, *ib. idem* p. 28).

Se e quando caracterizado tal conflito - como observa Fernando Whitaker, com a autoridade de sempre - será importante ter presente que: “A finalidade do indivíduo não é o bem singular, mas o bem público, que possibilita a todos os elementos materiais e espirituais para a realização plena, e que é tutelado pelo Estado, com o qual, até certo ponto, se confunde” - tudo justificando, como adverte o douto constitucionalista, o sacrifício do “bem particular ao comum”. (Ob. cit., p.162).

Há, todavia, direitos, que, por constituírem valores eternos e universais, estão a exigir do Estado respeito e proteção. São os direitos fundamentais, representativos das liberdades públicas, das quais o homem, na sociedade, é titular.

Ditos direitos - a partir da concepção de Rousseau, que os viu garantidos por um verdadeiro pacto social - e ao depois, mercê da evolução que experimentaram através dos tempos, por ocasião das declarações universais de direito: de Virgínia (1776); da França (1789) e da Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas (1948), representam importantes conquistas para o exercício da cidadania.

Na Magna Carta brasileira de 1988, o legislador constituinte dos direitos fundamentais do homem cuidou, em extenso elenco, no qual fez questão de alinhar, como os mais importantes, dentre outros, os direitos à liberdade, à igualdade, à vida e à propriedade, desde logo criando os instrumentos garantidores do seu exercício.

É importante registrar, contudo, que o extenso elenco de direitos individuais e coletivos, no artigo 5º da Constituição Federal

de 1988 contidos, não é, na verdade, exaustivo, como foi deixado claro no § 2º do artigo citado, com o expresse registro que se fez de que, no referido elenco, devem ser havidos como incluídos, além daqueles direitos e garantias “outros decorrentes do regime dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais, em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É importante, ainda, assinalar que, na referida Constituição, no mesmo dispositivo em que foram enunciados os direitos individuais e coletivos - então proclamados como direitos de todos, sem distinção de qualquer natureza - ampliou o legislador constituinte o elenco dos instrumentos legais, destinados a tornar efetivo o seu exercício, e isso se fez quando, ao lado dos anteriormente existentes, a saber: o *habeas corpus*, medida garantidora da liberdade de ir e vir, e o *mandado de segurança*, remédio heróico contra ato comissivo ou omissivo de autoridade, revestido de ilegalidade ou abuso de poder, violador de direito líquido e certo, - foram criados o *mandado de injunção* (destinado a tornar efetivo o gozo e fruição dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, cujo exercício se encontre, porventura, obstaculizado pela ausência de norma reguladora, cuja edição esteja sendo, pela autoridade competente, omitida) e, o *habeas data* (concebido para assegurar, ao cidadão, o direito incondicionado de ter acesso a informações pessoais existentes em registros, bancos de dados ou repartições públicas). Ao mesmo tempo deu-se nova roupagem à ação popular, garantindo-se, agora, ao cidadão, com maior amplitude, o controle da legalidade daqueles atos administrativos que forem considerados lesivos ao patrimônio público ou a entidade de que o Estado participe; à moralidade administrativa; ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural.

É certo que as liberdades públicas e as conquistas sociais, obtidas com a edição da Carta Política de 88, que restaurou no país o Estado Democrático de Direito, se revestem de enorme expressão, notadamente se e quando a todos os cidadãos estão sendo prometidos o gozo e a fruição de direitos tidos como fundamentais, a saber: o direito à liberdade, à igualdade, a uma existência

digna, a uma verdadeira justiça social, ao lado da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I e III).

É de se lamentar, todavia, que muitas das promessas solenemente feitas pelo legislador constituinte na referida Carta não se tenham, ainda, se tornado efetivas para a redução do verdadeiro abismo de desigualdades que separa os homens em sociedade, grave problema - aliás não só do Brasil - que os governos, por falta de vontade política, não puderam até os presentes dias solver.

Enquanto tal não ocorrer, isto é, enquanto não se instaurar efetivamente no país uma verdadeira justiça social, que J. Cretella Jr. prefere denominar de “justiça distributiva”, impossível será assegurar ao homem em sociedade, em toda sua amplitude, o efetivo gozo dos direitos fundamentais, prometidos no texto constitucional. Espera-se que no futuro, com o despertar das consciências, possa se concretizar, como preconiza Fernando Whitaker, “um processo integral, que conjugue as atribuições do poder, com a dignidade de cada um, e que seja capaz de encarnar um ideal político e social de largas dimensões, conduzindo o povo para a sua realização”. (Ob. cit., p.168). 📄

A Indústria da Multa e a Necessidade de Uniformizar

Carlos Eduardo da Rosa da Fonseca Passos
Desembargador do TJ/RJ

Objeto de reflexão, aqui e ali, ontem e hoje, é a busca da racionalidade na forma de prestar a tutela jurisdicional. Constitui incessante fonte de preocupação e estudo permanente dos processualistas.

Na medida em que a Constituição Federal de 1988 mostrou o caminho das pedras para o exercício do direito de ação, embora sem o pretender, estimulou o demandismo.

O Judiciário acabou por sofrer os efeitos. Procurando não acusar o golpe, age como um equilibrista e tenta atender, dentro de seus estreitos limites, os reclamos dos jurisdicionados, dado o enorme descompasso entre bens e interesses e, especialmente, a carência de moderadores para solucionar aquela diferença.

Desde então, nunca se cultuaram tanto os princípios da economia, da celeridade e da efetividade do processo, no tocante ao método de tornar concreto e real aquilo que o vitorioso teve reconhecido no processo cognitivo.

Em razão disso, reformas processuais sucessivas foram editadas, dentre elas as que prestigiaram a tutela específica em detrimento das perdas e danos, porquanto nada mais são do que pôr em prática a filosofia processual chiovendiana, segundo a qual, se possível, o processo deve corresponder ao adimplemento voluntário do devedor.

A entrega de soma, se substitutiva do verdadeiro anseio do credor, não deixa de ser uma corruptela de sua pretensão, que é o retorno ao *statu quo ante* após a violação do direito. De fato, o propósito do litigante que tem razão, de início, é a obtenção do bem da vida perseguido, ao invés de um sucedâneo.

Como cediço, a essência e a natureza da tutela específica representam a volta ao estado primário, ao invés de uma substituição. E se não for o caso de conversão em perdas e danos, em que se procede a uma modificação do que pretendia o autor, em tese e em princípio, fica mais fácil de ser concretizada.

Com efeito, o processo de execução foi o calcanhar de Aquiles do CPC de 1973, em face da sua ineficácia.

Atribui-se ao Código, nem sempre com justiça, uma série de mazelas, para encobrir a ineficiência de gestão do Poder Judiciário, mas é indubitável constituir uma chaga processual a forma de cumprimento do julgado. Daí aquelas reformas tendentes a tornar menos tortuoso o caminho em prol da efetividade do comando judicial.

Contudo, mesmo a tutela específica, tão decantada, também traz consigo os seus inconvenientes, visto como os pensamentos humanos, dignos de tantos encômios, são também capazes das maiores distorções.

Nietzsche adverte que “a seqüência de pensamentos e conclusões lógicas, em nosso cérebro de agora, corresponde a um processo e luta de impulsos, que por si sós são todos muito ilógicos e injustos; de hábito, só ficamos sabendo do resultado do combate”.

Ora bem, todo raciocínio do homem tem, intrínseco, o traço da imperfeição, muitas vezes da ilógica, constantemente das afecções, e carece de ser aperfeiçoado. Do contrário, não seria raciocínio, mas criação.

Voltando à questão original, demandas têm-se perenizado, em virtude da equivocada suposição de que a obra humana possa algum dia estar acabada. A imperfeição é incompatível com o último estágio. O pensamento, lentamente, atravessa o rio, se não naufraga e fica no meio das coisas, culminando por não atingir seu fim.

Malgrado seus erros e acertos, o cientista tem de se impor uma visão renascentista e sobranceira, no que tem de melhor: o destemor.

A liberdade e o âmbito de atuação do Judiciário, na atualidade, se não ofensiva a metáfora, estão para a falta de uma referência divina nietzschiana, exposta em, **Nós, Os Sem Medo**, quando o

pensador aduz que “toda ousadia é outra vez permitida, o mar está outra vez aberto, talvez nunca houve tanto mar aberto”, como para a contemporânea falta de vinculação intelectual, subalterna e política, que outrora norteou as relações do Judiciário com um Legislativo regulador minucioso das relações jurídicas, este com o poder de concepção das coisas, aquele mero exegeta tímido e, às vezes, um pouquinho mais ousado daquelas concepções.

Agora não se trata mais de um interpretar, senão de verdadeira obra de criação, perdoem eventual exagero os escolásticos.

Sem a necessidade de decretar a morte daquele Legislativo superado, como Nietzsche, em vão, tentou ousar decretar a de Deus, inegável que aquela forma de legislar foi definitivamente sepultada, como também nasceu uma forma diferente de atuar do Poder Judiciário, conforme se dá, *mutatis mutandis*, com o fenômeno da “destruição criadora”, nos diversos ciclos de inovação tecnológica, em que grandes empresas, que atuam fundadas em tecnologia ultrapassada, entram em crise, quiçá desaparecem do mercado, cedendo lugar a outras, que emergem, às vezes, do nada, e se tornam novos modelos.

Se há tanto mar aberto a ser explorado, sem orientação segura, sem paradigmas, o Judiciário não pode cair na tentação de se supor um “santo remédio”. Antes, deve despir-se da empáfia e reconhecer que nesse mar processual e material legislativo só dispõe do conhecimento rudimentar dos portulanos.

De fato, estes não passavam de um pequeno livro que continha precárias informações acerca de percursos, os quais indicavam a profundidade, a cor da água, a natureza do leito do mar, a época das tempestades e ventos favoráveis, além de outros dados pouco abrangentes. Era com isso que se contava no tempo das grandes navegações. Eis por que a máxima da época, adequadamente retratada por Pyrrard de Laval, era a seguinte: “vão voltar, se é possível”. Ao juiz, portanto, irrecusável outra postura, quando se defronta com os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais, detentores das mesmas imprecisões.

O cuidado, conquanto possa parecer contrastante, não se opõe à ousadia. Com a mesma audácia dos navegadores de en-

tão, a admissão da fragilidade do conhecimento. Assim como foi o teocentrismo medieval sucedido pelo antropocentrismo renascentista, tem-se agora, no embate entre os poderes do Estado, na missão de melhor servir, o judiciariocentrismo. Mas sem olvidar da mistura de muita confiança e muita desconfiança, de ser, ao mesmo tempo, asas e freio.

O juiz contemporâneo tem a lei, em diversas situações, como mero portulano. Não passa disso, na medida em que a ele cumpre construir, concretamente, simples diretriz legislativa.

Dado o enorme emaranhado de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, inseridos no ordenamento jurídico atual, em que a liberdade judicial de ação é, respectivamente, maior e menor, porquanto na primeira hipótese o juiz escolhe os efeitos a serem produzidos - irrefutável exercício de poder discricionário -, diferentemente dos termos vagos, em que a solução já está predeterminada pela lei, ao magistrado incumbe portar-se como os audazes navegadores de tempos idos, competindo-lhe agir de acordo com a pequena experiência adquirida nesse novo tempo e, essencialmente, guiado pela razão, de forma apriorística.

Assim, estabelecerá a rota mais segura e efetiva para chegar ao destino, que outro não é senão a concretização do que, realmente, o credor espera da tutela jurisdicional.

Pois bem, examine-se o que tem acontecido com a tutela específica das obrigações de fazer.

Pronunciamentos judiciais freqüentes não têm dado conta de que estimularam uma nova “indústria” - a da multa - e, em certas ocasiões, incorrem em superfetação: impõem medidas eficazes a desconstituir, de *per si*, a resistência do devedor ao cumprimento do preceito, pois a ordem é implementada sem depender de sua manifestação de vontade. Entretanto, estabelecem preceitos cominatórios absolutamente desnecessários, em face do suficiente mandamento desconstitutivo, que se cumpre.

O devedor, algumas vezes não por sua vontade, porquanto pode desconhecer a situação dos autos, recalitra em cumprir a tutela específica de fazer. O credor, de seu turno, ardilosamente

se omite, para que a medida coercitiva- a multa- ganhe fôlego e ultrapasse - não é incomum - o valor da obrigação principal.

Sobrepondo-se a tais disputas, o Judiciário, cujo compromisso é prestar jurisdição célere e justa, deve impedir o mecanismo resistente do devedor e a astuta omissão do credor.

Com efeito, a inação de ambas as partes impede o fim do litígio, em oposição ao princípio de que o processo tem por finalidade compor conflitos de interesses, ao invés de eternizá-los. Mais do que isso: o processo, jamais, pode constituir instrumento destinado a consagrar enriquecimento sem causa.

No entanto, o caminho normalmente percorrido tem sido o da multa e, portanto, mais longo e sinuoso. Há, contudo, um atalho: o reconhecimento da excrescência antes referida, sua supressão e a adoção de outra via, qual seja, substituir a manifestação da vontade do devedor pela atuação judicial.

Como lembra Chesterton, “nada é mais prático do que uma boa teoria”.

De fato, se a tutela específica impõe que se pratique o ato, através de uma atuação do devedor, e o próprio Judiciário tem condições de implementá-lo, sem necessidade de participação do obrigado, claro está que a imposição de multa não é a melhor forma de se materializar a finalidade da jurisdição.

Em numerosos casos, desde que a *obligatio faciendi* não seja infungível, a sentença do juiz pode valer como emissão de declaração de vontade do devedor.

De acordo com o art. 466-A, do Código de Processo Civil, “condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”.

Pouco inovou o legislador da penúltima reforma processual acerca da disposição, apenas a elencou de forma topograficamente correta - no processo de conhecimento - uma vez que, antes, o dispositivo, inserido no processo de execução, era um estranho no ninho.

Em tempos de prestígio da tutela específica, muito provavelmente a melhor forma de prestação jurisdicional, porquanto se

concede *exatamente* aquilo que o autor quer, conforme já mencionado, ao invés de transformar a prestação em perdas e danos, deve ser buscada forma que lhe abrevie o caminho, ao invés de suceder outro conflito de execução da multa, muitas vezes como um desvirtuamento oportunista e de interesse do próprio credor, que se desinteressa pelo que objetivara no início.

A aplicação da norma antes transcrita parece ser a resposta que se objetiva, bastante que se interprete de molde a atender às finalidades pretendidas.

Não obstante a regra aluda a trânsito em julgado da sentença, nada impede que se defira a tutela antecipada. Em outras palavras, na medida em que a obrigação de emitir declaração de vontade constitui espécie de obrigação de fazer (Álvaro Villaça, **Teoria Geral das Obrigações**, p. 71), perfeitamente admissível, em tese, a concessão de tutela antecipada (art. 461, do Código de Processo Civil), eis por que, mesmo provisória e antecipadamente, os efeitos da substituição de vontade do devedor por determinação judicial irão produzir-se, tanto que o eminente processualista Alexandre Câmara, ao criticar a topologia do dispositivo, propõe que os artigos 466-A, 466-B e 466-C, do diploma processual civil “viessessem logo após o artigo 461, do Código de Processo Civil” (**A Nova Execução de Sentença**, 4ª ed., Lumen Iuris, p. 61).

O dispositivo, em que se busca esteio para impedir a “indústria”, não se limita a resolver questões pertinentes a contratos preliminares.

O ilustre processualista antes mencionado adverte que “essa disposição que acaba de ser brevemente analisada aplica-se a *toda* e qualquer hipótese de obrigação de emitir declaração de vontade, qualquer que seja a sua *fonte*. Eis a razão pela qual se diz tratar-se de uma *regra geral*” (op. citada, p. 62).

Não há, pois, dúvida da pertinência da disposição a qualquer obrigação de fazer fungível, mesmo para hipóteses que não digam respeito a pré-contratos, cuja situação específica é regulada pelo art. 466 - B do mesmo estatuto.

Referida disposição valerá como medida de apoio prevista no art. 461, § 5º, do CPC, em substituição à multa, de modo a as-

segurar, de forma mais simples, o resultado equivalente (art. 461, **caput**, do CPC), razão por que existe outro fundamento para a dispensa do trânsito em julgado exigido pelo art. 466-A, do CPC.

Aquelas medidas são exemplificativas, e a escolha pelo juiz da mais adequada constitui critério discricionário para o efetivo cumprimento do julgado; portanto, configura criação judicial do direito, do que decorre a necessidade de coragem para criar e prudência no agir.

Assentada a aplicação do dispositivo ao caso em comento, resta demonstrar a desnecessidade da **astreinte**, que só vale, no caso, para quem pretende tirar proveito indevido do processo.

A propósito da inutilidade da multa para a hipótese, deste modo a justifica Daniel Mitidiero:

*“Como o resultado perseguido é jurídico, não se violenta ou coage a pessoa do devedor para sua obtenção, motivo pelo qual não se dá a incidência do **nemo precisae**” (A Nova Execução, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Forense, 2006, p. 18/19).*

Em outros termos, dado o caráter fungível da prestação, dispensável a colaboração do devedor, quiçá, sua adesão forçada, até porque, como já se exprimiu sobre tal modalidade de sentença, nosso maior processualista José Carlos Barbosa Moreira, a sentença de emissão de declaração de vontade pelo devedor é a verdadeira sentença executiva. E por ter tal caráter, da participação do devedor se prescinde. O juiz a supre, porquanto atua como substituto da vontade não-declarada.

Quanto à impossibilidade de imposição de multa ao devedor na hipótese do art. 466-A, do estatuto processual, também, no sentido da lógica, se expressa Araken de Assis, senão vejamos:

*“A exata identificação da força do provimento substitutivo clareia a controvérsia acerca da eventual cominação da **astreinte**. Este meio de compelir o executado ao cumprimento é inútil e redundante, se a ação já possui força executiva.*

Sequer se abrirá, emitido o pronunciamento contemplado no art. 466-A, oportunidade para o vencido cumprir o julgado, sendo irrelevante sua ulterior declaração de vontade em sentido convergente ou divergente do ato do juiz” (Cumprimento da Sentença, Forense, 2006, p. 87).

Conquanto a doutrina assim disserte, não se tem decidido desta forma. Com freqüência, matéria, como a presente, é submetida ao Tribunal, e o que é pior, como já mencionado, o valor da multa suplanta o da obrigação principal, prestando-se, unicamente, ao enriquecimento sem causa do credor.

Explica-se melhor: não há quem, na condição de juiz, não se tenha deparado com demandas em que, dentre as postulações, estejam as que requerem a condenação do réu à obrigação de cancelar uma restrição nos cadastros restritivos de crédito, a desfazer um protesto, a dar baixa em uma hipoteca e até mesmo à obtenção de escritura definitiva.

Todas constituem condenação ao adimplemento de *obligatio faciendi*. O autor pede a tutela específica, na forma do art. 461, do CPC, e, como medida de apoio, requer a imposição de multa para compelir o demandado ao cumprimento do preceito (§ 4º do mesmo artigo).

Note-se que as obrigações exemplificadas têm em comum o fato de constituírem espécies do gênero fungível, caso em que o cumprimento da prestação pode ser obtido por outro meio mais simples.

De outro lado, a imposição da multa presta outro desserviço: dá lugar a novo incidente, mantém o litígio em aberto, pereniza a demanda e provoca a prática de atos processuais inúteis, ao invés de uma via mais simplificada, qual seja, “condenar” o devedor a emitir declaração de vontade, produzindo a sentença todos os efeitos da declaração não emitida.

Imperioso, por conseguinte, que se estabeleça, desde que possível, um procedimento mais curto e menos oneroso, de modo a dar cabo destes incidentes, que abarrotam não só o primeiro grau, como também o segundo grau de jurisdição.

Em outros termos, em princípio, a tutela específica, fungível a prestação, deve ser cumprida, na forma do art. 466-A, do Código de Processo Civil, incidente a multa para as obrigações de fazer infungíveis, aplicado o art. 461, § 5º, do CPC.

Com o propósito de estabelecer um norte para a tendência jurisprudencial, a 2ª Câmara Cível deste Tribunal suscitou incidente de acordo com o art. 555, § 1º, do Cód. de Proc. Civil, segundo o qual “ocorrendo relevante questão de direito, que faça conveniente prevenir ou compor divergência entre câmaras ou turmas do Tribunal, poderá o relator propor seja o recurso julgado pelo colegiado que o regimento indicar; reconhecendo o interesse público na assunção de competência, esse órgão colegiado julgará o recurso”.

A disposição, como se sabe, constitui inovação da Lei nº 10.352/01 e forma especial de incidente de uniformização de jurisprudência.

Os pressupostos para a suscitação surgem em torno de conceitos juridicamente indeterminados, nos quais ao julgador atribui-se certa liberdade e flexibilidade na tarefa de concretização, quer ao suscitante, órgão fracionário, quer ao suscitado, órgão julgador, este no reconhecimento do interesse público.

Na lição de José Carlos Barbosa Moreira, “na fixação dos conceitos juridicamente indeterminados, abre-se ao aplicador da norma, como é intuitivo, certa margem de liberdade. Algo de subjetivo quase sempre haverá nessa operação concretizadora, sobretudo quando ela envolva, conforme ocorre com freqüência, a formulação de juízos de valor” (**Temas de Direito Processual**, Segunda Série, 1980, p. 65).

O primeiro pressuposto do incidente é que seja uma questão de direito, o que, indubitavelmente, se configura, na medida em que a matéria discutida constitui tese jurídica e, no caso concreto, exige-se, apenas, que se faça ou não a subsunção da situação dos autos à tese em abstrato.

O segundo pressuposto exigido é a relevância da matéria.

Conforme já se acentuou, a lei utiliza termos vagos, os chamados conceitos indeterminados, daí por que na lição da Barbosa

Moreira, “é particularmente importante o papel confiado à prudência do aplicador da norma, a quem não se impõem padrões rígidos de atuação” (op. citada, p. 66).

Assim, dispõe o suscitante de ampla liberdade, no que deva entender por relevante, da mesma forma que cabe ao suscitado a constatação de se concretizar ou não o interesse público mencionado pela norma.

Claro está que a questão é de grande interesse, dada a repercussão judicial do caso, evitando a multiplicação de incidentes análogos, ou amenizando-os, através da uniformização.

De outro turno, a súmula hoje constitui poderoso instrumento contra a proliferação de recursos fundados na mesma tese, ou, simplesmente, propicia a rapidez de seus julgamentos, dado que se atribui ao relator, através de decisão monocrática, negar seguimento ou dar provimento ao recurso (art. 557, do Cód. de Proc. Civil).

Destacando a vantagem deste novel instituto, José Carlos Barbosa Moreira ensina que “trata-se de mais um expediente ordenado à uniformização da jurisprudência, que naturalmente se espera seja mais eficiente do que o regulado nos arts. 476 e segs. Pode até supor-se que ele venha a ser preferido na prática judicial, subtraindo ao outro instituto parcela de sua importância já diminuta. Uma vantagem prática decerto se manifesta aqui. O Órgão a que se remete a matéria não se limita a enunciar a solução da *quaestio juris*, mas procede ao julgamento que competia ao outro. Com a ressalva que oportunamente se fará, não há devolução ao órgão de origem: tudo se resolve naquele que recebe o recurso. Evita-se assim o vaivém, causa de maior demora” (Comentários, v. V, 10ª ed., Forense, p. 648).

Sálvio Figueiredo Teixeira assinala que “as vantagens são manifestas para os que defendem uma justiça mais hábil e de melhor qualidade” (Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., 2003, Saraiva, p. 425).

A matéria encontra-se pendente de julgamento, perante o Órgão Especial. Confia-se em que, como de costume, advenha uma solução proficiente, da qual decorra agradável e feliz sensação de

dever cumprido, tal como a respeitosa alusão de Nietzsche a Schopenhauer e a Montaigne: “*Aliis laetus, sibi sapiens*”.

Uma palavra ainda cabe acerca do tema: não há julgamento *extra petita*. Malgrado seja o réu condenado a uma obrigação de fazer, a substituição de sua vontade consiste em mera medida de apoio, prevista no art. 461, § 5º, do CPC, que o juiz pode determinar de ofício, para assegurar o resultado prático equivalente.

Em outros termos, a tutela específica permanece imutável, visto que continua consistindo em uma obrigação de fazer anteriormente postulada. Apenas o modo de obtê-la parece modificá-la.

Todavia, será esse o melhor mecanismo para uniformizar entendimentos? Não haverá métodos mais simples para a obtenção dos mesmos resultados?

Sem desprezar a perspectiva da disposição antes referida, que criou este novo instituto jurídico, impõe-se outra ponderação.

O Tribunal de Justiça viveu um período de experiência muito rica nos últimos anos: o de cultivar a realização de encontros de desembargadores, nos quais, mediante propostas de magistrados, se obtiveram enunciados, que, após algum tempo, passaram a integrar a Súmula do Tribunal, de caráter unificador e repositório das sínteses de estudos e decisões concentradores dos pensamentos mais correntes.

Os integrantes do Poder Judiciário perceberam que as demandas, em número expressivo, contêm teses semelhantes e são deduzidas de forma massificada. Conseqüentemente, os modos de decidir são inevitavelmente afins e “por atacado”.

De outro lado, compreende-se a instância da divergência, o que parte da natureza humana, afinal, provento o axioma de que “cada cabeça, uma sentença”. Contudo, ainda que prevalente a máxima *bellum omnium contra omnes*, há sempre algo que aproxima, que tem um ponto em comum, especialmente a repetição de temas jurídicos, que torna as ações análogas. Isso induz ao entendimento uniforme, pois conforme lembra Nietzsche “os próprios extremos se esfumam afinal até a semelhança”.

Reconhecido isso, os opostos acabam por descobrir um denominador comum, sem que esta circunstância interfira na independência do magistrado, porquanto a busca de um entendimento jurídico, no sentido do alcance da verdade, não obriga ninguém, salvo aquele que provém do Supremo Tribunal Federal e dotado, por certo, de eficácia vinculativa.

Temas jurídicos recorrentes têm a tendência de provocar uniformidade.

Essa política de conagração de idéias e sentires foi concebida de forma pioneira pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: uniformizar sua jurisprudência através de encontros de desembargadores, em que as teses jurídicas, nas quais se logrou alcançar alguma identidade, foram aprovadas democraticamente, por maioria, umas, e outras, por unanimidade. Submetidos os temas ao crivo de amplo colegiado, aprovados e adotados pelo órgão competente, integraram a Súmula da Jurisprudência Predominante do Tribunal.

Convenhamos: ao menos, livram-se todos do incômodo descrito, de forma jocosa, pelo ilustre pensador alemão antes mencionado, de que “o dialético deixa para seu adversário o ônus de provar que não é um tolo”.

Relevado o exagero retórico do filósofo tedesco, inadmissível a reedição de teses com certa solução - já por todos conhecida e aceita -, as quais sequer deveriam ser devolvidas ao Tribunal, e se remetidas, ao menos tratadas de forma mais objetiva e célere.

Por isso o legislador permitiu ao relator do processo proferir decisões simples e monocráticas, com base no art. 557, do CPC, de acordo com a jurisprudência dos Tribunais, para poder dedicar maior tempo para questões complexas, que, efetivamente, dele mais exijam.

Eis por que, em poucos anos, a Súmula do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro triplicou em número de enunciados.

O efeito foi fecundo: o prazo recursal médio de julgamento foi reduzido em quase dois meses, não obstante acréscimo de 70% de distribuição no Tribunal.

Isso significa não proceder a crítica quanto ao exagero de decisões monocráticas proferidas pelo Tribunal. A condenação a tal forma de procedimento constitui uma visão embotada das coisas e julgamento feito exclusivamente pelos sentidos apriorísticos de entendimento. Gastar tinta, tempo e papel com questões pacificadas não é a forma mais sensata de agir. Ao magistrado, essencialmente ser-de-razão, não pode escapar tal destino perceptivo.

Como já disse um renomado processualista pátrio, com toda a certeza o maior de todos, “papel é árvore derrubada”. E ousou acrescentar: tinta desperdiçada também, sem cogitar do tempo das revisões dispensadas e de não-inclusão de feitos em pauta nas sessões de julgamento, os quais são, sumária e velozmente, resolvidos no próprio gabinete do relator.

Novas e tormentosas questões estão surgindo, que precisam, urgentemente, ser pacificadas. Esse trabalho reconhecidamente proveitoso não pode cessar, sob pena de estancar o avanço obtido, causando um retrocesso com o aumento do prazo médio de julgamento pelo Tribunal, hoje em torno de 100 dias, conseguido com muito esforço, algo que nenhum outro logrou atingir.

Foi a crença na possibilidade do entendimento, sem qualquer dúvida, que alçou o Tribunal do Rio de Janeiro a essa condição invejável, não obstante seus detratores de plantão, do que resulta a necessidade de prosseguir com esses estudos e encontros jurídicos com vistas à uniformização.

Novéis exegeses sobre questões atinentes a consumo aflo-ram, v.g., o efeito preclusivo da decisão do juiz que inverte o ônus da prova.

De outro lado, desde a edição da reforma processual, já decorreu tempo suficiente para o amadurecimento do raciocínio acerca de certas questões, de modo a permitir uniformização de temas ressurgentes no Tribunal, tais como o cabimento ou não do agravo regimental contra decisões do relator e que disponham sobre a eficácia suspensiva no agravo de instrumento, a antecipação da tutela recursal e sua conversão em retido, ou, ainda, se, ao invés dele, a parte terá de lançar mão da via mandamental como

sucedâneo recursal, ressuscitando algo que se supunha irremediavelmente morto e com reflexos no acervo do Órgão Especial.

A discussão relativa à multa, de que trata o art. 475-J do CPC, no que refere ao seu termo inicial e à forma de intimação, bem como a incidência ou não de verba honorária no cumprimento da sentença e os critérios de sua fixação, constituem, também, pontos a serem definidos como entendimento do Tribunal e suficientemente excogitados para tanto.

Figura nesta ordem de exigência a correção de saldos bancários. O termo final do prazo prescricional para a cobrança de expurgos inflacionários realizados por planos econômicos ensejou uma enxurrada de demandas, as quais suscitaram questões diversas das tratadas em ações anteriormente ajuizadas, pertinentes, *e.g.*, à dificuldade do correntista em guardar extratos bancários, dado o longo tempo decorrido, e de obtê-los das instituições financeiras depositárias, do que emanou a polêmica tese da inversão do ônus da prova e a aplicação retroativa do Código do Consumidor, na medida em que o contrato e os planos econômicos foram, respectivamente, ajustado e editados anteriormente a ele.

Outra questão apaixonante diz respeito à atuação do Judiciário na implementação de políticas públicas previstas na Constituição Federal, através do controle judicial exercido nas ações que versem sobre a entrega de medicamentos contra entes públicos e a forma de efetivar a tutela jurisdicional, a fim de que a prestação de saúde, realmente, chegue às mãos do doente, ao invés de configurar um provimento judicial destituído de eficácia.

De outro giro, numerosas ações mandamentais pertinentes à revisão de pensão previdenciária estão atravancando o Órgão Especial do Tribunal, prejudicando suas atividades regulares, ao argumento de que o Governador do Estado é autoridade coatora, tudo com o disfarçado propósito de diminuir, de forma deturpada, o espaço de tempo da demanda, dado que a indicação daquele agente político como responsável pelo ato impugnado acaba por suprimir um grau de jurisdição e submete, de chofre, a questão àquele órgão.

Também é fonte de preocupação o abuso do direito de demandar, cuja conduta se exterioriza, e.g., na propositura de diversas ações fundadas no não-pagamento do seguro obrigatório, relativas a sinistros remotos, nas quais os demandantes residem em longínquos estados da Federação e, de forma inusitada, são ajuizadas nesta unidade federativa, sem qualquer razão em seu proveito.

Conforme facilmente se constata, diversos temas antes destacados estão na ordem do dia e na expectativa de uma solução pacificada. Muitos outros, aqui não-expostos e pensados, também permanecem, sem diálogo, na fila de espera.

Não obstante a inegável vantagem do art. 555, § 1º, do CPC em relação ao sistema tradicional de uniformização da jurisprudência, a solução caseira deste Tribunal é infinitamente superior, porquanto mais democrática, rápida e abrangente, na medida em que vários temas são sumulados de uma só vez, ao invés de se aguardar a ocorrência dos casos concretos.

A continuidade desses encontros jurídicos é imprescindível e inadiável. Exigem-nos o ir para a frente, o vir-a-ser, os frutos notoriamente obtidos por este Tribunal, além, é claro, da segurança proporcionada aos jurisdicionados, de que alguns temas recorrentes sejam resolvidos em sentido comumente aceito. ☐

A Desigualdade de Gênero. Tratamento Legislativo

Conceição Aparecida Mousnier Teixeira
de Guimarães Pena

*Desembargadora do TJ/RJ. Presidente do
Fórum Permanente de Direito de Família
- EMERJ*

O Mais Escravo dos Homens Ainda É Capaz de Escravizar
Outro Ser Humano: A Sua Mulher.

Violência Legislativa - Tratamento Legal Discriminatório

A desigualdade de gênero alcança datas remotas e ainda permanece nos dias atuais, em várias culturas, em maior ou menor grau, quer no oriente, quer no ocidente, e em variadas profissões de fé.

A violência física, psicológica, sexual contra a mulher tem merecido vasta literatura, e neste breve estudo pretende-se abordar o aspecto da violência legal, o tratamento legislativo discriminatório dispensado à mulher ao longo do tempo, dentro do direito positivo brasileiro. A desigualdade de gênero é exaltada pelo próprio legislador ao redigir a lei, sob a ótica vigente do patriarcado.

Os Primórdios da Existência do Ser Humano no Planeta. Inexistência de Desigualdade Institucionalizada

A antropologia indicia a existência do ser humano no planeta há mais de dois milhões de anos, sendo que em mais de três quartos desse período de tempo a espécie humana sobreviveu da cultura de coleta de frutos da terra, e da caça a animais de pequeno porte. A força física não era indispensável à sobrevivência, e em tal contexto os princípios masculino e feminino governam

juntos a política da vida em comunidade, com divisão de trabalho entre os sexos, mas sem desigualdade institucionalizada.

Mulher Encarada como Ser Sagrado. Os Ciclos da Natureza

A mulher é considerada um ser sagrado, geradora de vida, havendo atualmente consenso entre os antropólogos de que seriam as mulheres as primeiras a descobrir os ciclos da natureza, pois podiam observá-los comparativamente aos ciclos de seus corpos femininos.

A Era da Hegemonia Masculina

A organização social seguinte, centrada na caça aos grandes animais, chamou ao centro do palco a força física, e a partir daí se inicia a era da hegemonia masculina, que cresceu a expensas da despotencialização do papel cultural desempenhado pelo gênero feminino.

O Sinal de Submissão sobre a Cabeça da Mulher. Ordenações Filipinas (1603 a 1916)

A primeira epístola de São Paulo apóstolo aos Coríntios (I Coríntios, 11) manifesta que a mulher “deve trazer o sinal da submissão sobre sua cabeça”.

Desde o Brasil colônia a legislação brasileira acompanhou o modelo da desigualdade de direitos entre os cônjuges, e à luz das Ordenações Filipinas que vigoraram de 1603 a 1916, a mulher necessitava de permanente tutela, porque tinha fraqueza de entendimento, segundo o Livro 4, Título 61, § 9º e Título 107.

Condição de Mulher de Pessoa Relativamente Incapaz (artigo 6º, inciso II, do C. Civil de 1916)

O Código Civil de 1916, tal como o concebeu exordialmente Clovis Bevilacqua, embora tenha atenuado a concepção despersonalizada da mulher, a manteve sujeita permanentemente ao poder marital, colocando-a na condição de relativamente incapaz, pareada aos filhos, aos pródigos e silvícolas (artigo 6º, inciso II). É curioso perceber que a mulher solteira maior de 21 ou a viúva, eram plenamente capazes, estando a incapacidade relativa imbricada ao matrimônio da mulher.

O QUE FAZER? Ficar para tia e permanecer senhora dos seus atos, ou realizar o sonho do casamento e ser reduzida à condição de pessoa relativamente incapaz pelo fato de ser mulher casada, sujeita ao marido?

A Exclusividade da Chefia da Sociedade Conjugal (artigo 233 do C. Civil de 1916). NCC/2002- art. 1.567

Segundo o artigo 233 do C. Civil de 1916, com a redação inicial anterior ao advento do Estatuto da Mulher Casada, o homem detinha a exclusividade da chefia da sociedade conjugal, atuando no domínio público, enquanto a mulher ficava relegada ao espaço privado, confinada no recesso do lar.

A justificativa para a exclusividade da chefia da sociedade conjugal pelo varão à época era o fato da relativa incapacidade da mulher casada. Tal argumento, contudo não se sustentava, por ser justamente a condição de casada que colocava a mulher no rol dos relativamente incapazes, sendo plenamente capaz a mulher maior desde que permanecesse solteira.

Fixação do Domicílio Conjugal (artigo 233, inciso III do C. Civil de 1916). NCC/2002- art.1.569

Ao marido competia também à fixação do domicílio conjugal, consoante o artigo 233, inciso III.

Nos comentários de Clovis Bevilacqua ao “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”, edição histórica, Editora Rio, 3ª tiragem, escreve-se em relação ao artigo em epígrafe:

“É, certamente, dever da mulher acompanhar o seu marido, pois que é da essência do casamento a vida em comum, no mesmo lar; porém o cumprimento desse dever é confiado aos impulsos da consciência, e só tem por sanção, além da que precede da reprovação social, a que estabelece o artigo 234, e o desquite, quando a obstinação da mulher assumir a feição de abandono do lar nos termos da art. 317, IV”.

Oportuno citar que a jurisprudência francesa chegou a admitir a solicitação da força pública, a fim de obrigar a mulher regressar ao domicílio conjugal.

A Obrigatoriedade do Uso do Patronímico do Marido pela Mulher (art. 240 do C. Civil de 1916)

O artigo 240 do diploma preconizava a obrigatoriedade da adoção do patronímico do marido pela mulher. Após a edição da Lei do Divórcio em 1977, que prescreveu a forma eletiva de adoção do patronímico do varão, as mulheres permaneceram acrescentando os apelidos do marido, ainda constrangidas com o procedimento optativo.

Necessidade de Autorização Marital para o Exercício de Profissão Fora do Lar Conjugal (art. 242, inciso VII c/c art. 233, inciso IV do C. Civil de 1916)

O artigo 242, inciso VII, combinado com o artigo 233, inciso IV, do diploma substantivo de 1916, proibia a mulher casada de exercer qualquer profissão, fora do lar conjugal, sem autorização do marido.

A preocupação, naquela época, era o fato de que dos encargos profissionais fora do recesso familiar viesse a comprometer a administração interna do lar, cabendo, pois, ao chefe da família, sopesar e decidir quanto à conveniência de exercer a mulher atividade laborativa fora de casa.

Vedação de Exercício de Munus Público sem Autorização do Marido (artigo 242, incisos IV e V do C. Civil de 1916)

Era também vedado a mulher casada aceitar qualquer *múnus público*, tais como tutela, curatela, bem como aceitar herança, legado ou mandato sem autorização do cônjuge varão (art. 242, incisos IV e V do C. Civil de 1916).

As responsabilidades acarretadas pelo exercício do *múnus público* poderiam implicar prejuízo das obrigações familiares, sendo conferido ao marido aquilatar acerca da conveniência de autorizar ou não tal desempenho pela mulher.

Necessidade de Autorização Marital para Litigar em Juízo (art. 242, inciso VI do C. Civil de 1916)

Era vedado à mulher litigar em juízo sem autorização do marido, exceto nos casos previstos nos artigos 248 e 251 do C. Civil

de 1916, tais como se defender quando acusada criminalmente, ou podendo intentar ação penal por queixa quando ofendida criminalmente.

Ondas Históricas Cíclicas

Interessante perceber as ondas históricas cíclicas nas quais a mulher ora se vê limitada ao domínio privado, ora é jogada no domínio público, para logo depois ser recuperada pelo âmbito familiar, conforme as injunções sociais, econômicas e políticas.

Dez Primeiros Séculos da Era Cristã

Cita-se como exemplo os primeiros dez séculos da era cristã, período extremamente impermanente para o desempenho da mulher. Após a afirmação do Cristianismo como religião oficial de Roma, o que se dá no século IV d.C., inicia-se período de turbulência na afirmação do Cristianismo entre as hordas bárbaras. Ausentando-se os homens para o combate nas guerras e morrendo em número significativo, as mulheres tiveram que substituí-los no comando da sociedade conjugal, atuando no domínio público, alçadas às decisões de comando, para novamente *submergirem no ostracismo, cessada a turbulência, com a reasunção dos homens ao seu lugar de ação e papel dominante*.

As Duas Grandes Guerras Mundiais

O mesmo fenômeno se observa nas duas grandes guerras mundiais, uma vez mais convocadas, as mulheres, à esfera pública, aos postos de trabalho, ao papel de geração de renda doméstica e nacional, à administração dos interesses da família, às decisões sobre a pessoa dos filhos, distante o varão a lutar no conflito entre as nações.

Cumprir destacar, no entanto, que nas duas conflagrações mundiais citadas, ocorreu algo novo, mais notadamente verificado após a segunda guerra, o fato de mulheres não voltaram com facilidade ao seu reinado no lar, ou melhor, uma significativa parcela

não voltou mais, todavia as conseqüências desse dado relevante serão abordadas mais a frente.

O Poder Biológico X O Poder da Supremacia Física

A mulher demonstra através de sinais exteriores a sua entrada no mundo adulto. A menarca a capacita para ser mãe e a introduz em novo patamar de vida. Os homens não possuem tal sinal inequívoco de iniciação, e, portanto, ao contrário da mulher que detém “o poder biológico”, o elemento masculino foi desenvolvendo “o poder da supremacia física” com ritos de iniciação, que nas sociedades tribais vinham aliados ao esforço físico até mesmo doloroso, o ato de parir a si mesmo, o homem adulto.

A Troca do “Poder da Supremacia Física” pelo “Poder Cultural”

Na medida em que a humanidade evoluiu, o rito de iniciação foi trocando “o poder da supremacia física e esforço”, pelo “poder cultural”, este último trazendo em sua bagagem os costumes e as leis que atribuem ao homem adulto o poder legal sobre sua mulher, filhos e demais dependentes. A mulher gera, mas o homem dispõe até mesmo da prole, sua autonomia de vontade é soberana na condução dos destinos dos filhos menores.

O Exercício Exclusivo do Pátrio poder pelo Varão. A Prevalência da Vontade Paterna (art. 380 do C. Civil de 1916)

O artigo 380 do diploma Civil de 1916 atribuía ao marido o exercício exclusivo do pátrio poder, enquanto durasse a sociedade conjugal.

A prevalência da vontade paterna era indiscutível, citando-se como exemplo o fato de o pai ter a última palavra no caso de discordância entre o pai e a mãe quanto ao consentimento para o filho menor se casar (artigo 186).

Punição Intelectual da Viúva que se Casasse Novamente. Perda do Pátrio Poder Sobre os Filhos do Leito Anterior (art. 393 do C. Civil de 1916)

O Código Civil de Clovis Bevilacqua previa verdadeira punição para mulher viúva que contraísse novas núpcias, impondo-lhe a perda do pátrio poder quanto aos filhos do leito anterior (artigo 393).

A justificativa para tal norma era o fato de que, ao se consorciar novamente, voltaria ao estado de relativamente incapaz, estado do qual fora retirada pela viuvez, e a existência de possíveis conflitos de interesses entre duas famílias, faltando-lhe liberdade de ação para gerir o patrimônio e negócios dos filhos havidos com o consorte falecido. Poderia, contudo, conservá-los em sua companhia, se os tratasse convenientemente e pudesse impedir que o atual marido os maltratasse. Tratava-se de verdadeira castração intelectual, obrigando-a a decidir por uma nova união ou pelo poder sobre a pessoa dos filhos. Muitas viúvas eternas foram assombradas pelo mito “da renúncia à gestão dos interesses dos filhos do leito anterior”.

No direito comparado podem ser citados os códigos da França e o de Portugal, vigentes naquele tempo.

O Código Francês impunha à mãe que tivesse a intenção de se remaridar, convocar o conselho de família, o qual decidiria se ela permaneceria ou não com a tutela dos filhos menores do leito anterior.

O Código Português tirava da mãe binúbia a administração dos bens do filho menor, além do usufruto, salvo se o conselho de família lhe mantivesse tais direitos.

O Sistema Repressor da Sexualidade. Inquisição. Mulher como Símbolo do Mal. Conseqüências. A anulação do Casamento pelo Varão

A Inquisição erigiu a mulher como símbolo do mal, devido suas abominações e o fato de despertar o desejo do homem, desejo este que chegava a morbidez motivada pelo sistema altamente repressor da sexualidade.

Aristóteles asseverava que “a fêmea é fêmea em virtude de certas carências de qualidades” e ainda dizia que “a natureza só faz mulheres quando não pode fazer homens. A mulher é portanto um homem inferior”.

São Tomás de Aquino definiu a mulher como “um ser incompleto, um ser ocasional”.

O Rígido Controle da Sexualidade da Mulher

Os preconceitos e ressentimentos contra o gênero feminino, conduz, ainda hoje a um tratamento brutal contra meninas, em países árabes e africanos, que são submetidas a clitoridectomia e infibulação, extirpando-lhes os clitóris ou ainda costurando ao lábios da vulva.

Ao longo de milênios a mulher teve a sua sexualidade rigidamente controlada pelo elemento masculino, sendo-lhe imposto sair intocada sexualmente da casa do pai para a casa do esposo.

Virgindade. Erro Essencial sobre a Pessoa do Outro. Anulação do Casamento. Art. 218 c/c art. 219, inciso IV do C. Civil de 1916

Antes do advento do novo Código Civil de 2002, o marido podia interpor pedido de anulação do casamento se desconhecia o fato de já ter sido a mulher deflorada anteriormente, tratando-se aqui de erro essencial quanto à pessoa do outro (artigo 218 c/c artigo 219, inciso IV). A mulher que não comprovasse sua virgindade por ocasião do casamento podia ser rejeitada e devolvida à sua família.

Os comentários de Clovis Bevilacqua aos dispositivos legais em comento, na obra já mencionada, são transcritas abaixo:

“A virgindade na mulher, que contrai primeiras núpcias, por isso que é indício de honestidade e recato, é qualidade essencial... O marido, naturalmente, não quererá o casamento, se soubesse que à mulher faltava esse predicado. Entre os hebreus, a virgindade era prezada por tal forma, que a sua falta, na jovem, que se casava, não somente motivava o repúdio, como a aplicação da pena de lapidação. A falsa acusação por parte do marido era, igualmente punida com pena corporal e pecuniária, para indenizar o pai da ultrajada”.

Veja-se que entre os hebreus, como citado pelo comentarista, a indenização pecuniária era para indenizar o pai da ultrajada, logo explicitamente presente o modelo do patriarcado. A indenização não era dirigida à mulher falsamente acusada pelo marido, e sim dirigida aos cofres do patriarca.

A Filha Desonesta. Deserdação. Art. 1.744 do C. Civil de 1916

A filha desonesta, assim rotulada por exercer a sua sexualidade, vivendo sob o teto paterno, podia ser deserdada (art.1.744).

A justificativa da deserdação é comparada a de um degenerado que ultraja o ascendente, sendo a desonestidade da filha grave injúria contra aquele pai que preserva a família na “atmosfera normal da honra e do recato” (observações constantes na obra citada).

O Cônjuge Culpado. A Guarda dos Filhos. Art. 326, *caput* e incisos, do C. Civil de 1916

No caso de desquite judicial ficaria com a guarda dos filhos menores o cônjuge inocente (artigo 326, *caput*, do C. Civil de 1916).

Em sendo ambos culpados, a mãe tinha o direito de conservar em sua companhia as filhas menores, e os filhos até a idade de seis anos. Os filhos, se maiores de seis anos, eram entregues à guarda do pai.

Importante mencionar que em legislação anterior ao C. Civil de 1916, a saber: Decreto nº 181, de 1890, artigos 90, 96 e 97, a mãe culpada só podia conservar em seu poder os filhos até a idade de 3 (três) anos.

A retrógrada compreensão quanto aos reais ditames da guarda dos filhos é flagrante, pois somente em caso de culpa recíproca é que se contemplava a mulher com a guarda das filhas menores, e dos filhos com menos de seis anos, atendendo a lei da época aos ditames do sexo da criança, determinando a norma vigente se entregar as filhas à mãe e os filhos ao pai.

Observa-se que a guarda dos filhos se vê centrada na questão da culpa de um ou de ambos os cônjuges, dissociada do “princípio do prevalente interesse da criança e do adolescente”.

A culpa isolada da mulher acarretava a perda da guarda dos filhos, ainda que boa mãe fosse, como, por exemplo, no caso de adultério, tratamento diametralmente diferente dado ao adultério masculino, desde sempre socialmente tolerado.

Os anais forenses estão abarrotados de violência cometida contra a boa mãe, e de indicadores dos traumas impostos aos filhos menores, alguns na primeira infância que se viram cruelmente afastados de sua mãe, como a conhecida história da compositora Chiquinha Gonzaga, muito bem documentada na série de época da Rede Globo de Televisão.

O Direito ao Voto

No Brasil, com a Revolução de 30, após intensa luta por parte de mulheres ativistas, ao longo das três primeiras décadas do século XX, o Decreto nº 21.706/32, que instituiu o Código Eleitoral Brasileiro possibilitou o direito de voto à mulher casada, desde que com o consentimento do cônjuge varão.

Nathércia da Cunha Silveira e Elvira Komel destacaram-se na campanha em prol do sufrágio feminino, formando uma comissão e contando com o apoio da Igreja, obtiveram do então Presidente da República, Getúlio Vargas, a supressão das restrições a mulheres, e o Código Eleitoral de 24/02/32, trouxe a almejada possibilidade de voto.

Logo depois, a Constituição de 1934 garantiu às mulheres o direito ao voto sem a submissão ao consentimento do marido, ao declarar: *“São eleitores brasileiros de um ou outro sexo, os maiores que se alistarem na forma da lei”*.

Aspectos do Código Penal Quanto aos Delitos Sexuais

A Parte Geral do Código Penal, tal como concebido em 1940, previa no artigo 107, incisos VII e VIII, a extinção da punibilidade dos crimes contra os costumes (delitos sexuais), em razão do casamento do agente com a vítima e pelo casamento da vítima com terceiro, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquéri-

to policial ou da ação penal no prazo de 60 (sessenta) dias a contar da celebração.

A reforma empreendida em 1984 não revogou tais dispositivos, o que veio a ocorrer efetivamente apenas em 2005, por força da Lei 11.106/2005, depois de acirradas críticas dos doutrinadores sobre a questão, que não vislumbravam no dispositivo em comento a preocupação com a dignidade da pessoa humana da mulher, e sim com a preservação da honra da família patriarcal, além de apontarem a confusão existente entre valores morais, religiosos e jurídicos.

Na realidade, os crimes de fundo sexual agridem a integridade física, psíquica e moral da vítima e o casamento não tem necessariamente o condão de apagar as seqüelas oriundas de tamanha violência.

Os delitos sexuais ao conduzirem a juízo de valoração, tais como “mulher honesta”, posse sexual “mediante fraude”, atentado ao pudor “mediante fraude” etc., trazem na realidade conotações discriminatórias na medida em que atentam contra o exercício da sexualidade feminina, com retrógrada moral sexual, cumprindo indagar se a mulher honesta dos nossos dias é a mesma mulher honesta de algumas décadas atrás. Além disso, algumas expressões alijam a capacidade de discernimento da mulher, passível de ser ludibriada, negando os valores sociais de igualdade entre os sexos.

Dos delitos elencados nos artigos 215 a 222, apenas a sedução, tratada no artigo 217, e as formas de rapto, tratadas nos artigos 219 a 222, foram descriminalizados, revogados os artigos por força da Lei 11.106/205.

Nos crimes sexuais acompanhados de violência física, tais como o estupro, doutrinadores de escol lecionam que melhor seria retirá-los do rol dos crimes contra os costumes e colocá-los no capítulo destinado aos crimes contra a pessoa, violadores de direitos humanos, da dignidade da pessoa, como são tratados, por exemplo, na Suécia e na Itália, considerado como agressão física qualificada e no qual o comportamento da vítima não pode ser alegado como tendo dado causa à prática do delito.

A Banalização de Violência contra a Mulher Ocorrida na Aplicação da Lei nº 9.099/95

A Lei nº 9.099/95, ao criar os Juizados Cíveis e Criminais, despertou polêmicas no que concerne aos casos de violência doméstica contra a mulher. Isto porque aos crimes praticados no seio familiar e doméstico, tais como ameaças e lesões corporais leves, considerados crimes de menor potencialidade ofensiva, dispensava-se um tratamento simplista, banalizando os crimes cometidos contra as mulheres, aguçando a sensação de impunidade.

Graves distorções ocasionaram o modo de aplicação dessa lei, priorizando-se a celeridade da resolução dos conflitos em detrimento da dimensão adequada da “potencialidade ofensiva menor”, que, no entanto, por implicar a violência no âmbito doméstico contra a mulher, violência repetitiva, que vai pondo fim ao estado de paz de espírito, em constante sobressalto à vítima, seviciada pelo marido ou companheiro, ganha foros de dramaticidade e grau de lesão em níveis insuportáveis, tanto do ponto de vista físico, quanto emocional.

Resolvido o conflito rapidamente, e com penalização inadequada a sua real dimensão de gravidade, representava para o ofensor ter adotado um comportamento de somenos importância jurídica ao agredir a sua mulher, robustecendo a certeza da impunidade e servindo de incentivo a brutalizar de forma cada vez mais grave a vítima predileta.

Hoje, felizmente com a promulgação da Lei Maria da Penha, tal distorção pode ser corrigida.

Momentos e Documentos Históricos

As diferenças históricas e sociais, culturalmente construídas entre os sexos, estabilizadas por muitos e muitos séculos, justificadas pelo patriarcado e divisão sexual do trabalho, foram abaladas por movimentos sucessivos, que pouco a pouco minaram o modelo estabelecido e induziram a revolucionárias mudanças.

Primeiramente temos o *Liberalismo* trazido pela Revolução Francesa com sua ideologia de Igualdade, Fraternidade e Liberdade.

Outro passo importante foi a *Industrialização* que abriu o mercado de trabalho para o elemento feminino.

A conquista do *Direito ao Voto* marcou o início do reconhecimento da identidade da mulher como ser pensante capaz de tomar decisões e influir nos destinos políticos do país.

Efeitos devastadores tiveram o *pós-guerra*, mormente aquele após a segunda guerra mundial, quando as mulheres convocadas para ocupar os postos de trabalho deixados pelos homens envolvidos com o conflito armado, se viram forçadas a voltar ao ambiente restrito do lar.

Nesse momento histórico, porém, as profundas alterações de valores sociais até então vigentes, não mais permitiam à volta do *status quo*, de total interiorização da mulher ao cotidiano das relações domésticas. Inconformadas batalharam pela sua inserção definitiva no mercado de trabalho.

Nesse contexto, a *Declaração de Direitos do Homem*, na ONU, em 1948, “declara a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade dos direitos dos homens e das mulheres, e no progresso social e melhores condições de vida, com mais liberdade”.

Os anos 60 (sessenta) marcam o surgimento dos movimentos organizados de militância feminina. São questionadas as raízes culturais da desigualdade de gênero, denunciando-se a “mítica do eterno feminino”, calcada na crença da inferioridade natural da mulher, predestinada a cumprir a função procriadora, atada ao universo restrito do lar, afastada dos papéis de comando, delegação dada unicamente ao homem.

Em 27 de agosto de 1962, o então presidente da República, João Goulart, sanciona a Lei nº 4.121, o *Estatuto da Mulher Casada*, diploma legal marcante no ordenamento jurídico brasileiro, que visou estabelecer um tratamento mais paritário entre os cônjuges, no que tange aos efeitos jurídicos do casamento e às relações patrimoniais.

Em artigo intitulado “O Estatuto da Mulher Casada”, o jurista Washington de Barros Monteiro, pontua os aspectos evolutivos da lei, a saber:

1. exclusão da mulher casada do rol dos relativamente incapazes;
2. assunção de papel de maior relevo dentro do lar, elevada à posição de colaboradora do marido na chefia da sociedade conjugal;
3. Não ser ela obrigada a aceitar passivamente o domicílio conjugal imposto pelo marido, sendo-lhe facultado recorrer ao juiz se o mesmo domicílio é escolhido em detrimento dos seus interesses; o EMC imprimiu nova redação ao artigo 233, inciso III do C.Civil de 1916.
4. como colaboradora do marido, nos encargos familiares, caber-lhe-á velar pela direção material e moral da família;
5. como colaboradora do marido, no exercício do pátrio poder, poderá apelar para o juiz no caso de divergência com o outro titular;
6. no caso de dissolução litigiosa do casamento, terá a guarda dos filhos menores de um e de outro sexo;
7. não perde o pátrio poder sobre os filhos menores do leito anterior a viúva que contrair novas núpcias;
8. não há mais incapacidade da mulher casada para estar em juízo, sendo, assim, desnecessária, para o mister, outorga marital;
9. suprimiram-se, outrossim, as demais limitações do Direito anterior, tais como aceitar ou repudiar herança ou legado, aceitar tutela, curatela ou outro múnus público, aceitar mandato e exercer profissão;
10. direito de usufruto ao cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, sobre a quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e a metade se não houver filhos deste ou do casal, enquanto durar a viuvez, mesmo que sobrevivam ascendentes do “de cujus”;
11. Direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, casado sob o regime de comunhão universal, enquanto viver e permanecer viúvo, relativamente ao imóvel destinado à residência da família desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar.

O Estatuto da Mulher Casada embora considerado diploma legal avançado para sua época, estava longe de estabelecer a efetiva igualdade jurídica, que só veio ocorrer anos depois, com a Constituição Federal de 1988, cujos princípios foram incorporados ao novo Código Civil de 2002.

Normativa Internacional

A aprovação pela ONU da Declaração dos Direitos Universais do Homem, 1948, ratificada pelo Brasil no mesmo ano, é o primeiro documento a pregar a igualdade entre sexos, de forma categórica, dirigida, no âmbito da Organização.

Em 1979 a ONU aprovou a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher, ratificada com reservas internamente no Brasil em 1984, e totalmente ratificado em 1994.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção do Belém do Pará) ocorreu em 1994. E foi ratificada pelo Brasil.

Em conformidade com o artigo 5º, § 2º da Magna Carta tais instrumentos legais recebem força de norma constitucional, para a maioria dos doutrinadores, já havendo pronunciamento do Supremo Tribunal Federal acerca da questão, entendendo que as garantias previstas nos tratados incorporados pelo Direito Brasileiro possuem *status* de lei ordinária (infraconstitucional).

A Constituição Federal de 1988. Conseqüências no Direito Positivo Brasileiro

A Constituição Federal de 1988 é um divisor de águas em relação aos direitos humanos das mulheres, instituindo e garantindo de forma plena o princípio de igualdade entre o homem e a mulher, rompendo definitivamente com o cunho sistêmico discriminatório contra as mulheres.

A afirmação de que *todos são iguais perante a lei, sem qualquer distinção* (artigo 5º) e que *homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações* (art. 5º, inciso I), são textos afirmativos da igualdade de gênero, porém o artigo 226, § 5º ao declarar “Os

direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”, afirma de forma indubitável a paridade também na sociedade conjugal, via de consequência revogando todo o capítulo sobre Direito de Família do antigo Código Civil.

O direito positivo brasileiro tem buscado harmonizar todas as leis com o princípio constitucional da igualdade de gênero, merecendo papel destacado o novo Código Civil, a reforma penal e a recente Lei Maria da Penha, que dispõe sobre a violência doméstica contra a mulher.

Cumpra destacar que a Magna Carta alterou a compreensão quanto às formas de constituição de família, normatizando que: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento” (art. 226, § 3º), bem como instituindo que: “Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

O atual Codex Civil, no Livro das Pessoas, artigo 1º, substituiu a palavra “homem”, por “pessoa”, alinhando-se ao princípio da isonomia da Constituição Federal.

A acepção etimológica da expressão “pessoa” engloba homens e mulheres, sem qualquer distinção de gênero, raça, idade ou credo, em consonância com os artigos 1º, III, artigo 3º, IV, artigo 5º, incisos, I, VI, XLI, XLII, e artigo 19, I da Constituição da República.

O princípio da igualdade na condução da sociedade conjugal foi expressamente inserido no Código Civil em vigor, que em seu artigo 1.511 dispõe: “O casamento estabelece comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges”, afastando definitivamente o instituto da “chefia da sociedade conjugal” conferida anteriormente ao cônjuge varão.

A co-responsabilidade do casal na condução da criação, educação e quaisquer decisões nos interesses da prole, gestão assumida de forma conjunta por pais e mães, aboliu a expressão “pátrio poder”, hoje “poder familiar”, consoante a letra do artigo

1.630 do novel diploma civil: “Os filhos estão sujeitos ao poder familiar enquanto menores”.

O domicílio conjugal foi tratado no artigo 1.569, em conformidade com o princípio da igualdade e as circunstâncias da realidade dos nossos dias, ocupando a mulher largo espaço no mercado de trabalho, e para tanto dispondo: “O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes”.

No rol das causas de anulação do casamento por vício de vontade, havendo por parte de um dos nubentes, ao consentir, erro essencial quanto à pessoa do outro, excluiu-se a necessidade de comprovação por parte da nubente de sua virgindade.

Nos dispositivos que cuidam do regime de bens, a mulher não tem mais que provar honestidade para fazer jus à herança paterna.

O adultério, descriminalizado à luz do Código Penal, permanece no Código Civil, mas o cônjuge culpado não está mais obrigado a abrir mão do apelido do outro cônjuge e proibido de receber pensão alimentícia, desde que prove a necessidade da continuidade do uso do apelido do cônjuge (art.1.578 e incisos I, II e III), bem como do pensionamento (art.1.694, § 2º).

O parágrafo único do artigo 1.565 do Código Civil permite a qualquer dos cônjuges adotarem os apelidos do outro, logo pela nova redação do diploma substantivo o varão poderá acrescer ao seu nome os apelidos da virago, prática, contudo, ainda em desuso.

A Lei Maria da Penha

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida na cidade de Beijing, China, em 1995, conceituou violência contra o elemento feminino, como “qualquer ato de violência que tem por base o gênero e que resulta ou pode resultar em dano ou sofrimento de natureza física, sexual ou psicológica, inclusive ameaças, a coerção, sexual ou privação arbitrária de liberdade, que se produzem na vida pública ou privada”.

A Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como “A Convenção de Belém do Pará” (OEA, 1994), conceitua a violência contra a mulher como “violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais; ofensa à dignidade humana e uma manifestação de relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens”.

A Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006, que visa punir a violência doméstica e familiar contra a mulher se denomina “Lei Maria da Penha” em homenagem a cearense Maria da Penha Maia Fernandes.

Não é o baixo nível cultural das mulheres que favorece a violência doméstica contra o elemento feminino, pois Maria da Penha, mulher com escolaridade superior, bioquímica, foi brutalizada pelo marido, pai de suas três filhas, vítima de duas tentativas de homicídio, uma por disparo de arma de fogo que a deixou paraplégica e a segunda por eletrocução na hora do banho.

O caso “Maria da Penha” foi levado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA), sendo recomendado pela comissão, no Relatório nº 54/2001, à República Federativa do Brasil, reforma legislativa com medidas eficazes de combate à violência doméstica contra a mulher.

A Lei Maria da Penha em seu artigo 1º dispõe que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher nos termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal e na forma das convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é país signatário.

A lei em comento, com a finalidade precípua de coibir e prevenir a violência doméstica, acabou por alcançar outra finalidade, que merece ser enfocada.

O artigo 226 e seus §§ 3º e 4º da Constituição Federal reconheceram outras formas de constituição de família, merecendo proteção do Estado a união estável, e entendendo também como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O novo Código Civil perdeu a oportunidade de estabelecer um conceito de família em conformidade com os primados consti-

tucionais, criando um vazio legislativo a respeito até o advento da Lei 11.340/2006 em análise.

A Lei Maria da Pena é o primeiro diploma infraconstitucional a trazer de forma expressa o conceito moderno e amplo de família, consoante o artigo 5º *caput*, e seus incisos, *in verbis*:

“Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão, baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I- no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II- no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; (grifos nossos).

O ordenamento jurídico com a Lei Maria da Pena passou a reconhecer como família todo e qualquer grupo no qual seus membros se enxergam uns aos outros como seu familiar, não importando se unidos por laços familiares, por afinidade ou por vontade expressa.

É imperioso estender a amplitude do conceito de família, considerada agrupamento aberto, multifacetário, personalista, a todo ordenamento pátrio brasileiro, mantendo-se a coerência lógica com a Constituição da República do Brasil.

A letra do parágrafo único do artigo 5º da Lei Maria da Pena reconhece ainda a união homoafetiva ao declarar: “As relações pessoais enunciadas neste artigo *independem de orientação sexual*”.

A violência doméstica ou familiar necessitava de lei especial, a despeito de existirem regras, mormente no âmbito penal, para penalizar agressores.

Existem grupos de pessoas tais como crianças, adolescentes, idosos e mulheres vítimas de violência doméstica ou familiar que precisam de um tratamento legal diferenciado.

No âmbito familiar ou doméstico são comuns os desequilíbrios de poder, e via de regra são as mulheres que resultam subjugadas, até mesmo com o emprego da força física.

As agressões mais corriqueiras são aquelas entre homem e mulher, cônjuges ou companheiros, mas a Lei Maria da Penha estende as agressões entre pais e filhas, irmãos, tio e sobrinha, patrão e empregada etc.

O artigo 41 da lei em epígrafe afastou a aplicação da Lei 9.099 (Juizados Cíveis e Criminais), aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, corrigindo a distorção da banalização dos atos de agressão na esfera doméstica contra o elemento feminino, como ocorreu no passado, alvo de acirradas críticas, como já comentado neste trabalho.

O crime tratado no artigo 129 do Código Penal, lesão corporal, teve a pena aumentada, podendo a condenação chegar até três anos, se cometida no âmbito das relações domésticas ou familiar (art. 44).

A caminhada das mulheres tem sido penosa, e muito resta a caminhar. Nos dias atuais, em termos de sementes, podemos dizer que muitas foram lançadas no solo, e como mencionado em um ditado de ignorada autoria, todos podem contar as sementes existentes em uma maçã, mas ninguém é capaz de contar as maçãs existentes em uma semente. 📖

A Razoável Duração do Processo e seus Reflexos no Processo Penal

Sergio Demoro Hamilton

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

*“se la giustizia è sicura non è rapida, se è rapida non è sicura”
(Carnelutti)¹*

1. A Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro do mesmo ano, impropriamente conhecida como a “Reforma do Poder Judiciário”², em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, imprimiu ao Texto Magno a seguinte redação:

“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (destaques meus)

¹ CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni sul processo penale*, Roma, Ed. dell’Ateneo.

² Na verdade, a Emenda Constitucional n. 45/2004 trata, igualmente, do Ministério Público, contendo também preceitos normativos de direito processual-constitucional, outros somente de direito processual em geral, que, talvez, não merecessem as galas de figurar na Lei Maior. Porém, a ementa do parecer da “Comissão de Constituição e Justiça” sobre o projeto que originou a aludida emenda referia-se às “modificações na estrutura do Poder Judiciário”, embora seu conteúdo, repita-se, fosse bem mais abrangente em seus objetivos. Portanto, a EC-45 acabou herdando tal designação oriunda do parecer.

Por seu turno, o Pacto de São José da Costa Rica, hoje incorporado à nossa legislação³, estabeleceu que “Toda a pessoa detida ou retida deve ser conduzida, *sem demora*, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser *julgada dentro de um prazo razoável*”... (art. 7º, n. 5) [grifos nossos].

Muito antes, outros textos internacionais⁴ já haviam tratado do tema, versando a respeito das dilações indevidas no processo e julgamento dos feitos criminais e das causas judiciais em geral.

Vê-se, com facilidade, a grande preocupação constante de textos internacionais com a demora do julgamento dos processos criminais, muitas vezes, é bom que se assinale, plenamente justificável.

2. Buscar a justa medida na análise da matéria é providência ditada pelo bom senso e que, certamente, não encontrará o aplauso daqueles que, ignorando os meandros da vida forense, querem obter decisões rápidas a qualquer preço... *desde que elas lhes sejam favoráveis* ou que venham a obter o aplauso da mídia e da opinião pública.

É famosa a passagem de Ruy Barbosa⁵ ao dirigir-se, na qualidade de paraninfo, aos formandos em Direito da turma de 1920 da Universidade de São Paulo, invectivando a tardança dos juizes na prestação jurisdicional. Vale recordá-la:

“(...) Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação illegal nas mãos do julgador contraria o direito escripto das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade.

³ Carta de Adesão a esse ato internacional, através do Decreto nº 678, de 06-XI-1992, que promulgou a “Convenção Americana sobre Direito Humanos”, de 22-XI-1969, com as ressalvas constantes do aludido Decreto indicadas no seu art. 2º, ressalvas estas que em nada influem em relação ao assunto ora em estudo.

⁴ Entre outras, veja-se a “Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”, subscrita em Roma, aos 04-XI-1950.

⁵ BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*, edição comemorativa do centenário de nascimento do ilustre brasileiro, mandada publicar pela Reitoria da USP, p. 29.

Os juízes retardatarios são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas a sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” (mantida a grafia original)

O anátema do jurista baiano não poderia ser mais contundente, ao ponto de acoirar o juiz retardatário como “delinquente poderoso” (sic).

Não disponho de estatísticas confiáveis para afirmar até que ponto, na época de Ruy, as causas demoravam “por lustros, em vez de anos”⁶.

Será que ainda persiste em nossa justiça tal estado de coisas?

Devemos, para salvar a pátria, acelerar a marcha dos processos, simplificando cada vez mais os procedimentos?

É isto que deseja a “opinião pública”? Pode ser. Penso que é. Mas não podemos esquecer de que há 2000 anos atrás, esta mesma opinião pública optou por condenar Jesus no lugar de Barrabás.

Não me parece seja esta a indicação partida da EC n. 45/2004, ao prescrever a “razoável duração do processo”. Razoável é tudo aquilo que provém da razão, seguindo, no caso, um processo lógico de maturação. O que, ao meu ver, a EC/45 pretende é evitar a demora abusiva. O resto fica por conta da pura demagogia.

É que há processos e processos!

Há ações penais que, necessariamente, serão prolongadas em razão da complexidade da matéria, do número de réus, dos incidentes processuais, dos incontáveis recursos etc...

Outras, singelas, podem e devem encontrar pronto deslinde. E isto, para honra do legislador, já foi providenciado desde o advento da Lei 9.099/95.

O uso do vocábulo razoável indica justamente aquilo que, constando da EC/45, o legislador constitucional pretendeu, e que procurei expressar acima, não sei se de forma bem clara, mas, de qualquer maneira, afastando-me de assumir postura popular e

⁶ *Apud op. cit. in n° 5 dessas notas, p. 29.*

simpática, buscando render homenagem aos corifeus de um humanismo piegas.

Aliás, “razoável” leva-nos, de imediato, ao exame da teoria da proporcionalidade ou da razoabilidade. Valho-me de uma passagem feliz de Eduardo Slerca⁷, em seu apreciado estudo sobre aqueles princípios, em que afirma (...) “Difícil imaginar um princípio que permita maior campo de aplicação do que a idéia de razoabilidade ou de proporcionalidade. *Afinal, tudo, tudo mesmo deve ser razoável e proporcional. O desarrazoado é, por definição, injusto, contrário ao Direito*”.

Compreende-se, pois, de forma bem nítida, o dilema de Carnelutti, que serviu de epígrafe ao presente estudo.

3. A necessidade de um processo mais rápido não remonta apenas a alguns estatutos provenientes do século XX. Muito antes a “Magna Charta Libertatum”⁸ já previra que (...) “40. Não venderemos, nem recusaremos, *nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça*”. (grifos meus)

Portanto, o clamor pela celeridade dos processos vem de longe...

Nesse passo, pode-se dizer que a EC 45/2004, apesar de traduzir um reclamo ainda atual e generalizado, não está inventando a roda.

4. Ainda sobre o mito da rapidez acima de tudo no andamento dos processos, trago à colação a observação, sempre lúcida, de José Carlos Barbosa Moreira⁹ ao examinar o problema.

São suas palavras:

⁷ SLERCA, Eduardo. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002.

⁸ “Constituição da Grã-Bretanha”, texto inicial da “Magna Charta Libertatum”, outorgada por João sem Terra, em 15 de junho de 1215 e confirmada 6 vezes por Henrique III; três vezes por Eduardo I; catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV; uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI. Edições Trabalhistas, 1987.

⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “O futuro da Justiça: alguns mitos”, *in Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, ano 4, nº 8, 1º semestre/2000, p. 6-15.

“Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.”

Deixemos, pois, a *initial position* para as pistas de corridas...

5. Em que ficamos?

Será que a morosidade da Justiça é privilégio tupiniquim?

Socorro-me, mais uma vez, do primoroso estudo de José Carlos Barbosa Moreira¹⁰, voltado para a duração dos processos, posto em exame, de modo especial, o processo civil. Após salientar a pouca confiabilidade que merecem as estatísticas judiciárias, previne o leitor contra a tendência, algo masoquística, por parte dos observadores da matéria, ao suporem que a mazela da demora excessiva é peculiar à Justiça brasileira. E conclui: “O problema, na verdade, é universal e multissecular”.

Aliás, já o afirmamos em nossas observações anteriores (1 a 3, supra).

No estudo em questão (“A duração dos processos: alguns dados comparativos”), Barbosa Moreira, em trabalho de leitura obrigatória para os interessados sobre o *thema*, analisa o prazo médio de duração dos processos, na França, na Alemanha, na Itália (não se podendo ignorar a grande influência que o direito processual italiano exerceu e exerce no Brasil), na Inglaterra e nos Estados Unidos, buscando, em fontes fidedignas, estabelecer um diagnóstico a respeito do fator tempo no desenvolvimento dos processos, ao fornecer uma idéia geral (se bem que aproximada) da situação. Vê-se do aludido estudo que, também no chamado primeiro mundo, a lentidão dos processos é, igualmente, crônica.

¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A duração dos processo: alguns dados comparativos”, in *Revista do Ministério Público*, órgão cultural do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 20, 3ª fase, p. 117 e sgts, jul/dez de 2004.

Tome-se como exemplo os Estados Unidos, conhecidos pela eficiência, pela qualidade e pelo espírito prático em tudo que fazem, para que se possa chegar a uma imagem aproximada do problema. Lá, ao lado do sistema judiciário federal, existem em torno de 50 sistemas estaduais. Pois bem: também lá são necessários quatro ou cinco anos para que a causa venha a ser julgada, principalmente nos casos de julgamento por júri¹¹. É evidente que tais dados não são extraídos dos litígios que recebem solução consensual e que, como tal, deixam de percorrer o *iter* previsto, extinguindo-se pelo acordo das partes¹².

6. Mas será mesmo verdadeira a afirmação generalizada no sentido de que os processos criminais são demorados?

Nos idos de 2003, tomando por base o período em que oficiava como Procurador de Justiça junto à 3ª Câmara Criminal (1987-1994), por não dispor de estatísticas precisas, dei-me ao trabalho de consultar os 31 (trinta e um) volumes em que tenho arquivadas cópias de meus pareceres, e onde disponho de registro de todos os dados relativos ao meu ofício, salvo em matéria de *habeas corpus*.

E o que constatei não me surpreendeu, pois já desconfiava de qual seria o resultado, diante da grita geral sobre a tardança das decisões.

Tomando por base o “processo-médio” e levando em conta os crimes de maior incidência, verifiquei que entre a data do fato e o julgamento perante o Tribunal de Justiça (onde, normalmente, se encerram os processos), a média de duração do feito criminal relativo a réu preso era de 6 (seis) meses!¹³

¹¹ FRIENDTHAL, KANE, MILLER. *Civil Procedure*, 3ª ed., 1ª tiragem, St. Paul, 2001, p. 402, *apud* José Carlos Barbosa Moreira, *apud op. cit.* in nº 10 dessas notas, p. 121. É certo que a alta média de duração (mais de 3 anos na primeira instância) refere-se aos feitos que chegam até o *trial*.

¹² CARP, Stidham. *Judicial Process in América*, 2ª edição, Washington, 1993 e HAZARD, Taruffo. *La giustizia civile negli Stati Uniti*, onde se noticia que 90% dos litígios não chegam a julgamento, resolvendo-se pela solução consensual, ob. e lug. cit. in nº 11 dessas notas.

¹³ Veja-se a propósito o meu estudo publicado na revista *Doutrina*, do Instituto de Direito, 1997. “A Vassalagem ao Direito de Defesa”, p. 112 e seguintes.

É certo, como registrei, que estou a fazer referência aos casos comuns, isto é, deixando de lado processos mais complexos em razão do volume dos autos e eventuais apensos, ou dos incidentes processuais surgidos no decorrer da ação penal.

Poder-se-ia argumentar que 13 anos são passados desde a verificação daqueles dados e que, provavelmente, houve um grande aumento de trabalho.

Aceito a colocação tão-somente *ad argumentandum tantum*.

Porém, gostaria de contra-arrazoar que, em 1994, data-limite para os dados acima colhidos, ainda não se encontrava em vigor a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, fazendo com que o número de ações penais sofresse imensa diminuição.

Ora, os crimes e contravenções sujeitos ao regime do “Jecrim”, quando inoportunar a transação, não chegam, sequer, ao Tribunal, pois são julgados pela Turma Julgadora, colegiado formado por juizes em exercicio no primeiro grau de jurisdicao (art. 82 da Lei 9.099/95).

Para que se tenha uma ideia do desafogo que o “Jecrim” veio a trazer para o Tribunal, basta mencionar que, com o advento da Lei 9.099/95, 65 (sessenta e cinco) infrações penais previstas no Código Penal passaram a ser consideradas de menor potencial ofensivo¹⁴, permitindo a conciliação pela reparação do dano e a transação. Mas ainda há o que dizer: sobrevivendo a Lei 10.259, de 12-VII-2001, que instituiu os juizados cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, o art. 61 da Lei 9.099/95, por força da redação determinada pela Lei 11.313, de 28-VI-2006, ampliou o rol das infrações penais de menor potencial ofensivo para os crimes e contravenções a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Sobreleva acrescentar que a grande maioria de feitos criminais que tramita no “Jecrim” encontra encerramento através

¹⁴ JESUS, Damásio E. de. *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, p. 94 e sgts, Editora Saraiva, 1997.

da transação (art. 76, § 4º da Lei 9.099/95). Em outras palavras, o instituto da transação situa-se no chamado “espaço de consenso”, em que a lei respeita a autonomia da vontade entre as partes através da aplicação de pena menos grave, sendo, por tal razão, uma forma de despenalização.

Averbe-se, por oportuno, que a Lei 9.099/95, ao optar pela transação, perdeu boa oportunidade de adotar o “*plea bargaining*” americano, que daria ao Ministério Público muito maior liberdade de ação, pois dispensaria a audiência, ensejando um acordo penal amplo entre a defesa e o *Parquet*, observados os demais limites fixados no art. 76 da Lei do Jecrim. Se o objetivo era a despenalização, por que não fazê-la da forma mais ampla e com maior presteza?

Ao lado da transação, a Lei 9.099/95 previu a suspensão condicional do processo, nas condições estabelecidas pelo art. 89, igualmente um instituto de despenalização, no objetivo de evitar a aplicação da pena.

Portanto, tenho justa razão para não crer que as Câmaras Criminais estejam mais sacrificadas do que eram até 1994, parecendo-me possível que, para o “processo-médio”, possa ser adotada uma “duração razoável” ou mesmo bem rápida. Diga-se o mesmo em relação aos processos em andamento perante o primeiro grau de jurisdição, por força da transação ou do *sursis* processual, conforme o caso.

Estarei certo?

7. Onde se situa, então, a demora na apuração dos fatos e da autoria das infrações penais?

Respondo, com facilidade, à indagação, em razão da minha longa experiência no exercício da Promotoria e da Procuradoria de Justiça.

Se o processo criminal médio goza de “razoável duração”, como deseja a norma programática constante da Emenda Constitucional n. 45/2004, o mesmo não pode ser dito em relação ao inquérito policial. Como almas penadas eles se arrastam sem solução, por meses e anos, muitos deles fadados ao arquivamento

ou à extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva ou por outra causa.

Por tal razão, ao indicar dados estatísticos relativos à minha atuação na 3ª Câmara Criminal (6, supra), referi-me, apenas, aos recursos relativos aos réus presos. Quando havia a prisão cautelar os procedimentos ganhavam rápido andamento, mesmo na fase policial, por razões óbvias.

Esta a minha realidade sobre o *thema*, voltada para o nosso Estado do Rio de Janeiro. Pode ser que ela não passe de um diagnóstico empírico à falta de estatísticas absolutamente confiáveis. Anoto, porém, com base em trabalho, datado de abril do corrente ano, recentemente chegado ao meu conhecimento, que em São Gonçalo, somente lá, somam-se 16.000 inquéritos policiais sem solução!¹⁵

É um dado valioso, se bem que insulado, que vem ao encontro da minha observação a respeito da excessiva duração dos feitos criminais na fase pré-processual.

Por que tal se dá?

As causas, tantas vezes debatidas e estudadas, por si sós, demandariam longa pesquisa, que transcende a finalidade do presente trabalho. Elas podem ser resumidas em duas vertentes genéricas: causas pessoais (incompetência, desídia etc...) e materiais (infra-estrutura). Aqui nada mais pode ser dito (e nem tudo está dito), servindo, porém, como norte para o estudo da matéria.

Esta a vívida imagem que me ficou da longa passagem que tive por Varas e Câmaras Criminais.

8. Seja-me concedido apresentar algumas sugestões, que me parecem ditadas, principalmente, pelo bom senso, no objetivo da realização de tudo aquilo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 teve em mira atingir, na dicção abrangente da “razoável duração do processo”.

¹⁵ FERREIRA, Dennis Aceti B. “Sobre um tempo razoável para o juiz”, a ser publicado na Revista do Ministério Público -RJ.

Não teria, nem de longe, a pretensão de apresentar soluções definitivas, mas, apenas e tão-somente, indicar uma série de providências, que, conjugadas e observados seus desdobramentos, possam contribuir, de forma benéfica, para a melhoria no andamento dos pleitos.

Algumas delas já integram a própria Emenda Constitucional n. 45. É o caso, v.g., da proibição das férias coletivas (art. 93, XII), evitando a interrupção das funções judicantes.

No campo da lei ordinária muito já foi feito com a finalidade de tornar mais rápida a solução das lides. Decerto, para tal, muito influiu a Lei 9.099/95, ao instituir a composição dos danos (art. 74, parágrafo único) e a transação (art. 76), formas de conciliação que evitam o ajuizamento da ação penal. Posteriormente, a Lei 10.259, de 12-VII-2001, instituiu os juizados especiais cíveis e criminais no âmbito da Justiça Federal, ampliando ainda mais a incidência da justiça consensual para as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa (art. 61 da Lei 9.099/95 com a redação determinada pela Lei 11.313 de 28-VI-2006). A ampliação trazida em razão da criação do Jecrim no âmbito da Justiça Federal raia o absurdo, pois passou a abranger infrações de expressivo relevo penal. Revela, porém, a preocupação do legislador, voltada para a resposta penal imediata e para a obtenção de uma solução veloz para os feitos criminais, evitando-se, com a providência, um processo moroso. Consagra-se aqui, no meu entendimento, a velocidade a todo preço, que, igualmente, merece condenação.

Estarei errado?

Averbe-se, ainda, o surgimento do chamado *sursis* processual, um instituto de despenalização que não exclui o caráter ilícito do fato mas, tão somente, evita a aplicação da pena. Acrescente-se que o instituto disciplinado no art. 89 da Lei 9.099/95, isto é, a suspensão condicional do processo, goza de autonomia, uma vez que é aplicável não somente perante o “Jecrim” mas também perante os crimes da competência do Juízo Comum, estejam eles descritos no Código Penal ou ainda em leis especiais, desde que presentes os requisitos exigidos pela lei para sua incidência.

A inovação em questão tem o mérito de afastar a discussão a respeito da culpabilidade, por aplicação do princípio do *non contendere*. Distingue-se, assim, da *probation* dos americanos do norte, que faz supor a prova da culpabilidade, suspendendo o decreto condenatório, medida esta equivalente ao nosso *sursis* clássico, onde somente a execução da sentença condenatória é suspensa.

A suspensão condicional do processo é proposta, desde logo, com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (art. 89, *caput*, da Lei 9.099/95). Para que se possa ter a exata medida do desafio que o *sursis* processual trouxe no sentido de diminuir o número de pleitos judiciais, basta dizer que, somente no Código Penal, 181 crimes podem ser beneficiados pela medida¹⁶. O total em questão, somado aos 65 crimes que admitem transação, perfaz a expressiva soma de 246 infrações penais!

Portanto, não me sabe justo dizer que, nesse ponto, não houve da parte do legislador intensa preocupação no sentido de abreviar a duração dos feitos criminais e até mesmo a de evitá-los (o Código penal é dotado de 361 artigos. É só fazer as contas). Se pecado houve, este decorreu de excesso, não de omissão, em razão da ampliação advinda em decorrência da Lei 11.313/2006, ao considerar como infração penal de menor potencial ofensivo delitos de notório realce penal.

9. Vão, agora, algumas sugestões, um tanto empíricas, em razão da nossa ignorância a respeito da realidade atual de nosso foro, pois, desde 2002, estamos aposentados e não dispomos de dados estatísticos seguros e precisos. Elas decorrem mais da nossa longa experiência forense. Não chega a ser de todo deplorável o “achismo” que vamos empreender, pois que representa uma análise crítica respaldada nos milhares de processos que passaram por nossas mãos. Elas soem contentar-se de belas intenções. Porém, não se deve esquecer o ditado popular segundo o qual “de bem intencionados o inferno está cheio”.

Ao trabalho, pois.

¹⁶ Dados colhidos *apud op. cit.* in nº 14 dessas notas, p. 94 e sgts.

9.1. Começo por um apelo ao legislador: torna-se imperativa a adoção de uma maior estabilidade jurídica. Não se pretende um ordenamento jurídico imutável, estático. Seu aperfeiçoamento jamais encontrará fim, como tudo em nossa imperfeita caminhada pela vida, em razão do desenvolvimento econômico, técnico e social. Enfim, em função dos fatos da própria vida, sempre haverá a necessidade de novos provimentos legislativos. No entanto, o que se tem visto nas últimas décadas são as sucessivas reformas setoriais, que acabam por desnaturar o sistema já tão precário do nosso Código de Processo Penal. Aliás, tais fatos não são privilégio do processo penal, já que se estendem a diversos outros ramos do nosso direito. A reforma pontual vulgarizada acaba por comprometer a segurança jurídica pois, muitas vezes, confronta com o sistema e com a própria Carta Magna, quando não contradiz outros preceitos legais contidos no texto. Basta ver, para nos cingirmos a um exemplo (e muitos poderiam ser indicados!), a grande confusão gerada quando do advento da lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais perante a Justiça Federal, ferindo por via oblíqua o princípio da isonomia, entre outras imperfeições, ao distinguir — perdoem-me a ironia! — o “criminoso federal” do “criminoso estadual”.

9.2. Outra medida que, em muito, viria a contribuir para a diminuição dos pleitos criminais e, em consequência, para a eventual duração razoável das ações penais, seria a implantação pura e simples do *plea bargaining*, ficando o chamado “espaço de consenso” limitado apenas ao Ministério Público e ao autor do fato, com incidência nas contravenções e nos crimes de menor potencial ofensivo. Com tal providência evitar-se-ia a audiência a que se refere o art. 72 da Lei 9.099/95. É certo que a nossa barganha não poderia ter a dimensão do acordo americano em razão do disposto no art. 5º, XXXV da C.F., pois lá, no *plea bargaining*, vigora, por inteiro, o princípio da oportunidade, o que incorre em nossa transação penal.

9.3. Disse, ao início do presente diagnóstico relativo à duração dos processos, que a demora maior no andamento dos procedi-

mentos criminais situa-se no inquérito policial (7, supra). É lá que ocorre o nó górdio que atravanca o andamento dos procedimentos criminais.

Buscando enfrentar o problema, pelo menos em parte, recentemente, no Rio de Janeiro, foi inaugurado pelo Ministério Público o “Centro Integrado de Apuração Criminal (CIAC). O novo órgão reunirá, num mesmo local, promotores de justiça e delegados, trabalhando em conjunto, com o objetivo de aligeirar as investigações criminais. O convênio unindo o Ministério Público e a Polícia Civil apresenta-se como fato inédito na federação. Ainda é prematura qualquer afirmação para que se possa dizer se a providência irá ou não dar frutos promissores (o CIAC foi inaugurado, recentemente, aos 18 de abril do corrente ano). É cedo, pois, para emitir qualquer opinião quanto aos resultados da medida; porém, não há negar que se trata de uma experiência válida no objetivo de tentar a solução para o problema crônico da delonga excessiva dos inquéritos policiais. Ao proceder-se à integração entre o *Parquet* e a Polícia Civil, evitar-se-iam as idas e vindas de ofícios, as devoluções, as requisições demoradas de perícias e quejandos.

Parece-me válida a tentativa de buscar uma solução para o grave problema. O futuro irá dizer do acerto ou não da iniciativa.

9.4. Por outra banda, vem de ser criada, no âmbito do Ministério da Justiça, comissão¹⁷ para propor alteração no sistema de recursos do processo penal. Nosso Ministério Público encontra-se representado na referida comissão pelo Procurador de Justiça Antônio José Campos Moreira, conhecido e respeitado professor de Processo Penal, por sinal o único representante do *Parquet* no aludido colegiado. O trabalho deve terminar no início de setembro.

Ousamos formular algumas sugestões, ainda que breves, uma vez que cada tema, por si só, demandaria minudente estudo,

¹⁷ Integram a referida comissão a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que a preside, Alexandre Wunderlich, Danilo Fontenele Sampaio Cunha, Geraldo Prado, Juliana Garcia Belloque e Antônio José Campos Moreira.

no objetivo de trazer alguma melhoria na duração dos processos, tais como:

- a) a supressão do recurso de ofício;
- b) a adoção do recurso monofásico. Não me parece de boa técnica o recurso bifásico (prazo para a petição ou termo de interposição e prazo para razões). A Lei 9.099/95, antecipando-se, já consagra a medida (art. 82, § 1º). Para tanto, ampliar-se-ia o prazo para a interposição dos recursos que passaria a ser, por exemplo, de 15 (quinze) dias, no caso de apelo, apresentando-se, desde logo, as razões e o pedido do recorrente;
- c) a extinção pura e simples do “Protesto por novo Júri”, recurso de caráter demagógico, que somente contribui para alongar, ainda mais, o moroso, formal e mastodôntico procedimento do Júri;
- d) a supressão dos embargos infringentes e/ou de nulidade;
- e) a instituição da revisão criminal *pro societate* quando a absolvição tivesse por base *prova inequivocamente falsa*;
- f) a extinção da carta testemunhável;
- g) nessa óptica, nos moldes do Código de Processo Civil, haveria de ser adotado no processo penal o agravo de instrumento, com a abolição do recurso no sentido estrito, pondo-se fim à enumeração indicada no art. 581 do CPP, velharia da lei atual. Assim, se o juiz põe termo ao processo cabe apelação, e não importa indagar se ele decidiu ou não o mérito. De outro ângulo, o agravo de instrumento seria o recurso cabível contra qualquer decisão proferida no decorrer do processo, pela qual o juiz resolve questão incidente.

9.5. Fora do âmbito dos recursos, impõe-se a simplificação do procedimento do Júri. Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 4.203/01, já aprovado pelo Plenário da Câmara, encontrando-se, no momento, em fase de exame pelo Senado Federal¹⁸.

O aludido projeto mereceria, por si só, análise minuciosa, parecendo-me tímido em alguns pontos. Contém, porém, aspectos

¹⁸ Dados colhidos do excelente *Manual de Processo Penal* de LIMA, Marcellus Polastri, p. 863, Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2007.

altamente positivos na fase do *judicium accusationis*. O ponto alto do projeto situa-se na simplificação dos quesitos a serem respondidos pelo conselho de sentença. Versam eles: 1) sobre a materialidade do fato (se o crime ocorreu ou não); 2) sobre a autoria ou participação; 3) sobre a condenação ou não do réu. Caso o último, por maioria de votos, decida pela condenação, serão feitas, então, mais duas perguntas relacionadas às causas de aumento ou de diminuição da pena.

Alvíssaras!

Com a nova sistemática, que sofreu nítida influência do direito americano, simplifica-se, de forma radical, o atual sistema, fonte inesgotável de um sem-número de nulidades, que só servem para beneficiar autores de crimes gravíssimos.

10. Com a adoção de tais medidas, aliadas a outras que mentes mais inspiradas possam trazer, somadas todas às providências despenalizadoras já existentes, creio que será possível atender, de forma razoável, às perspectivas traçadas na EC/45, sem jamais descuidar da segurança jurídica que deve permear toda e qualquer decisão judicial.

Mas nem tudo estará resolvido. Sempre haverá processos que exigirão solução demorada.

Pensar em contrário é pretender a *Visão Beatífica* neste mundo. ☹

Direito do Consumidor - Visão Empresarial -

Antonio Carlos Esteves Torres
*Desembargador do TJ/RJ. Presidente do
Fórum Permanente de Direito Empresarial
- EMERJ.*

1 . DIREITO DO CONSUMIDOR - PRINCÍPIOS

A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, já se aproxima da maioria e, em termos sistemático-legislativos e interpretativos, ainda suscita debate. Aliás, pertence ao mundo do reconhecimento geral a assertiva de que o confronto entre os fatos sociais e a materialização normativa nem sempre anda em compasso. Vale adicionar que, para lembrar a complexidade da análise, basta recordar que o direito do consumidor vem sufragado em densos cânones constitucionais, ao estilo impositivo de garantia fundamental, incisivamente exposto: art. 5º, inciso XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

A Constituição de 1988, embora com arroubos políticos de reinício democrático, é um diploma de reconhecida natureza diretiva dos destinos da sociedade brasileira e, neste particular, arremata este compromisso, conjugando-o aos princípios gerais da atividade econômica, constantes do art. 170, da Lei Maior, em que, mais uma vez, agora no seu inciso V, ratifica e ressalta a preservação da defesa do consumidor.

A diretividade das constituições, aspecto nem sempre perceptível a olho nu, levou o estudioso Canotilho a se socorrer, para ressaltar a dificuldade interpretativa e demonstrar-lhe a dimensão do grande alcance, de bela metáfora com a situação da serva da Trácia, idiotizada, diante da queda ao fosso de Tales de Mileto:

III - AS INCERTEZAS EPISTÊMICAS DA DIRECTIVIDADE CONSTITUCIONAL

1 - *As incertezas epistêmicas da <<directividade constitucional>>*

1.1 - *A Constituição dirigente e o riso da mulher trácia*

A Constituição dirigente, ou melhor, os textos constitucionais carregados de programaticidade – desde a velha constituição mexicana de 1918, até a Constituição brasileira de 1988, passando pela magna carta portuguesa de 1976 – estão num <<fosso>> sob o olhar implacável de muitos escárnios e mal-dizeres. Aos adeptos dos dirigismos e directividades vinculados através de normas – e sobretudo constitucionais – acontece hoje o que já aconteceu a Tales de Mileto há milhares de anos. São vítimas de risos irônicos semelhantes aos da mulher-sérvia da Trácia que ocorreu aos gritos de socorro do astrólogo milésico caído num poço quando observa, à noite, as estrelas. Durante muito tempo, esta <<queda>> e este <<riso>> tiveram um relevante significado cultural: o descrédito dos teóricos – e dos construtores de utopias, acrescentamos nós – mais prestos a captar o mundo das estrelas do que a olhar as coisas da terra. O trágico da queda não estará, hoje, só na incapacidade de os mira-estrelas assentarem os pés no chão e tentarem compreender as armadilhas da praxis. Mais do que isso: o ruir dos muros revelou com estrondo que a queda não tinha sequer a grandeza do pecado. O poço onde se caiu não é uma cisterna em que a água brota cristalina das profundezas da terra, antes se reduz a uma simples cova, a um fosso banal lamacento e sem fondura. O riso irônico da serva trácia, esse transmuta-se em escárnio de multidões, e o olhar para longe fica prisioneiro da fragilidade de um chão aberto a terremotos.¹

¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra, 2. ed., 2001, p. VIII.

Esse grau de profundidade filosófica corrobora o fato de as fórmulas consolidadoras desses altos e difíceis propósitos fixadores da ordem constitucional se materializarem na Lei nº 8.078/90, em especial nos designativos da política nacional de relação de consumo:

“Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, ...”

Consta ainda deste dispositivo de insuspeitável abrangência dogmática, no inciso I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, abrindo o leque de possibilidades protetivas desse direito a graus de incentivo à criação de associações representativas, desenvolvendo a tendência filosófica que lhe torna possível a defesa pelos caminhos da coletividade.

O art. 81 do CPDC especifica os interesses ou direitos difusos; coletivos e individuais homogêneos, realizando a inclinação jurídica que torna viáveis as reivindicações de detentores de metas indeterminadas, trazendo ao pensamento o antigo exemplo das caixas de fósforo que conteriam “em média” vinte palitos, não havendo quem se desse ao trabalho de contar, um a um, para saber se o continente guardava dezoito ou vinte e duas unidades. O certo é que, numa hipótese de conservação de dois palitos, para cada caixa, ao final de dez embalagens, o fabricante comporia uma, numa colaboração involuntária de quem, ao consumir o produto, acabava auxiliando o mais forte com um *plus*, por que teria que pagar o menos favorecido.

A defesa do mais fraco, numa relação entre desiguais em poder e força, remete ao fato de que as fórmulas dogmáticas preservativas dos direitos do consumidor já se encontravam latentes

em dispositivos como os dos arts. 2º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que, pioneiramente, já previam a convalidação de diplomas legislativos, na existência concomitante; a preservação do império da lei; o uso da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do Direito e, o que mais nos interessa, para esta pequena exposição, os fins sociais a que o direito positivo se dirige, tendo em mira o bem comum.²

Em resumo, a movimentação social e legislativa das últimas décadas funciona como potencializador daquelas prerrogativas ao dar feições perceptíveis aos princípios da boa-fé objetiva, da salvaguarda da dignidade, saúde e segurança, sob a forma respeitadora da individualidade de cada e todo ser.

Entretanto, em termos de teoria econômica, o consumo – não apenas a circunstância capilar do exercício individual do consumidor – é um dos pilares vitais à mecânica da Economia, ao lado da produção. Sem precisar recorrer aos campeões desta ciência, como Max Weber, por exemplo, é tautológico afirmar que, se não houvesse consumo, não haveria produção e vice-versa. São faces de uma mesma moeda. Um encadeamento socioeconômico.

A legislação protetiva do consumidor – do consumidor, repita-se – desafia o poder interpretativo dos juizes, que, de um lado, não pode dispensar os princípios teóricos da ciência econômica, considerando o consumo como parte indissociável das relações da espécie, e, por outro, o atendimento aos critérios de proteção da parte mais vulnerável. Está dentro deste raciocínio, como se adianta em recente artigo da **Newsweek**, adicionar que a grande farra do consumo faleceu nos Estados Unidos. O grande fato do ano neste ramo é o fim do consumismo desenfreado. Pelo últi-

² Decreto-lei nº 4.657, de 4.9.1942 (Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. § 2º. A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior. § 3º. Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência; Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

mo quarto de século, os americanos mergulharam no descontrole consumerista sem precedentes. Foram carros, TVs, longas férias, quase tudo neste setor. As conseqüências foram profundas, não só para os Estados Unidos, mas ainda para o resto do mundo. E a passagem para alguma coisa diferente e desconhecida pode não ser para melhor.

Esta advertência sobre a conjuntura crucial na economia americana vai desafiar a futura administração do império debilitado.

Vê-se através deste pensamento emitido pelo experiente comentarista Robert J. Samuelson que a matéria de que estamos tratando sob o aspecto da reação do consumidor tem espectro muito mais largo e com óbvios reflexos nos procedimentos interpretativos da magistratura³.

Para que o intróito, que já se alonga, não se afaste dos liames e dos propósitos do trabalho, é bom lembrar que, em termos sociológicos, há menos de um sesquicentenário (120 anos para ser exato), muitas almas eram consideradas coisas, objeto do genocídio chamado escravidão. Para efeitos históricos, o período é um quase nada. Ainda hoje, o rescaldo do incêndio que a estupidez promoveu conserva brasas da recente tentativa de extinção a expandir calores de ameaças vivas. O mundo assiste – em parte modesta, estarecido – à tragédia de Simone Celestin, pobre haitiana escravizada por nobres e respeitáveis cidadãos da ensolarada Flórida Americana.⁴

³ *Newsweek*. May 26/June 2, 2008. P. 38: “Transfixed by turmoil in the financial markets, we may be missing the year’s biggest economic story: the end of the Great American Shopping Spree. For the ‘past quarter century, Americans have gone on an unprecedented consumption binge – for cars, TVs, longer vacations and just about anything. The consequences have been profound for both the United States and the rest of the world, and the passage to something different and unknown may not be an improvement ... Just why Americans went on such a tear is a much-studied subject. In a new book, ‘Going Broke’, psychologist Stuart Vyse of Connecticut College argues that there has been a collective loss of self-control, abetted by new technologies and business practices that make it easier to indulge our impulses. Virtually ubiquitous credit cards separate the pleasure of buying from the pain of paying. Toll-free catalog buying and Internet purchases don’t even require a trip to the store. Pervasive ‘discounting’ creates the impression of perpetual bargains.”

⁴ *Jornal do Brasil*, de 21 de maio de 2008, por Carmen Gentile (*The New York Times*): “Simone Celestin lembrou os repetidos maus tratos que sofreu nas mãos de sua família adotiva enquanto trabalhava para eles como empregada doméstica sem ser paga durante seis anos.

2. PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR - REVOLUÇÃO - LIMITES

Todo avanço legislativo de contextura revolucionária - e não são poucos os autores que reconhecem na legislação consumerista esta natureza - reflete ordens e contra-ordens naturais das modificações impostas ao caminhar ordinário do progresso. Assim é que, com a Revolução Francesa, cedo, Girondinos e Jacobinos acabaram entrando em conflito a que se seguiu a morte de um Danton, de um Robespierre, de um Marat, quando todos pretendiam assegurar a liberdade quase completa, um mínimo de igualdade e a fraternidade possível.

No início do século passado, entre fevereiro e outubro de 1917, Bolcheviques e Mencheviques confirmaram a tese dos desarranjos entre partidários de mesmo um ideal. Para este último movimento, é bem de ver que mais de décadas após a sua eclosão, Trotsky, o dissidente do Stalinismo, foi executado em território mexicano, perseguido pelos seus adversários transcontinentais.

Sem a dramaticidade desses paradigmas históricos, aqui mesmo, entre nós, os ideais de Castelo Branco, ao inaugurar o regime de exceção de 1964, foram violentamente alterados pelos seguidores de 1968. Sem delongas, recorde-se que Geisel puniu torturadores integrantes de suas hostes. O episódio Herzog e o Gen. Edinaldo configuram ilustrações fidedignas da tese. O caso Riocentro não precisa de comemorativos mais extensos para ratificar a demonstração sociológica.⁵

Simone, 23 anos, contou à Corte Judicial do sul da Flórida que ela foi levada do Haiti para os Estados Unidos quando tinha 14 anos e nunca estudou. Revelou ao júri ter sido ferida com vassouras, com sapatos, disse que trabalhava 15 horas por dia, e era obrigada a dormir no chão e comer os restos.”

⁵ Na noite do dia 24 de outubro de 1975, Herzog, então diretor de jornalismo da **TV Cultura**, apresentou-se na sede do DOI-Codi (Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operações de Defesa Interna), em São Paulo, para prestar esclarecimentos sobre suas ligações com o PCB (Partido Comunista Brasileiro). No dia seguinte, foi morto aos 38 anos. Segundo a versão oficial da época, ele teria se enforcado com o cinto do macacão de presidiário. Porém, de acordo com os testemunhos de jornalistas presos na mesma época, Vladimir foi assassinado sob forte tortura. (Texto de autoria de Daelcio Freitas, retirado do site <http://educacao.uol.com.br/atualidades/ult1685u146.jhtm>, no dia 16.5.2008, às 12h50min)

A legislação consumerista que, inserida em arena de embates sociais, segundo os seus próprios artífices, precisou de meneios de inteligência para sua aprovação no Congresso, como lembram os autores do anteprojeto, “*A dissimulação daquilo que era Código em lei foi meramente cosmética e circunstancial. É que, na tramitação do Código, o lobby dos empresários, notadamente o da construção civil, dos consórcios e dos supermercados, prevenido sua derrota nos plenários das duas Casas, buscou, através de uma manobra procedimental, impedir a votação do texto ainda naquela legislatura, sob o argumento de que, por se tratar de Código, necessário era respeitar um iter legislativo extremamente formal, o que, naquele caso, não tinha sido observado. A artimanha foi superada rapidamente com o contra-argumento de que aquilo que a Constituição chamava de Código assim não o era.*”⁶, também suscitou reações exacerbadas. Do lado dos consumidores, houve quem desenganadamente assegurasse que “agora podemos comprar e não pagar”. A aplicação da lei especial e revolucionária foi contestada com disputas que chegaram ao Supremo Tribunal Federal, como foi o caso das entidades financeiras, no julgado que se reproduz:

ADI-ED 2591/DF - DISTRITO FEDERAL

EMB. DECL. NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 14/12/2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação: DJ 13-04-2007 PP-00083

EMENT VOL-02271-01 PP-00055

Parte(s)

EMBTE.(S): PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

Ementa

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE RECURSAL LIMITADA ÀS PARTES. NÃO CABIMENTO DE RECURSO INTERPOSTO POR AMICI CURIAE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro. Forense Universitária. 7ª Ed. 2001. p. 9.

OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador-Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de *amici curiae*. 2. Entidades que participam na qualidade de *amicus curiae* dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3º, § 2º, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5º, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. 3. Ação direta julgada improcedente.

Os princípios que regem a teoria dos contratos, como o império da manifestação da vontade e o da observância da boa-fé, mesmo com as exigências modernas de atendimento dos denomi-

nados direitos difusos, de última geração, não se extinguem. O que se passa a exigir é que, para a manutenção do equilíbrio, do sinalagma, a relação de reciprocidade existente entre a prestação e a contraprestação, no ajuste de interesses, mediante a intervenção estatal, a vulnerabilidade do consumidor seja compensada através de mecânicas como a exponenciação no direito positivo da responsabilidade objetiva que incide sobre a parcela de atuação dos produtores e fornecedores, que só afastam esta presunção, que dispensa se demonstre a culpa do agente provocador de dano, nas hipóteses de inexistência denexo causal ou de culpa exclusiva da vítima, como previsto no art.12, do CPDC. Com estes parâmetros, instituíram-se as estacas da tutela dos direitos dos consumidores, garantindo-se a igualdade entre desiguais⁷⁻⁸.

A velocidade dos meios modernos de comunicação e o encolhimento do globo terrestre passaram a exigir de todos os profissionais, especialmente os que operam no campo da sociologia jurídica, atenção redobrada para o exercício dos seus misteres, observando-se os critérios de manutenção do equilíbrio contratual, mesmo diante das fórmulas protetivas destinadas a eliminar os efeitos perversos da reconhecida vulnerabilidade dos consumidores.

⁷ TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 32. ed., 1991. P. 46. “Modernamente viene pure riconosciuta tutela a quelli che si chiamano interessi diffusi; e si indica la protezione che l’ordinamento riconosce, nel campo pubblicistico (ES. Rispetto ai mezzi di comunicazione sociale) e nel campo privatistico (tutela del consumatore: v. infra in nota alla pag. 191), a interessi che sono della comunità nel suo complesso”. P. 191. “Si ha illecito extracontrattuale o aquiliano (2043 e ss.) se si viola un diritto o una situazione giuridica tutelata in modo assoluto, cio è verso tutti i consociati; *si ha illecito contrattuale o da inadempimento (1176, 1218)**se si viola il diritto relativo(4)*”. P. 615. **L’INTERVENTO PUBBLICO NELLE CONTRATTAZIONI PRIVATE.**

⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 19. Na moderna concepção da função social do contrato, agasalhada pelo CDC, a boa-fé assume feição diferente da tradicional. Em vez de se localizar no plano subjetivo da formação do consentimento, ela se desloca para o plano objetivo do equilíbrio entre prestações e contraprestações ...Essa concepção objetiva da boa-fé se prende ao regime atual da sociedade de consumo e das contratações de massa, onde as condições contratuais são pela própria conjuntura fruto de regras unilaterais impostas pelo contratante que detém o controle do negócio.

Mas, como já se entendia, antecedendo o afã preservativo e indiscriminado de segmentos identificados como vulneráveis na sociedade, o consumidor nem sempre sofre resultados maléficis simplesmente por ser considerado a parte mais fraca numa relação. Antes das alterações introduzidas pelo Código de Processo Civil de 1939, as regras sobre abuso de direito, previstas no art. 160 do Código Civil de 1916, eram transportadas para o cenário processual, com a repulsa das atuações anormais, com respeito a qualquer exercício de direito. Hoje, o procedimento está consolidado, seja pelo alcance dos artigos 14, 17 e 125, do CPC, mas ainda pela própria dogmática presente das alterações introduzidas no Código Civil de 2002, especialmente com atinência aos comandos dos artigos 186, 187, 422, 927, cujos princípios se encontram inseridos na ordem processual, com o trânsito pelas regras especificadas na Lei nº 8.078/90, que também faz remissão aos ditames processuais, como dispõe expressamente o seu art. 90.⁹

Para a consecução dos objetivos de interpretação, no exercício das funções jurídicas, cumpre, assim, observar que não se afastou a disciplina legal teórica do contrato, com os seus elementos objetivos conformadores da tessitura social, juridicamente preservada. Entretanto, como leciona Theodoro Júnior, embora o juiz tenha "...mais flexibilidade para aplicar o princípio da boa-fé

⁹THEODORO JÚNIOR, Humberto. *In Abuso dos Direitos Processuais*. Coordenação de José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 93/99. Uma vez que o Código Civil, editado em 1916, agasalhava expressamente a teoria do abuso de direito como fonte de responsabilidade civil (art. 160), a teoria do abuso de direito processual, desde então, passou a procurar apoio nos princípios do direito civil, caracterizando-se por ser fruto de obra sobretudo da doutrina ...Foi com o Código de Processo Civil Nacional (Dec-lei 1.608, de 18.9.39), que o abuso de direito processual mereceu tratamento amplo e genérico, recebendo conceituação e repressão específica ...Embora com diversos traços comuns ao abuso de direito material, o abuso de direito processual, à luz do Código de 1939, merecia da doutrina análise que lhe destacava contornos e detalhes próprios ...O Código de 1973, atualmente em vigor no Brasil, evitou invocação genérica dos vícios do ato processual à luz da nomenclatura do direito civil (dolo, coação, simulação, fraude etc.). Deu, porém, maior expressão ao dever e veracidade, ampliando-o, subjetivamente, para a conduta não só das partes mas de todos os que intervêm na relação processual, e alargando as dimensões do dever de probidade ... Ao juiz, o Código, ao mesmo tempo, acentuou os poderes de direção do processo e da instrução probatória (arts. 125 e 130), e ressaltou a sua submissão ao "princípio da probidade" ...

objetiva...” não há de considerar a fórmula “...uma panacéia de cunho moral a ser indiscriminadamente aplicada...”¹⁰ a ponto de desprezar um modelo jurídico.

Em uma determinada ocasião, no caminho inverso da saúde desta estação dogmática, o consumidor atraiu o Ministério Público para uma ação indenizatória, porque um determinado CD de uma dupla de cantores, vendido, a início, com a promessa de um sorteio de passagem para Miami, vencido o prazo para o concurso, embora largamente comunicado que o período de inscrição se encerrara, continuara a ser vendido. O pilantra determinou que filhos, mulher, sogra e vizinhos adquirissem o produto e pleiteassem, via Ministério Público, a indenização pela perda da oportunidade de viajar ao paraíso de emergentes no alpinismo social.

Logicamente, embora após todo o percurso processual, longo e desgastante, a improcedência deste pleito veio como forma limitadora da falsa idéia de que o consumidor estaria dispensado – ele, também – de atuar com boa-fé.

É vezo não raro em reuniões familiares festivas, destravada a mente pelo poder etílico, coletarem-se declarações sobre a falibilidade administrativa de entidades atuantes no setor de seguro saúde, para a tentativa de consecução de propósitos indecentes, sob a égide de reparação por dano moral, em situações forjadas nos escaninhos da vilania.

Nada de novo sob o sol (Eclesiastes 1:9)... Histórias como tantas outras. Nesta seqüência, e ainda com base na vida e nos processos:

1º caso: Uma senhora que se submeteria a uma cirurgia de fêmur para implantação de prótese, cuja aquisição correria por sua conta, como efetivamente ocorreu, já que o plano de saúde não cobria este fator, ouviu a seguinte pérola de seu genro advogado:

– Não há problema . Compre a prótese e, depois, no Judiciário, conseguimos o ressarcimento e até um danozinho moral ...

¹⁰ Op. Cit. Direito do Consumidor, p. 21.

2º caso: Narra um funcionário de companhia de seguros de automóveis: o segurado estava inadimplente há três meses, quando ocorreu o sinistro. Em antecipação de tutela, o juiz determinou o pagamento da indenização, o que foi devidamente cumprido.

Ao julgar o feito, o magistrado acolheu o pedido de procedência, mantendo a antecipação e determinando que o autor pagasse os meses em atraso, devendo a seguradora emitir os respectivos boletos. Ocorre que, com a inadimplência trimestral, o contrato deixara de figurar no sistema, não sendo possível gerar qualquer boleto pela companhia. O juiz determinou, então, a emissão do boleto em 48h, sob pena de desobediência, gerando um grande impasse: como emitir o boleto se não havia mais o contrato? E mais, em sentença, o magistrado fundamentou a decisão assim: já que a indenização fora paga em tutela, julgo procedente ...

3. O EMPRESÁRIO - A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Esses desacertos, esses conflitos de entendimento se amoldam às conseqüências dos movimentos sociais considerados revolucionários. Para dirimir litígios jurisprudenciais e dogmáticos, é preciso retornar ao âmago ontológico da matéria, valendo lembrar, mais uma vez, que o fundo filosófico que comanda a legislação especializada tem natureza constitucional e o seu compromisso com a efetividade levou o legislador constituinte a ratificá-lo no art. 48, dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, e determinar que, em cento e vinte dias, a contar da promulgação da Lei Fundamental, o Congresso elaborasse o Código de Defesa do Consumidor. Em decorrência, estava chancelada a vestimenta sociológica de gala do diploma que estava por vir, ressaltando-se a relação com a sociedade antes mesmo da relação com o consumidor, especificados, nesta altura, os parâmetros significantes e significados, continentes e conteúdos. Os autores do anteprojeto, mais à frente, ressaltariam a importância da boa-fé como princípio dominante no microsistema do Código de Defesa do Consumidor ou, nas próprias palavras dos juristas, “um princípio síntese da

ratio protetiva dos consumidores”, o que “em nosso tema poderíamos afirmar que o aqui denominado ‘diálogo sistemático’ é o diálogo dominante ou o fenômeno síntese da nova visão dos ‘conflitos de leis no tempo’. Sendo assim, se nossas observações na parte primeira do artigo já eram sobre ‘diálogos’ no sistema, queremos agora analisar os outros dois tipos de diálogos sistemáticos: um diálogo de influências recíprocas sistemáticas entre estas duas leis e a adaptação do sistema, com uma possível redefinição do campo de aplicação do CDC, ao sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, e uma possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juizes) alcançadas com o uso do CDC, no que diz respeito, por exemplo, à contratação conforme a boa-fé e ao combate das cláusulas abusivas.”¹¹

Estavam aí lançadas as bases para que a relação empresário/consumidor se encontrasse no caminho do fim social da empresa. Repetindo o dogma, a relação se desenvolve com vistas à composição do tecido social, buscando efetivo equilíbrio entre os poderosos e os mais fracos, ajustando as diferenças através do catalisador legal. É bem de ver, no que Claudia Lima Marques acolheu como sendo diálogo das fontes, inspirada em lições européias, que esta “conversa” entre sistemas, consumerista (especial) e civilista (geral), transita, mais uma vez, pelo aconselhamento da Lei de Introdução ao Código Civil, dessa vez na determinação de que “A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.” (art. 2º, § 2º).

Por alguma razão inexplicável, esta regra basilar não vem sendo claramente utilizada para situações que, às vezes, repetem até a mesma redação. É só ler o conteúdo do art. 461, do CPC, e do art. 84, do CDC. O texto é o mesmo: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.” Neste diapasão, embora com os cuidados equipa-

¹¹ MARQUES, Claudia Lima. Antonio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2ª Ed. 2006.

rativos de situações diversas quanto ao poder econômico ou social, como já dito acima, a autonomia da vontade não está revogada. As partes ainda contratam porque querem. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, como assevera a Constituição, em seu art. 5º, inciso II.

É certo que a velocidade do progresso social, cada vez mais intensa, acabou por exigir fórmulas mais expeditas e eficazes de contratação. É impossível imaginar-se, sequer, que uma loja de departamentos, para vender escovas de dentes ou colares de pérola, discuta com cada interessado nos produtos as cláusulas do encontro de suas vontades. O que um lado deseja é vender e o outro, comprar. Está nesta declaração simplória, diante das circunstâncias especiais da massa, o berço dos contratos de adesão que, no entanto, não podem quedar-se ao talante da parte mais bem estruturada, que se obriga a observar, não só os princípios da boa-fé objetiva, a que alude o art. 422, do Código Civil¹², mas, ainda, estar em congruência com o sistema nivelador de situações díspares, sujeitando-se os resultados maléficos aos efeitos da nulidade nos moldes do art. 51, inciso IV, do CDC¹³.

Observados estes parâmetros, vale recordar que o empresário, de um modo geral, se defronta com gigantescas dificuldades para conceber, instalar, fazer funcionar o seu negócio para, atendendo às necessidades do consumidor - insista-se, atendendo-se às necessidades do consumidor, corolário da função social do seu mister - que possa almejar o lucro, com que passará a fazer face às suas necessidades. Nesta altura, surge a comunhão de vontades, repisando-se, observados aqueles itens equiparadores das condições. Os douts têm identificado, na atividade empresarial, a incidência das regras que orientam a teoria do custo social e a teoria do risco integral. Se a teoria do risco social desguarnece a

¹² Código Civil. Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

¹³ Lei 8.078/90. Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: ... IV- estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade.

aura de interesse da parte mais fraca, a do risco integral torna-se excessivamente injusta para quem se entrega às atividades empresariais.

A teoria da responsabilidade objetiva, que dispensa indagações sobre a atuação culposa do responsável pelo dano, não é absoluta na espécie de relação. Nem se poderia admitir que assim fosse porque, como se expõe no art. 14, do CDC, não se perquire sobre a culpa “pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”, abrindo-se, entretanto, a possibilidade de afastar a responsabilização quando o fato não existir ou a culpa pela ocorrência for da vítima ou de terceiro¹⁴.

Para a concepção desses valores, seria necessário ingressar no exame das necessidades humanas, que não podem definir-se de forma apartada das condições sociais, embora seja muito difícil estabelecer um limite específico entre necessidades, desejos e preferências.

A soberania do consumidor depende de condições decisivas, porque fica entre a concorrência no mercado e a racional liberdade de escolha. A concorrência força as empresas a oferecer produtos e serviços de qualidade e a preço justo. Busca-se uma combinação entre qualidade/preço, que atraia o consumidor, o qual se supõe que seja livre para eleger o que compra. E, ao fazê-lo, deve se comportar com liberdade, mas não de forma caprichosa ou irracional.

Se, de um lado, a concentração empresarial às vezes deriva concorrência monopolística, por sua parte, os consumidores não atuam normalmente segundo as pautas de liberdade e racionalidade que se esperam do ente humano, porque carecem de conhecimentos técnicos, mas também porque não possuem

¹⁴ Lei 8.078/90. Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência e culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 3º. O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I- que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II- a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

capacidade para processar a enorme quantidade de informações disponíveis. Não se movem tão só por motivos racionais mas por outros motivos de caráter sentimental ou simbólico, relacionados com outros valores que orientam seu comportamento. Por isso, a soberania do consumidor não deve estar submetida a uma atitude puramente passiva por parte do produtor. A relação produtor/consumidor tem caráter recíproco, em que os interesses explícitos ou implícitos devem seguir o caminho da boa-fé. São interesses legítimos, fato que não oferece óbice para reconhecer que os interesses do consumidor têm caráter de maior altura, porque estão mais diretamente afeiçoados à dignidade da pessoa. Em contas resumidas, a soberania do consumidor deve ser entendida como a necessidade de garantir a prioridade da pessoa que busca satisfazer suas necessidades mas não como se toda a iniciativa numa relação comercial houvera de ser reservada a uma das partes. Nesta tarefa influenciam, com papel essencial, os direitos do consumidor.¹⁵

Como se vê, com estas observações tiradas do livro *Ética de La Empresa*, o exame de questões que tratam desta delicada relação, faz subir o grau de responsabilidade de qualquer participante no mundo jurídico, em especial, a do juiz.

4. ESPECIFICIDADE DA TEORIA SOBRE A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. A IMENSA GAMA DE CUSTOS. A PREVISIBILIDADE DO IMPREVISÍVEL. RAZOABILIDADE

¹⁵ CAMACHO, Ildefonso; FERNÁNDEZ, José L. e MIRALLES, Josep. *Ética de La Empresa*. Bilbao: Unijes, 4. ed., 2006, p. 172/174. “No vamos a entrar en el examen del concepto de necesidades humanas ... Es más, es difícil establecer una frontera nítida entre necesidades estrictas y deseos o preferencias: en principio aquéllas tienen una exigibilidad objetiva de la que carecen éstos últimos, pero son más bien los deseos y las preferencias del consumidor los que orientan su comportamiento ... Dos condiciones parecen decisivas: la competencia del mercado y la libertad y racionalidad del consumidor. La competencia fuerza a las empresas a ofrecer productos(bienes o servicios) DE calidad y a buen precio: buscan una combinación calidad/precio que atraiga al consumidor, el cual supone que es libre para elegir lo que compra ... ambas partes tienen intereses implícitos en esa relación ... Y ambos intereses son legítimos. Esto no es óbice para reconocer que los intereses del consumidor son de carácter superior ... En resumidas cuentas, la soberanía del consumidor debe ser entendida como la necesidad de garantizar la prioridad de la persona que busca satisfacer sus necesidades ...”

É incontável a gama de passos que um aspirante às atividades empresariais precisa dar para que seu negócio atinja o ponto de viabilização de retorno de investimentos. De quando em vez, notícias comparativas sobre a duração das etapas a serem percorridas neste mister revelam o imenso abismo burocrático que o empresário brasileiro tem de vencer. Aponta-se um período mínimo de cinco a seis meses para que a mecânica de um comércio se instale.¹⁶ É o contrato social; é a autorização especial, para segmentos controlados e fiscalizados nos moldes de fabricação de fogos ou de exploração de pedreira; é o alvará de licença, só concedido por normas de postura municipais com a adequada localização; são os compromissos sociais e trabalhistas; é o crédito; são obrigações e pagamentos...

Em recente abordagem cinematográfica, um diretor londrino, Ken Loach, retratou as dificuldades por que passam imigrantes ilegais na Inglaterra, vítimas de jovem empresária inescrupulosa, que se aproveita de suas condições irregulares, para pagar-lhes, quando lhes paga, salários de ficção e, como explica o realizador da película-verdade: Ela vai perdendo seus princípios morais dentro de um sistema, de uma globalização econômica, que corrompe tudo. No final, a personagem acaba utilizando os imigrantes ilegais, não paga impostos e só aspira a ganhar dinheiro. Em geral, caberia dizer que, para ganhar muito dinheiro, tem-se que cometer ilegalidades¹⁷.

Este resumo, contundentemente genérico e comum, se aplica, lamentavelmente, a qualquer rincão da Terra e a qualquer tipo de gente. É a natureza humana. É a abjeta “ordem natural das coi-

¹⁶ Em cálculo de 2005, não havendo modificações de importância até este ano de 2008 em que, mesmo assim, o país atinge um grau razoável na atração de investidores, demora-se 152 dias para abrir uma empresa no Brasil ante dois na Austrália e quatro nos Estados Unidos.

¹⁷ EL PAÍS, 9.2.2008, Vida & artes, p. 36, por Miguel Angel Villena. “... el británico Ken Loach ha filmado una grande historia sobre inmigrantes ilegales en Londres ... una empresaria joven y sin escrúpulos ... ‘está en línea con el espíritu de los tiempos’, Ella va perdiendo sus principios morales dentro de un sistema, de una globalización económica, que lo corrompe todo. Al final, el personaje termina utilizando a inmigrantes ilegales, no paga impuestos y solo aspira a ganar dinero. En general, cabria decir que para ganar mucho dinero hay que cometer ilegalidades.”

sas”... a mesma que justificou (e justifica?) a escravidão, o lenocínio, a droga... e *così via*... Ficamos na tautologia da obrigatoria possibilidade do imprevisível ficto.

Diante das necessidades do consumidor e das disponibilidades econômico-financeiras do “mais forte”, nada poderia figurar como “mais justo” do que o equilíbrio compensatório que sustenta a proteção do “mais fraco”, corporificado na dogmática da diferença do direito do consumidor, exponenciada a teoria da boa-fé objetiva.

5. DETERMINISMO RESPONSABILIZADOR. EXISTÊNCIA DO FATO DANOSO. IMPERCEPTIBILIDADE DA CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. OPERAÇÕES BANCÁRIAS. OPERAÇÕES DE SEGURO

Embora este seja o cenário em que se desenvolvem as relações comerciais, num percentual assustador, o fato é que há comerciantes, fornecedores e produtores, comprovadamente honestos e observadores do princípio da boa-fé objetiva.

A razão deste voto interpretativo de confiança é que, em se tratando de empreendimentos que tenham por escopo a perenidade, só através da qualidade técnica e moral se consegue mantê-los.

Um bom produtor de vinhos tem como apanágio de seu sucesso a manutenção da qualidade do material com que trabalha. Aliás, para este tipo de atividade, o passar do tempo e a permanência das características do bom produto vinícola são os sustentáculos da boa reputação e da viabilidade de lucro. O lucro não é pecado. As vinícolas promovem excursões turísticas com a finalidade de demonstrar como trabalham, desvendando – o quanto possível – os segredos e mágicas da arte.¹⁸

O negócio familiar-artesanal luta para a manutenção de sua marca ou nome comercial (de empresa), através da preservação da qualidade da produção e da fixação adequada de preços. E, na

¹⁸ A tradição de Louis Latour começa em 1731. Conceituada em todo o mundo, a Maison Louis Latour é uma das mais respeitadas na Borgonha, tendo construído sua reputação pela tradição e inovação na arte de elaborar vinhos.

parte superior da pirâmide produtora, os grandes conglomerados, os megaempreendimentos, as organizações multinacionais atuam da mesma forma, do que uma fotografia significativa é o recolhimento de exemplares saídos de suas linhas de montagem para, sem custos para o adquirente, reajustes e consertos de defeitos que ponham em risco estes valores intangíveis da dignidade e do bom nome. As diligências de *Recall*¹⁹ são comuns nos dias de hoje.

Para esses empreendimentos honestos e entusiasmados com a boa imagem de seus produtos ou serviços, a tal “ordem natural” das coisas é cruel. A manutenção da qualidade adiciona um custo extra às realizações, influenciando nos preços. Os tributos (na hipótese de veículos automotores, por exemplo, a carga tributária vai além de 30% do custo geral); as obrigações sociais (o emprego formal e regular também acrescenta significativa exasperação das despesas de um empreendimento); os gastos na aquisição de insumos, manutenção e reposição de instrumentos, bens de capital, além das despesas de instalação e de operação da atividade, como acima se expôs, tornam as iniciativas empresariais um verdadeiro vórtice no caminho do bom sucesso.

As exigências do direito regulatório, cujas agências interferem na economia interna de cada organização, impondo-lhes fórmulas de atuação, de contratação, de comportamento, exacerbam os custos e, inevitavelmente, se refletem nos preços dos produtos ou serviços.²⁰

¹⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Aurélio Século XXI*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 3. ed, 1999, p. 1.715. *Recall*. Convocação que o fabricante ou distribuidor faz ao consumidor, para retorno de produto já vendido, no qual se descobriu, posteriormente, defeito ou problema.

²⁰ Lei 9.472/97. Art. 93. O contrato de concessão indicará: I - objeto, área e prazo da concessão; II - modo, forma e condições da prestação do serviço; III - regras, critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da implantação, expansão, alteração e modernização do serviço, bem como de sua qualidade; IV - deveres relativos à universalização e à continuidade do serviço; V - o valor devido pela outorga, a forma e as condições de pagamento; VI - as condições de prorrogação, incluindo os critérios para fixação do valor; VII - as tarifas a serem cobradas dos usuários e os critérios para seu reajuste e revisão; VIII - as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; IX - *os direitos, as garantias e as obrigações dos usuários, da Agência e da concessionária*; X - *a forma da prestação de contas e da fiscalização*; XI - os bens reversíveis, se houver; XII - as condições gerais para interconexão; XIII - a obrigação

Para os campeões da decência, o direito do consumidor não poupa surpresas. Ora, o comprador de um vasilhame de azeite, recolhido das gôndolas dos supermercados, deixa-o cair e, na tentativa de afastar do caminho os perigosos detritos de vidro, escorrega e cai, ferindo-se, exigindo-se indenização; ora, o contratante acometido de grave doença ajusta seguro saúde, ocultando a patologia, que, logo à frente, exigirá exames, internações e procedimentos exorbitantemente caros; ora, o adquirente de uma realização fonográfica, percebendo que um determinado lote de cds ostenta erroneamente os indicativos das faixas e dos artistas que nele figuram, compra todo o estoque de um fornecedor, utilizando-se de familiares, vizinhos e outros “colaboradores”, para, logo adiante, reivindicar as indenizações pelo defeito do produto, o que, no mais das vezes, vem acompanhado do indefectível pedido de reparação por danos morais.

O empresário está, assim, entre duas placas de torno que se movem, comprimindo seu comportamento e atividades, nem sempre de forma justa. Os exemplos acima lançados, ao léu, foram tirados de processos e ações tradutores desta realidade inegável: rememora-se a tese de que os contratos, mesmo os de natureza consumerista, não estão dispensados da preservação do equilíbrio entre as partes deles participantes, considerando-se ato ilícito o excesso dos limites impostos pela aura de boa-fé e salvaguarda dos bons costumes, infringentes do fim econômico e social da avença, como se extrai do art. 187, do CC,²¹ aplicável subsidiariamente, em razão principiológica, aos casos do CPDC, cujo art. 7º ressalva a admissão da incidência de outros diplomas legislativos, dos princípios gerais do direito, da analogia, dos costumes e da equidade.

Theodoro Júnior, a esse respeito, ressalta a prevalência de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que

de manter, durante a execução do contrato, todas as condições de habilitação exigidas na licitação; XIV - as sanções; XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais. Parágrafo único. *O contrato será publicado resumidamente no Diário Oficial da União, como condição de sua eficácia.*

²¹ Art. 187, do Código Civil. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

sintetiza a matéria: “Nosso ordenamento jurídico, nem mesmo após o advento da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), alberga pedido de rescisão contratual baseado no próprio inadimplemento”²².

O trabalho dos juízes está inexoravelmente submetido a complicadores de interpretação e de aplicação do direito que tornam a missão de fazer justiça indizivelmente mais pesada, mais técnica, menos compreendida e respeitada.

É curioso como, em pleitos revisionais de contratos financeiros, a matéria juro é tratada sem a menor cerimônia e com surpreendente desfaçatez.

Compreende-se que os operadores do direito estejam dispensados do grau de doutores em economia ou matemática financeira. Mas não se admitem as falhas e deslizes cometidos em pedidos e mesmo em decisões completamente dissociados dos conceitos do que seja preço do dinheiro, funções da moeda, taxa de juros, anatocismo, comissão de permanência, custo de serviço, de modo a englobá-los confusamente com o intuito de fazer surgir a falácia do abuso financeiro.²³ Um outro canal de entrada para o cometi-

²² *Op. Cit.* P. 45.

²³ Trecho de decisão proferida na Apelação Cível 2007.001.25599, na 10ª Câmara Cível do TJ/RJ, tendo, como Relator, o Des. Antonio Carlos Esteves Torres: “A matéria versada nestes autos vem sendo objeto das mais acendradas disputas e, não raro ciclotímicas, como se colhe de trabalho publicado na **Revista da EMERJ**, por Marcos Cavalcante de Oliveira, as decisões judiciais podem ser comparadas àquilo que os psicólogos costumam chamar de *desordem dissociativa de identidade*, que é uma doença em que a pessoa tem dois ou mais estados de personalidade, que recorrentemente assumem o controle da consciência do indivíduo. A Capitalização de juros, ainda sob o enfoque do trabalho do especialista, obedece a prazos de apuração e prazos de pagamento, tendo-se em mira sempre que, quando se fala, por exemplo, em juros legais, a apuração deve ser de forma simples, até o seu efetivo pagamento. Mas quando a fonte da obrigação é um negócio jurídico, a manifestação da vontade prevalece na apuração e pagamento do preço do dinheiro. Assim, a obrigatoriedade de capitalização não é automática, mas sim, dependente da declaração de vontade das partes. Neste ponto, surge o episódio do refinanciamento dos juros adquiridos pelo credor que, como diz o especialista, *Ao contrário, a lógica dos juros simples pressupõe que os prazos de aquisição dos juros e seu respectivo pagamento são iguais. O devedor do mútuo paga a parcela de juros na mesma periodicidade em que eles são incorridos, ele não perde nada. Apenas cumpre sua obrigação. O credor que recebe no vencimento, por seu turno, também não tem nenhum ganho extraordinário, apenas recebe aquilo que se pactuou que lhe era devido. Mas é óbvio que, recebendo o pagamento dos juros, ele pode reaplicar o montante recebido no seu negócio e, com isso, gerará novos ganhos sobre aquele valor. Se*

mento de ilícitos em busca de ganhos fáceis é o mau uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Como se colhe dos artigos 28, do CDC, e 50, do CC,

Lei 8.078/90. Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§1º (VETADO)

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Código Civil. Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

o mutuário deixa de pagar os juros ao credor ao término do respectivo período de apuração, surge uma situação curiosa, pois o devedor poderá reinvestir o valor dos juros devidos e não pagos e o credor ficará privado dos juros já adquiridos (e pelos quais, como se verá, terá até de pagar imposto de renda). Numa situação dessas há um descompasso entre as partes, com nítido favorecimento do devedor. A capitalização dos juros é o único mecanismo capaz de restaurar o equilíbrio que surge quando o mutuário não paga os juros na mesma velocidade em que o credor os adquire.”

Essa transposição, no mais das vezes, só é admitida mediante exame da incidência das condições que a preconizam, o que, numa primeira vista, torna dificultada a manutenção da tese da responsabilidade objetiva, adotada, principiologicamente, pelo CDC. Para este particular, só dependem do exame da culpa os casos em que se envolvam sociedades coligadas, aquelas cuja participação no capital de outra é de 10% ou mais, sem relação de controle²⁴.

Seja de que forma for, os operadores do direito, no afã de recuperar os créditos de seus clientes, e alguns juízes, para tornar mais célere (apressada?) a resolução de processos, acabam por atropelar conceitos e alargar considerações jurídicas nem sempre adequadas ao deslinde do impasse. Márcio Tadeu, jovem competente jurista (e a juventude interpreta o futuro da modernidade para as dificuldades conceituais do presente), no calor de sua produção corajosa, embora admitindo a validade da tese, demonstra ressentimentos quanto ao mau uso das fórmulas de análise do fenômeno responsabilizador dos administradores, porque não "... se pode dizer o mesmo dos mecanismos através dos quais está se implementando a sua responsabilização..."²⁵.

6 - CONCLUSÕES

6.1 - A salutar abrangência do direito do consumidor - sua raiz e razão constitucional

Portanto, a convivência perfeitamente confortável de normas e princípios editados pela lei geral, Código Civil, com os do CPDC, atua no sentido de ratificar os propósitos sociais das leis e dos contratos. É natural que um diploma de vanguarda, no sentido de suplantar conhecidos obstáculos no caminho do estabelecimento da real igualdade, provoque reações e contra-reações comuns a todos os movimentos revolucionários. Mas a origem constitucional e a permanente presença de princípios só nitidamente compreen-

²⁴ Lei 6.404/76. Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 1º São coligadas as sociedades quando uma participa, com 10% (dez por cento) ou mais, do capital da outra, sem controlá-la.

²⁵ NUNES, Márcio Tadeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração da Personalidade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 428.

síveis em instâncias do direito natural auxiliam a tarefa de efetivação dos propósitos consumeristas.

6.2 - O equilíbrio do contrato

As fórmulas preservativas do equilíbrio entre os participantes de relação consumerista compensam a fraqueza do consumidor para equipará-lo, em força, ao poderoso empresariado, fornecedor ou produtor, na relação que os une. E só. Porque os profissionais do direito não podem se olvidar de que o descompasso entre as diligências equiparadoras pode fazer pender favoravelmente para os interesses do lado mais fraco a balança da injustiça.

6.3 - A proteção à parte mais fraca não desguarnece o produtor ou fornecedor de suas prerrogativas

O consumidor está tão jungido aos efeitos da boa-fé objetiva como o produtor ou fornecedor. As partes, neste particular, estão obrigadas igualmente, sem exceções. Aí reside o centro dos desafios postos ao mister de julgar. O equilíbrio a ser garantido pelo julgador não pode se render a qualquer prevalência de um lado ou do outro. Nem a superioridade técnica e econômica do fornecedor/produtor pode justificar, por si só, a tomada de posições preconcebidas contra o mais forte, nem a reconhecida vulnerabilidade do consumidor deve ser considerada como um pano de fundo invariável, a construir cenários de má interpretação jurídica.

6.4 - O abuso do direito do consumidor. A dupla face do art. 187, do Código Civil

Vê-se da leitura do art. 187, do CC, aplicável, em termos genéricos, às circunstâncias das relações consumeristas, que esta obrigação de ordem moral, materializada no direito positivo, se estende a ambas as partes da relação. É o caminho da técnica legislativa para interpretação conveniente à finalidade equiparadora entre desiguais.

As decisões judiciais, neste particular, já se demonstram pacificadas quanto à salvaguarda dos critérios de manutenção dos aspectos de equilíbrio:

Processo
RMS 8860/SP
RECURSO ORDINARIO EM MANDADO DE SEGURANÇA
1997/0060082-3

Relator(a)
Ministro DEMÓCRITO REINALDO (1095)

Órgão Julgador
T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento
06/10/1998

Data da Publicação/Fonte
DJ 30.11.1998 p. 47
LEXSTJ vol. 116 p. 99

Ementa

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CURSO DE 1º E 2º GRAUS

SUPLETIVOS. SUPERVISÃO. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS CONSUMIDORES

DEMOCRÁTICOS. FALTA DE ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS.

DENEGACÃO DA SEGURANÇA CONFIRMADA, EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO.

É de ser confirmada a decisão denegatória de segurança impetrada por sociedade civil, com a finalidade de obrigar a supervisão de curso de 1º e 2º Graus, se a recorrente, além de não comprovar a violação de direito líquido e certo, tampouco comprova a existência de ato ilegal ou que tenha sido praticado com abuso de poder.

Recurso a que se nega provimento, sem discrepância.

Processo
REsp 514080/RS
RECURSO ESPECIAL
2003/0031813-1

Relator(a)
Ministro BARROS MONTEIRO (1089)

Órgão Julgador
T4 - QUARTA TURMA
Data do Julgamento
23/09/2003
Data da Publicação/Fonte
DJ 09.12.2003 p. 292
Ementa

CONTRATO BANCÁRIO. ABERTURA DE CRÉDITO. JUROS REMUNERATÓRIOS.
APLICAÇÃO DO CDC. CONTINUIDADE NEGOCIAL. REVISÃO CONTRATUAL
POSSIBILIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO.

- Possibilidade de, havendo continuidade na relação negocial, revisarem-se as cláusulas do contrato desde a sua celebração.- “Admite-se a repetição do indébito de valores pagos em virtude de cláusulas ilegais, em razão do princípio que veda o enriquecimento injustificado do credor.” (REsp 453.782/RS, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior).

- O simples fato de o contrato estipular a taxa de juros remuneratórios acima de 12% a.a. não significa, por si só, vantagem exagerada ou abusividade. Necessidade que se evidencie, em cada caso, o abuso alegado por parte da instituição financeira. Recurso especial conhecido e provido.

Processo
AgRg no REsp 857587/PR
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2006/0066310-1
Relator(a)
Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS (1096)
Órgão Julgador
T3 - TERCEIRA TURMA
Data do Julgamento
03/12/2007
Data da Publicação/Fonte

DJ 12.12.2007 p. 417

Ementa

CARTEIRA HIPOTECÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. SÚMULA

596 DO STF.

- Nos contratos celebrados pelo sistema de carteira hipotecária livre - fora do Sistema Financeiro de Habitação (SFH) - os juros remuneratórios cobrados pela instituição financeira não se submetem às limitações da Lei da Usura.

- A restrição dos juros remuneratórios pela incidência do Código de Defesa do Consumidor depende da flagrante comprovação do abuso, verificada caso a caso.

2008.001.03167 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento: 20/02/2008 - DÉCIMA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO CLONADO. DÍVIDAS CANCELADAS. COMUNICAÇÃO DO EPISÓDIO AO CONSUMIDOR. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO SERVIÇO. REGULAR PROVIDÊNCIA DO BANCO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA DE ABALO A DIREITOS DA PERSONALIDADE. MERO DISSABOR. IMPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Já se tornou clássica a inteligência de Cavalieri, no seu Responsabilidade Civil²⁶, sobre a superestimação de incômodos variados e desprovidos de força ofensiva, para os efeitos censuráveis dos ganhos ilícitos em dissensões consumeristas:

Nessa linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamen-

²⁶ CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 6. ed., 2005, p. 105.

to psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.

6.5 - O excesso interpretativo das condições de desconstituição da personalidade jurídica

A leitura dos arts. 28, do CPDC, e 50, do CC, aponta para circunstâncias carentes de exame mais acurado, tais como abuso do direito, excesso de poder, infração da lei, desvio de finalidade e confusão patrimonial, cuja configuração só é possível mediante produção de prova. Em muitas situações, a intenção ou o desejo de ressarcimento ou de ganho ilícito transpassa os limites do significado deste instituto de inegável validade mas de perigosa aplicação. Sócios, pessoas físicas e sociedade, pessoa jurídica, mantêm, ainda, as suas diferenças estruturais e dogmáticas, só dissolvidas mediante a verificação daquelas condições descaracterizadoras da personalidade jurídica, carentes, por sem dúvida, de análise profunda e cuidadosa.

6.6 - Os poucos conhecimentos sobre juro e mecânicas financeiras

Não fora a má-fé dos que se aproveitam da diferença entre fornecedores e consumidores, para a adoção de piegas e chantagista da filosofia para propósitos censuráveis, consciente ou inconscientemente, muitos argumentos se apóiam em conceitos e definições sobre juro e mecânicas financeiras para vergastar as entidades que operam neste campo delicado. É comum dar-se configuração de crime ao anatocismo, tal a carga negativa que o vocábulo produz. No entanto, e ainda mais diante da vigência da Medida Provi-

sória nº 2.170-36/2001²⁷, o cômputo de juros sobre juros, mesmo mensalmente, é admitido. Idêntico mecanismo é utilizado para as cadernetas de Poupança. Quanto a estas últimas, não há reclamações dos poupadores ...

Não é recomendável olvidar a extirpação da celeuma sobre a limitação dos juros a 12%, do art. 193, da Lei Maior. Insustentável, diante da realidade filosófica e negocial dos anseios da sociedade:

Com a promulgação da Constituição de 1988 surgiu o art. 192 da Constituição, cujo § 3º pretendia limitar os “juros reais” a 12% ao ano.

Desde cedo, os melhores doutrinadores brasileiros se manifestaram contra este dispositivo e afirmaram sua ineficácia enquanto não fosse regulamentado.

.....
No meio do debate, o Presidente da República publicou um despacho aprovando Parecer do Consultor-Geral da República, que entendia que o mencionado § 3º do art. 192 da CF não seria auto-aplicável e, conseqüentemente, deveriam ser cumpridas as normas anteriormente editadas quanto ao SFN, até que este viesse a ser regulado pela futura lei complementar. Na mesma linha de entendimento, o Banco central do Brasil baixou a Circular nº 1.365, de 6 de outubro de 1988, informando às instituições financeiras que: “As operações ativas, passivas e acessórias das instituições financeiras e demais entidades sujeitas à autorização de funcionamento e fiscalização por parte do Banco central do Brasil permanecerão sujeitas ao regime das Leis nº 4.595, de 31.12.64, 4.728, de 14.7.65, 6.385, de 7.12.76, e demais disposições legais e regulamentares vigentes.”

²⁷ Medida Provisória nº 2.170-36/2001. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Dispõe sobre a administração dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, consolida e atualiza a legislação pertinente ao assunto e dá outras providências. Art. 5º Nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano.

.....
Não obstante isso, algumas decisões dos tribunais estaduais insistiam na tese da limitação dos juros das operações do mercado financeiro a 12% a.a., pelo que o Supremo Tribunal Federal, em 24 de setembro de 2003, veio a editar a Súmula nº 648, que diz: “A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar.”²⁸

Nesta esteira,
Finalmente, depois de tantas e tão vaiadas manifestações, o entendimento mais recente dos tribunais tem convergido para a orientação do Supremo Tribunal Federal, como se vê nos exemplos abaixo:

Superior Tribunal de Justiça: AgRg. no REsp. nº 540.881-RS, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, publicado no DJ em 08.11.2004(p.239): “A Lei de Usura não se aplica às instituições financeiras, de sorte que não há abusividade apenas porque cobrada do mutuário taxa superior a 12% ao ano. Aplicação da jurisprudência uniformizada da 2ª Seção (REsp. nº 407.097/RS, Rel. p/acórdão Min. Ari Pargendler, DJU DE 29.09.2009)”.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: Apelação Cível nº 2004.001.26373, rel. Des. Humberto de Mendonça Manes, 5ª Câmara Cível, julgado em 09.11.2004: “Contrato bancário. Juros. Com o advento da Lei nº 4.595/64, revogou-se a Lei de Usura na parte em que limitava a taxa dos juros de mútuos celebrados por instituições financeiras e, com a falta de regulamentação da norma do § 3º do art. 192 da CF, assentou-se o entendimento de que a sua fixação ocorre e conforma o mercado (Súmula nº 596 do STF). Confirmação,

²⁸ OLIVEIRA, Marcos Cavalcante. *Moeda, Juros e Instituições Financeiras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 381, 382, 383.

*em apelação, da sentença indeferitória do pedido revisional da taxa de juros.*²⁹

Um outro aspecto de freqüente ocorrência nos julgados nacionais é o que se refere aos problemas advindos do uso de má-fé subjetiva por parte de segurados e beneficiários que omitem, quando do contrato inicial, a existência de quadro patológico em estado avançado e que figura como o estímulo único para a contratação. No mais das vezes, cientes de que não de despendem quantias de alto valor para a obtenção de tratamentos sofisticados, os segurados passam a tentar as intervenções médicas prescritas, não como o resultado natural da álea caracterizadora dos contratos de seguro, mas sim, como fator pretérito, perfeito e acabado, a necessitar de cuidados médicos efetivos e indispensáveis, ao estilo das avenças de prestação de serviço, com a inevitável contraprestação pelo atuar médico.

As operadoras de planos de saúde, a despeito de se equivocarem em ocasiões já constantes dos repertórios jurisprudenciais, como nas hipóteses de uso incontornável de próteses cardíacas, ainda não conseguiram equacionar os impasses deste jaez, dando margem a uma alentada cadeia jurisprudencial em desfavor da tese preservadora de itens de exclusão de serviços e produtos:

DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. INCIDÊNCIA DO CDC.

PRÓTESE NECESSÁRIA À CIRURGIA DE ANGIOPLASTIA. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE “STENTS” DA COBERTURA SECURITÁRIA. DANO MORAL CONFIGURADO. MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS.

- Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa

²⁹ *Idem, ibidem.* P. 384

de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada.

- A quantia de R\$ 5.000,00, considerando os contornos específicos do litígio, em que se discute a ilegalidade da recusa de cobrir o valor de “stents” utilizados em angioplastia, não compensa de forma adequada os danos morais. Condenação majorada.

Recurso especial não conhecido e recurso especial adesivo conhecido e provido.

(REsp 986.947/RN, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11.03.2008, DJ 26.03.2008 p. 1)

PLANO DE SAÚDE - ANGIOPLASTIA CORONARIANA - COLOCAÇÃO DE STENT - POSSIBILIDADE.

- É abusiva a cláusula contratual que exclui de cobertura a colocação de stent, quando este é necessário ao bom êxito do procedimento cirúrgico coberto pelo plano de saúde.

(REsp 896.247/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 21.11.2006, DJ 18.12.2006 p. 399)

No entanto:

2006.001.61468 - APELACAO CIVEL

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento: 06/02/2007 - PRIMEIRA CAMARA CIVEL

PLANO DE SAÚDE. PRÓTESE. CONCEITO ESTRITO. INDISPENSABILIDADE. CONTRATO COM CLÁUSULA DE NÃO ACEITAÇÃO. INADMISSIBILIDADE EM CASOS ESPECÍFICOS. TESE JURÍDICA DISCUTÍVEL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DA DECISÃO. IMPROVIMENTO DO PRIMEIRO RECURSO. PROVIMENTO PARCIAL DO SEGUNDO.

2007.001.02428 - APELAÇÃO CÍVEL

DES. ANTONIO CARLOS ESTEVES TORRES - Julgamento:
06/03/2007 - PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL

PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA EXCLUSIVA DE PRÓTESE. ABUSIVIDADE INDUTIVA DE NULIDADE. NECESSIDADE INTRÍNSECA DA IMPLANTAÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. IMPROVIMENTO DO APELO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

6.7 - O papel social do bom empresário e o do mau empresário

Nem sempre o empresário é aquela figura covarde que se aproveita da fraqueza do consumidor e utiliza-se de meios fraudulentos para a consecução do lucro ilícito. Há os bons empreendedores que, desejando manter a reputação de seu negócio, sabem perfeitamente que só se atingirá esse objetivo, preservando-se a qualidade do que se produz e a dignidade do comportamento. Os que assim não pensam, no mais das vezes, ficam pelo meio do caminho e destroem a imagem e as oportunidades. Acabam com a vida. Não duram muito. É bem como adverte Max Weber em clássica passagem sobre o mercado:

*A garantia da legalidade do parceiro na troca baseia-se, em última instância, no pressuposto, geralmente feito com razão por ambas as partes, de que cada um dos dois esteja interessado também no futuro na continuação das relações de troca, seja com este parceiro, seja com outros, e de que por isso cumprirá as promessas dadas e evitará pelo menos violações graves da boa-fé. Desde que haja semelhante interesse, vale a máxima: honesty is the best policy ...*³⁰

6.8 - A separação do joio do trigo. A função judicante

Nesta espécie de abordagem, a separação do joio e do trigo é a função mais importante do magistrado, que tem que estar preparado para apreciar estes valores e aplicar as normas e prin-

³⁰ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa; ver Téc. De gabriel Cohn. Brasília: Universidade de Brasília, 3. ed., 2000, p. 420.

cípios que lhe sejam correspondentes, não se deixando levar pela falsa impressão ideológica de que o consumidor tem razão sempre, invariavelmente. Quem tem razão sempre é o cliente, que mantenha a compostura incensurável dos homens de bem, evitando o emprego de expedientes desonestos e aproveitadores, via de abuso de direito perpetrado pelo consumidor, como parte vulnerável.

Esta é a mensagem da manifestação. 📄

Certidão de Nascimento e Segurança Jurídica

Rogério de Oliveira Souza
Desembargador do TJRJ

Dispõe o artigo 2º do Código Civil que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”. A vida é a prova da própria existência física da pessoa humana, mas a prova jurídica de sua existência decorre da certidão de nascimento. A certidão de nascimento é o documento jurídico que atesta a existência física da pessoa, isto é, sua existência no mundo do direito. A certidão de nascimento seria como um verdadeiro “passaporte” da pessoa que provém do mundo dos fatos (“nascimento com vida”) e ingressa no mundo jurídico (“pessoa natural”). Se o simples fato do nascimento prova a existência da pessoa, o registro do próprio nascimento em assento público é imperativo legal, sendo cogente e indeclinável (CC, 9º).

A importância da certidão de nascimento como documento jurídico primário é singular e de múltiplos aspectos.

A certidão de nascimento define a própria nacionalidade da pessoa, lhe garantindo direitos fundamentais na ordem jurídica nacional (CF, 1º, III e 5º), tendo como fundamento de fato o lugar do nascimento (Lei 6.015/73, 50). Por ser de extrema importância jurídica, a própria Constituição dispõe que o registro civil de nascimento será gratuito aos reconhecidamente pobres (CF, 5º, LXXVI e art. 30 da Lei 6.015/73).

A partir da certidão de nascimento, serão lavrados os demais documentos de cidadania da pessoa, tais como: certidão de casamento, carteira de trabalho, certificado militar, inscrição como contribuinte e, finalmente, certidão de óbito.

A importância da certidão de nascimento, no entanto, não condiz com a completa falta de segurança do documento que a

representa, ensejando inúmeras oportunidades para a sua falsificação e mau uso pela própria pessoa ou por terceiros.

Esta insegurança pode ser analisada sob três aspectos: material, ideológico e jurídico.

A certidão, como sói acontecer ainda em pleno século XXI, é lavrada em documento de papel, sem qualquer outra exigência quanto à sua higidez material. Embora contenha todos os dados essenciais para a identificação da pessoa (Lei 6.015/73, art. 54), a certidão, enquanto documento, é despida de qualquer medida de segurança no que tange a sua própria confecção e existência física, cabendo ao seu portador toda a diligência quanto à sua guarda e manutenção apropriada.

A Lei de Registros dispõe apenas que “as certidões extraídas dos registros públicos deverão ser fornecidas em papel e mediante escrita que permitam a sua reprodução por fotocópia, ou outro processo equivalente” (art. 19, § 5º). Não trata, em um único artigo, de medidas de segurança quanto ao seu repositório material.

Além de sua existência precária, a certidão de nascimento também não apresenta nenhum sistema de segurança quanto aos próprios dados nela inseridos (insegurança ideológica). A presunção legal da veracidade dos dados decorre do fato de que a certidão emanou de um registro público que, por ser público, tem fé pública. Dispõe o CPC que “o documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o funcionário declarar que ocorreram em sua presença” (art. 364). Logo, a única garantia de que a certidão de nascimento reproduz fatos verdadeiros (isto é, que realmente existem, são reais), advém não apenas de sua qualidade (instrumento público), mas também de que os dados nela constantes foram lançados por oficial público. As “declarações” feitas pelo oficial público são consideradas verdadeiras porque o mesmo tem fé pública, ou seja, são verdades até que se prove o contrário pela parte interessada. A fé pública da certidão é elemento imanente a ela própria tão apenas por ser certidão de nascimento pública.

A fragilidade da segurança jurídica é evidente e decorre não apenas da fraqueza do próprio documento em que repousa a cer-

tidão (papel), como também da presunção legal da veracidade de seus dados. Na era da informatização da informação, qualquer um pode confeccionar uma certidão de nascimento, passando-se por oficial público.

Desta forma, com base em elementos tão frágeis, as possibilidades de falsificação da certidão de nascimento são evidentes, gerando conseqüências graves não apenas para o seu legítimo portador, como também para toda a sociedade que tratar com o adulterador.

O terceiro aspecto que expõe a falta de segurança da certidão de nascimento é o fato de que, em um país de natureza continental e federativo como Brasil, não existe um órgão centralizador que emita a certidão de nascimento, cabendo tal mister às entidades federadas (Estados-membros). Isto possibilita a existência de uma série de órgãos e organismos que dispõem do poder de criar e emitir as certidões de nascimento no âmbito dos respectivos estados, fazendo com que a homogeneidade da forma ceda ao estilo de cada um. As possibilidades de falsificação aumentam em nível assustador.

Os órgãos de segurança do Estado estão mais preocupados com a segurança dos documentos secundários (que decorrem da certidão de nascimento), sem atentarem para o fato inicial da segurança do próprio documento que dá origem a todos os demais. Se a fonte inicial não é alvo de qualquer medida de segurança em seu tríplice aspecto (material e ideológico e jurídico), é possível que todos os demais documentos que se originam da certidão de nascimento venham também a ser contaminados por falsidade.

Sabe-se que os departamentos de trânsito despendem enormes quantias na implantação de sistemas de segurança e controle das carteiras de habilitação (marcas d'água, filetes, etc.), mas cometem o mesmo equívoco básico, pois tais carteiras têm, como assento inicial, a frágil certidão de nascimento (que deu origem à carteira de identidade).

O problema é atual e preocupante, pois o uso de documentos falsos em todo o país é alarmante. Além de causar prejuízos para os legítimos detentores daqueles dados, possibilitam a abertura de

empresas fantasmas, movimentação de milhões na rede bancária, expedição de passaporte e tudo o mais. Se o próprio documento que dá existência jurídica a qualquer pessoa não dispõe de condições mínimas de garantias quanto à sua higidez, toda a sociedade está assentada em pilares muito tênues quanto à sua própria segurança jurídica.

Não basta tomar medidas junto aos órgãos de emissão de carteiras de identidade se o documento sobre o qual se baseiam todas as informações acerca da “identidade” da pessoa não se apresenta material e ideologicamente hígido para tal fim. Se o funcionário público encarregado da emissão de documento de identidade não pode averiguar se aquela certidão de nascimento é verdadeira ou não, limitando-se a verificar sua natureza e forma de documento público, toda a segurança do sistema é posta a prova e evidentemente falha.

A Lei 7.116 de 29.08.1983, que dispôs sobre a emissão de carteiras de identidade, estabeleceu em seu artigo 2º que tais documentos teriam como base informativa as certidões de nascimento, proibindo a exigência de qualquer outro documento, salvo a certidão de casamento (que também tem suporte na certidão de nascimento). O artigo 8º da Lei diz que a carteira de identidade seria expedida “com base no processo de identificação datiloscópica”, dando a entender que a pessoa seria identificada fisicamente, além dos dados constantes na própria certidão de nascimento. No entanto, tal medida não supre as deficiências materiais e ideológicas da certidão em si, visto que a identificação datiloscópica tem natureza física e não jurídica; uma vez colhidos os dados datiloscópicos do indivíduo, a sua identificação jurídica (nome, sexo, filiação, idade) decorrerá, como sempre, do primeiro documento de identidade civil, que é a certidão de nascimento. As deficiências de segurança permanecem intocáveis.

Posteriormente, a Lei 9.454 de 07.04.1997 instituiu o número único de registro de identidade civil, com validade em todo o território nacional e centralizado por órgão nacional (“Cadastro Nacional de Registro de Identificação Civil”), com representação a nível regional e local. A lei dispôs, em seu artigo 6º, que “no

prazo máximo de cinco anos da promulgação desta Lei, perderão a validade todos os documentos de identificação que estiverem em desacordo com ela”. A medida não se concretizou e a lei, tampouco, recebeu a devida regulamentação. Mas, ao que parece, o legislador despertou para a completa incongruência jurídica de se ter diversos órgãos regionais com poder para a emissão de carteiras de identidade, facilitando as fraudes. É de se esperar que o decreto regulamentador disponha sobre medidas sérias de segurança deste “documento único” de identificação, sob pena de se avançar poucos passos na questão.

As autoridades encarregadas do setor devem atentar para a importância do problema e ensejar soluções que garantam uma existência segura quanto ao documento em si e que o mesmo seja ideologicamente hígido quanto aos seus dados. A criação de uma identificação única do cidadão parece indicar preocupação neste sentido, mas se o documento for lavrado em simples folha de papel, sem medidas de segurança intrínsecas quanto à sua conservação, autenticidade e validade, o problema persistirá. 📄

Constitucionalismo no Brasil 1988-2008¹⁻²

Antonio Sebastião de Lima

Magistrado aposentado (RJ). Mestre em Ciências Jurídicas. Professor de Direito Constitucional

I. INTRODUÇÃO

A notáveis mudanças na Europa Oriental, nas duas últimas décadas do século XX, refletiram-se no mundo ocidental. Mikhail Gorbachev iniciou a reestruturação política e econômica da URSS (*perestroika*) como semente da paz mundial (1985). Hungria, Polônia, Bulgária, Tchecoslováquia e Romênia romperam os vínculos políticos com a URSS (1989). O muro de Berlim veio abaixo (09/11/1989) e a Alemanha se reunifica (1990). Armênia, Bielorrússia, Casaquistão, Estônia, Geórgia, Letônia, Lituânia, Moldávia,

¹ Os períodos de 1822-1929, 1930-1945 e 1946-1987 foram publicados na *Revista da Emerj* de nº 39, 41 e 42.

² Obras visitadas: *Constituição Federal* (4 em 1), São Paulo, Saraiva, 2007; *Carta das Nações Unidas*, Porto Alegre, Livraria Sulina, 1968; *Las Constituciones Europeas* (Mariano Daranas Pelaéz), Madri, Editora Nacional, 1979; *Textos Históricos do Direito Constitucional* (Jorge Miranda Lisboa, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1980; *A Constituição norte-americana e seu significado atual* (Edward S. Corwin), Rio, Jorge Zahar Editor, 1986; *Estudos Políticos* (Raymond Aron) Brasília, Universidade de Brasília, 1985; *Regimento Interno da Câmara dos Deputados*, Brasília, Coordenação de Publicações, 2003; *Manual de Elaboração Legislativa* (Elanita Maria Lima Corrêa e/os) Brasília, Câmara dos Deputados, 2002; *O Povo Brasileiro* (Darcy Ribeiro) São Paulo, Companhia das Letras, 1995; *História da Sociedade Brasileira* (Francisco Alencar e/os) Rio, Ao Livro Técnico, 1985; *História das Sociedades* (Rubim S. L. Aquino e/os) Rio, Ao Livro Técnico, 1988; *Perestroika* (Mikhail Gorbachev) São Paulo, Best Seller, 1987; *História da Guerra Fria* (John Lewis Gaddis) Rio, Nova Fronteira, 2006; *A era da turbulência* (Alan Greenspan), Rio, Elsevier, 2008; *O bonde das oportunidades na China* (Luiz Augusto de Castro Neves) Rio, Jornal *O Globo*, 1º cad., p. 7, 12.08.2007; *O Sistema Constitucional Brasileiro* (Fernando W. da Cunha) Rio, Espaço Jurídico, 1996; *Teoria do Estado e da Constituição* (Antonio S. de Lima) Rio, Freitas Bastos, 1998; *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* (Pinto Ferreira) São Paulo, RT, 1971.

Rússia e Ucrânia desvinculam-se da federação soviética. Gorbahev assina o decreto de dissolução da URSS (dezembro/1991). Perde eficácia a ata final da Conferência de Helsínque que, em 1974, fixara as fronteiras europeias. A guerra fria chega ao fim. Disto se aproveitou o governo Reagan para estabelecer uma nova ordem mundial em sintonia com os interesses dos EUA, induzindo a globalização da economia. Ao argumentar com o fracasso do socialismo democrático, Margareth Thatcher, na chefia do governo da Inglaterra, adota política conservadora e substitui o Estado do Bem-Estar pelo Estado Liberal, o que implicou em privatização, desregulamentação e estímulo à iniciativa privada. A onda neoliberal leva de cambulhada países do terceiro mundo, inclusive o Brasil. O Mercado Comum Europeu evolui para a União Européia que, com vistas ao próprio fortalecimento, cria moeda (Euro,1999) e elabora projeto de Constituição.

Nessa quadra da história, as autocracias de direita, no continente americano, perderam serventia para o governo dos EUA. Apesar disso, a extrema direita, no Brasil, reagia à distensão política que seria concluída no governo Figueiredo (1980-1985). No Riocentro, espaço localizado na Zona Oeste da cidade do Rio de Janeiro, onde multidão assistia a espetáculo artístico, bomba explodiu acidentalmente no interior do automóvel ocupado pelos terroristas, frustrando os planos daqueles que pretendiam culpar os opositores e endurecer novamente o regime político (1982). O movimento social denominado *Diretas Já*, que pleiteava eleições diretas para a chefia do governo, obteve amplo apoio da população urbana, realizou passeata e comício de centenas de milhares de pessoas no Rio de Janeiro (1984). A EC 26/1985 à Carta de 1967 atribuiu poderes constituintes aos parlamentares que fossem eleitos em 1986. Desse modo, instalou-se a Assembléia Nacional Constituinte (ANC) em 11/02/1987 com representantes de todas as correntes políticas, inclusive senadores eleitos por colégio eleitoral no regime anterior e, por isso mesmo, apelidados de “biônicos”. A ANC funcionou com duas comissões genéricas - sistematização e redação - e várias comissões temáticas. O trabalho constituinte durou 20 meses. Depois de aprovado, o texto foi modificado por alguns

parlamentares em eclesial gabinete e promulgado sem que retornasse ao plenário da ANC para conhecimento e votação dos pares (05/10/1988).

II. CONSTITUIÇÃO DE 1988

1. Corte anatômico

O texto constitucional obedece à técnica de elaboração legislativa. Assim, o conteúdo vem distribuído em preâmbulo, princípios, objetivos, declaração de direitos, regras de organização e disposições gerais. Divide-se em títulos, capítulos, seções, subseções, artigos, parágrafos, incisos e alíneas. Alguns dos 250 artigos foram desdobrados, com acréscimos de letras. O elogio ao tipo sintético da Constituição dos EUA merece tempero. O que ali consta como artigos corresponde a capítulos na Constituição brasileira. Os 7 artigos daquela Constituição (1787) equivalem a 7 *capítulos* da Constituição do Brasil. Incluídas as 10 emendas de 1789, o texto norte-americano corresponderia a 77 artigos na técnica brasileira.

No *preâmbulo*, o legislador constituinte expôs os *valores essenciais* da civilização brasileira. Tais valores orientam a interpretação e aplicação das normas jurídicas. No *título primeiro*, o legislador lançou os *princípios e objetivos fundamentais* do Estado brasileiro, pilares da vida política, econômica e social da nação, que informam o ordenamento jurídico e condicionam a atividade legislativa, administrativa e judiciária. No *título segundo*, vem a garantia genérica de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, a seguir, em 78 incisos, a especificação desses direitos. Pela primeira vez, na história do Brasil, a declaração de direitos antecede a organização do Estado no texto constitucional, a indicar a precedência da liberdade em face da autoridade, reflexo do espírito de reconstrução democrática que animava a Assembléia Nacional Constituinte (ANC). Nos *títulos terceiro e quarto*, vem desenhado o modelo federativo de Estado, que é traçada a organização dos Poderes nos moldes democráticos, reconhecidos como essenciais à Justiça o Ministério Público, a Defensoria Pública, Advocacia Pública (consultora e assessora do Poder Executivo), a advocacia privada

e a inviolabilidade do advogado no exercício da profissão. Nos *títulos quinto e sexto*, vêm disciplinados: (i) *estado de defesa*, para preservar ou restabelecer a ordem pública ou a paz social; *estado de sítio*, para atender os casos de comoção grave, de declaração de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira; *forças armadas*, destinadas à defesa da pátria, da lei e da ordem e à garantia dos poderes constitucionais; *segurança pública*, organizada para preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio; (ii) sistema tributário e finanças públicas; competência exclusiva do Banco Central para emitir moeda; plano plurianual, diretrizes orçamentárias e orçamentos anuais. Nos *títulos sétimo e oitavo*, o legislador constituinte articulou: (i) a ordem econômica e financeira, lançando os princípios gerais da atividade econômica, da política urbana e rural e do sistema financeiro nacional; (ii) a ordem social, dispondo sobre meio ambiente, comunicação, ciência, tecnologia, seguridade, educação, cultura, desporto, família, criança, adolescente, idoso e índios. No *título nono*, as disposições gerais sobre: (i) criação de novos Estados; (ii) serviços notariais e de registro; (iii) fiscalização e controle do comércio exterior; (iv) venda e revenda de combustíveis; (v) expropriação de glebas por cultivo de plantas psicotrópicas; (vi) adequação, aos deficientes, dos logradouros, edifícios de uso público e veículos de transporte coletivo; (vii) assistência aos herdeiros e dependentes carentes das vítimas de crime doloso; (viii) PIS/PASEP, além de outras matérias.

Em apenso à Constituição, o legislador constituinte promulgou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com as seguintes decisões: (i) *anistiou* os atingidos por atos de exceção no regime anterior e restabeleceu os respectivos direitos com efeito retroativo; (ii) *reconheceu* o direito à reparação econômica aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica; (iii) *assinou* prazo para: (a) Estados e Municípios votarem suas Constituições e leis orgânicas, adequando-se à Constituição Federal; (b) entrada em vigor do novo sistema tributário; (c) elaboração do código de defesa do consumidor; (d) demarcação das terras indígenas; (iv) *criou* o Estado do Tocantins e o integrou à Região Norte; (v) *transformou* em Estados federados os

territórios de Roraima e Amapá; (vi) *reintegrou* o território federal de Fernando de Noronha ao Estado de Pernambuco; (vii) *permitiu* o parcelamento e a cessão dos créditos de precatórios judiciais; (viii) *orientou* a regulamentação dos fundos de participação, das alíquotas de tributos e da distribuição da arrecadação; (ix) *limitou* os gastos com pessoal; (x) *manteve* as concessões de serviços públicos de telecomunicações e a Zona Franca de Manaus; (xi) *assegurou direitos*: (a) aos ex-combatentes que participaram de operações bélicas durante a segunda guerra mundial, (b) aos seringueiros, (c) às comunidades dos quilombos; (xii) *criou fundos*: (a) de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério, (b) Social de Emergência, a vigorar de 1994 a 1999, para sanear finanças e estabilizar a economia, (c) de Combate e Erradicação da Pobreza, a vigorar até 2010; (xiii) *estabeleceu normas* sobre: (a) Poder Judiciário e Ministério Público, (b) lavra de minerais, jazidas, (c) irrigação e política agrícola, (d) revisão de doações, vendas e concessões de terras públicas com área superior a 3.000 hectares, (e) contribuição sobre movimentação financeira a vigorar por dois anos, (f) serviço nacional de aprendizagem rural e distribuição de recursos ao ensino fundamental pelos Estados, DF e Municípios, (h) assuntos previdenciários e outros.

Obedecendo ao comando do ADCT, os presidentes da República e do Supremo Tribunal Federal e os membros do Congresso Nacional, em sessão solene, prestaram compromisso de manter, defender e cumprir a nova Constituição (05/10/1988). Na data prevista no ADCT, realizou-se o plebiscito. O povo escolheu a república e o presidencialismo; rejeitou a monarquia e o parlamentarismo. Decorrido o primeiro quinquênio de vigência da nova Constituição, procedeu-se à *revisão constitucional* determinada no ADCT. Foram acrescentados artigos: (1) ao próprio ADCT, instituindo o Fundo Social de Emergência; (2) ao texto constitucional: (i) estendendo a titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República, a obrigação de comparecerem ao Legislativo quando convocados, ou de prestarem informações por escrito quando solicitado; (ii) incluindo: (a) a probidade administrativa e a moralidade, nos requisitos para o exercício de mandato eletivo, (b) a vida

pregressa do candidato a cargo eletivo, na aferição da sua idoneidade; (iii) reduzindo o mandato presidencial de 5 para 4 anos; (iv) atribuindo efeito suspensivo à renúncia de parlamentar submetido a processo do qual possa resultar perda do mandato.

2. Emendas inconstitucionais

Em 20 anos de vigência, a Constituição recebeu 6 emendas de revisão e 56 emendas de reforma. Facções vencidas na ANC chegaram ao Poder e, a partir do governo Cardoso inclusive, amoldaram a Constituição às idéias neoliberais. As emendas: (i) *alteraram*: (a) os sistemas previdenciário, tributário, financeiro, do ensino e da administração pública, (b) as regras dos juros, medidas provisórias, contribuições de intervenção no domínio econômico, reunião do Congresso Nacional e contratação de agentes comunitários de saúde e combate às endemias; (ii) *autorizaram*: (a) instauração de ação penal contra parlamentar sem licença da Casa, (b) reeleição do chefe de governo, (c) participação de pessoas jurídicas no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e audiovisual, (d) admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros nas universidades; (iii) *criaram*: (a) o Ministério da Defesa; (b) o Plano Nacional de Cultura, (c) juizados especiais na Justiça Federal, (iv) *reformaram* o Poder Judiciário; (v) *favoreceram* as pequenas empresas; (vi) *deram autonomia* às instituições de pesquisa científica; (viii) *estabeleceram* limites às despesas da Câmara Municipal e contribuições para custeio do serviço municipal de iluminação; (ix) *elevaram* o quantitativo de recursos a ser entregue pela União ao Fundo de Participação dos Municípios; (x) *prorrogaram* o prazo de desvinculação de órgão, fundo ou despesa, de 20% da arrecadação de tributos da União; (xi) *excluíram* do monopólio da União a produção, circulação e uso de radioisótopos para fim médico, agrícola e industrial; (xii) *desvincularam* as candidaturas a cargos eletivos e outorgaram, aos partidos, liberdade de escolha das coligações; (xiii) *garantiram* o registro, nos consulados, de brasileiros nascidos no exterior.

Inúmeras emendas complementam ou regulam a alteração por elas introduzida no texto constitucional (EC 8, 9, 17, 19, 20,

24, 32, 33, 41/42, 45, 47, 51, 55). Ora, tais preceitos têm seu lugar próprio no processo legislativo das leis complementares e das leis ordinárias, o qual exige participação do presidente da República (iniciativa, veto, sanção, promulgação, publicação). Logo, as emendas estão constitucionalmente viciadas. Ao subtraírem da sanção presidencial aqueles preceitos, os parlamentares desvirtuaram a emenda; usaram-na tanto para matéria de legislação ordinária, como para matéria de exclusiva competência do legislador constituinte, do que serve de exemplo a reforma do Poder Judiciário. Tendo em vista a independência e harmonia dos Poderes, a citada reforma não podia ocorrer pelo processo legislativo de emenda. A independência de um Poder Constituído se esvai quando a sua organização fica ao arbítrio de outro Poder Constituído. Somente a uma assembléia constituinte revisora cabe reformar os Poderes da República (CF 60, 4º, III).

O caráter transitório e autônomo do ADCT importa em fixidez dos seus preceitos até a exaustão da vigência de cada um, segundo a vontade soberana do legislador constituinte. A autoridade constituída não pode deixar de fazer o que a autoridade constituinte determinou. O obrigado não pode, unilateralmente, modificar a obrigação e ampliar benefícios. A autoridade constituída emendou, abusivamente, o ADCT: EC 2, 14, 17, 21, 27, 29/31, 37/38, 40/43, 53/54, 56. O processo legislativo das *emendas à Constituição* é forma de mudança do documento promulgado pela ANC como Constituição da República Federativa do Brasil. O ADCT não integra esse documento. Elaborado e assinado em separado, ficou excluído do processo legislativo das emendas à Constituição. Esta contém regras permanentes e funciona como fator de estabilidade social. Aquele contém regras conjunturais e funciona como regulador de situações transitórias que a autoridade constituída tem a obrigação de atender.

3. Direitos e garantias

A ANC organizou uma república federativa laica, com sistema democrático representativo presidencialista e separação dos Poderes, alicerçada na justiça, no desenvolvimento, no bem-estar, nos

direitos individuais e sociais (vida, liberdade, igualdade, segurança, propriedade, trabalho, educação, saúde, moradia, lazer, previdência social, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados) como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias na ordem interna e internacional. Como fundamentos do Estado brasileiro, a ANC adotou a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Traçou os seguintes objetivos fundamentais: (i) construir uma sociedade livre, justa e solidária; (ii) garantir o desenvolvimento nacional; (iii) erradicar a pobreza e a marginalização; (iv) reduzir as desigualdades sociais e regionais; (v) promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, e quaisquer outras formas de discriminação. Quanto às relações internacionais, firmou os seguintes princípios: independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção, igualdade entre os Estados; defesa da paz, solução pacífica dos conflitos, repúdio ao terrorismo e ao racismo; cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político; integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, com o propósito de formar uma comunidade latino-americana de nações.

A ANC decidiu: (i) abolir a censura; (ii) reconhecer autonomia ao dano moral; (iii) admitir o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular, o sufrágio universal, o voto direto e secreto, como instrumentos da soberania popular; (iv) arrolar as hipóteses de aquisição e perda da nacionalidade brasileira; (v) atribuir cidadania ativa aos analfabetos e aos adolescentes com idade superior a 16 anos e excluir os conscritos e os estrangeiros; (vi) declarar obrigatórios o alistamento eleitoral e o voto para brasileiros de 18 a 70 anos de idade; (vii) estabelecer como condição de elegibilidade: cidadania brasileira, exercício pleno dos direitos políticos, domicílio eleitoral, filiação partidária, idade compatível com o cargo (a idoneidade moral do candidato foi incluída na revisão constitucional); (viii) vedou candidatura a cargo eletivo ao analfabeto e

ao inalistável; (ix) discriminou os casos de perda e suspensão dos direitos políticos: naturalização cancelada, incapacidade civil absoluta, improbidade administrativa, condenação criminal, recusa de cumprir obrigação ou prestação alternativa a todos imposta; (x) assegurou autonomia aos partidos políticos, disciplinou a fusão, incorporação e extinção dos partidos e proibiu o uso de organização paramilitar.

A Constituição admite direitos e garantias implícitos, decorrentes dos princípios e do regime que adota e dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte. Os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional foram equiparados a emendas constitucionais. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais são de aplicação imediata. Homem e mulher são iguais em direitos e obrigações. Todos são iguais perante a lei. Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei, nem submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante. A Constituição assegura: (1) *a liberdade*: (i) de manifestação do pensamento; (ii) de consciência e de crença; (iii) de comunicação e expressão da atividade intelectual, artística e científica; (iv) de exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; (v) de locomoção no território nacional; (vi) de reunião pacífica sem armas em locais abertos ao público; (vii) de associação para fins lícitos; (2) *a inviolabilidade*: (i) do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; (ii) da casa, da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas; (iii) do sigilo: (a) de correspondência; (b) das comunicações telegráficas e de dados; (c) das comunicações telefônicas; (d) da fonte de informações; (3) *o direito*: (i) do consumidor; (ii) de propriedade e de herança; (iii) dos autores à utilização, publicação ou reprodução das suas obras. A propriedade tem função social, sendo permitida desapropriação por necessidade, utilidade pública ou interesse social. A propriedade particular pode ser usada pelo Estado em caso de perigo público iminente. A pequena propriedade rural está livre de penhora, desde que trabalhada pela família do devedor e o débito decorra da atividade produtiva. A sucessão de bens de estrangeiro situados

no país será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge e dos filhos brasileiros, sempre que lei pessoal do *de cujus* não lhes seja mais favorável.

Nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Poder Judiciário. O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita a quem comprovar insuficiência de recursos. A conduta de alguém só será tipificada como criminosa se houver lei anterior que a defina como tal. Não haverá pena sem prévia cominação legal. O legislador constituinte vedou: (i) juízo ou tribunal de exceção; (ii) retroatividade da lei penal; (iii) penas de morte, perpétua, trabalhos forçados, banimento ou cruéis; (iv) extradição de brasileiro. Até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ninguém será considerado culpado. A pena não passará da pessoa do condenado e será cumprida em estabelecimento distinto, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do sentenciado. A Constituição admite as seguintes penas: privação total ou parcial da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos. Lei ordinária poderá fixar outras penas. O legislador constituinte considerou: (i) crimes inafiançáveis e imprescritíveis: a prática do racismo e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático; (ii) *crimes inafiançáveis, insuscetíveis de graça ou anistia*: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os qualificados como hediondos. Ao júri popular compete julgar os crimes dolosos contra a vida, com plenitude de defesa, sigilo na votação dos jurados e soberania do veredicto. Quem for vítima de erro judiciário ou ficar preso além do tempo fixado na sentença poderá ser indenizado pelo Estado. Todos têm direito a: (i) resposta proporcional ao agravo; (ii) ser indenizado por dano material, moral ou à imagem; (iii) receber, dos órgãos públicos, informações de interesse particular, coletivo ou geral; (iv) obter certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Para pobres, o registro civil de nascimento e a certidão de óbito serão gratuitos. O legislador ordinário estendeu a gratuidade ao *registro* do óbito.

Aos litigantes, no âmbito administrativo e judicial, e aos acusados em geral, no âmbito parlamentar, administrativo ou judicial são assegurados o devido processo legal e os seus corolários: contraditório, ampla defesa, juízo natural, razoável duração do processo, meios que garantam a celeridade dos trâmites processuais, vedadas provas obtidas por vias ilícitas. A publicidade dos atos processuais será restringida se assim o exigirem a defesa da intimidade ou o interesse social. A prisão ilegal será relaxada pela autoridade judiciária. A prisão por dívida está vedada. Somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária alguém poderá ser preso. A prisão de alguém e o local onde se encontre serão comunicados ao juiz competente, à família do preso ou a quem ele indicar. O preso será cientificado dos seus direitos, inclusive o de ficar calado, garantida a assistência da família e de advogado. Ninguém será preso ou mantido na prisão se o fato permitir liberdade provisória. O preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão e interrogatório policial, assegurado o respeito à sua integridade física e moral. As presidiárias têm o direito de ficar com os filhos no período de amamentação. São garantias instrumentais: *habeas corpus*, mandado de segurança (individual e coletivo), mandado de injunção, *habeas data*, ação de constitucionalidade (positiva e negativa), arguição de descumprimento de preceito fundamental, petição sumular (adoção, revisão ou cancelamento de súmula), reclamação contra ato administrativo ou decisão judicial incompatível com súmula, ação popular, ação civil pública, ação penal privada substitutiva da ação penal pública, petição ao Poder Público em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder.

As normas do regime anterior compatíveis com a Constituição de 1988 permanecem no ordenamento jurídico. Leis expedidas pela autocracia civil (1937-1945) e pela autocracia militar (1964-1985) até hoje vigoram (2008). O fenômeno da recepção ocorre na passagem de uma ordem jurídica a outra e evita rupturas desnecessárias. A unidade do povo e as relações econômicas e sociais, segundo os contratos, os costumes e os valores culturais vigentes, mantêm o vínculo nacional. O legislador ordinário cuidou, entre

outras, das seguintes matérias: (i) adesão à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional; (ii) mar territorial, bens da União, procedimento administrativo demarcatório de terras indígenas; (iii) partidos políticos, proteção ao consumidor, acesso a informações, registros públicos, gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania e das certidões para defesa de direitos; (iv) educação nacional, vigilância sanitária, licenciamento ambiental, sanções por condutas lesivas ao meio ambiente; (v) segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados; (vi) presidência da república, ministérios, declaração de bens e da fonte de renda de autoridades e servidores públicos; (vii) desestatização, telecomunicações, agências nacionais de energia, transporte, água e saúde, programa de gestão das empresas estatais, enriquecimento ilícito de agentes públicos, responsabilidade na gestão fiscal; (viii) parceria do Poder Público com organizações da sociedade para fomento e execução de projetos e programas de interesse público; licitações e contratos da administração pública; reajuste de preços nos contratos da administração federal direta e indireta; concessões e permissões de serviços públicos e obras públicas; (ix) servidor e emprego público; concurso público e nomeação para cargos de provimento efetivo; remuneração de servidor público, limites das despesas com o funcionalismo público, jornada de trabalho dos servidores da administração pública federal; contratação temporária de pessoal; (x) previdência social, greve, piso salarial fixado pelos Estados e Distrito Federal; (xi) política urbana, concessão de uso especial de imóvel público situado em área urbana; reforma agrária, cédula de produto rural; cédula de crédito imobiliário, cédula de crédito bancário, financiamento de imóveis, alienação fiduciária de bem imóvel; (xii) novo Código Civil, locação, seguro de fiança locatícia, despejo, revisão de aluguel, planejamento familiar, união estável, sucessão e alimentos entre companheiros, violência doméstica, bem de família, investigação de paternidade; Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso; transplante de órgãos; (xiii) propriedade industrial, propriedade

intelectual de programas de computador, direito autoral; (xiv) mercado de valores mobiliários, protesto de títulos, recuperação de empresa, falência, Estatuto da Microempresa; franquias empresariais; sociedade por ações; (xv) instituições financeiras, sigilo bancário, conflito de leis em matéria de cheques; (xvi) Conselho Administrativo de Defesa Econômica, arbitragem; (xvii) imposto de renda, imposto sobre a propriedade territorial rural, contribuição de intervenção no domínio econômico, contribuição provisória de movimentação financeira; crédito tributário; processo administrativo fiscal; (xviii) Ministério Público, advocacia; (xix) ação de constitucionalidade (positiva e negativa), arguição de descumprimento de preceito fundamental, normas procedimentais perante o STF e o STJ, súmula vinculante; (xx) ações penais originárias nos Tribunais de Justiça e nos tribunais regionais federais; acordos e transações nas causas em que figurarem, no pólo ativo ou passivo, a União e os entes da administração pública indireta; prioridade dos procedimentos derivados de inquérito parlamentar; (xxi) ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários; (xxii) antecipação da tutela, medidas cautelares contra atos do Poder Público, juizados especiais, proteção a vítimas e testemunhas, identificação criminal, informatização do processo judicial, inversão contratual do ônus da prova, prisão temporária, execução penal; (xxiii) sistemas nacionais de armas e de combate às drogas; tortura, preconceito; crimes hediondos, eleitorais, de trânsito e contra o trabalho, a ordem econômica, o sistema tributário e os deficientes físicos; (xxiv) improbidade administrativa, interceptação telefônica, lavagem de dinheiro, organizações com fins ilícitos, delitos de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme.

4. Organização federal

A organização político-administrativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos. Brasília é a capital. Atualmente não existem territórios federais no Brasil, mas poderão ser criados mediante lei complementar federal. Qualquer modificação territorial nos Estados ou nos

Municípios deverá ser aprovada: (i) previamente, mediante plebiscito, pela população interessada; (ii) posteriormente, mediante lei, pelo Legislativo Federal (Estados) ou Estadual (Municípios), se o resultado do plebiscito for favorável à modificação. A Constituição vedou aos entes federativos: (i) estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles, ou seus representantes, relações de dependência ou aliança; (ii) recusar fé aos documentos públicos; (iii) criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si; (iv) instituir tratamento desigual entre os contribuintes que se encontrem em situação equivalente; (v) impor limitações ao tráfego de pessoas ou bens por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais; (vi) tributar o patrimônio, a renda ou os serviços, uns dos outros. Há regras gerais sobre: (i) organização dos poderes Legislativo e Executivo dos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios; (ii) patrimônio, competência administrativa (privativa e comum) e competência legislativa (privativa, concorrente, complementar e suplementar). A União responderá por danos nucleares. Observados os princípios da Constituição Federal, os Estados adotam as suas próprias Constituições e leis, cabendo-lhes os poderes residuais. Os Municípios elaboram leis orgânicas em sintonia com os preceitos das Constituições federal e estadual. Com o propósito de desenvolver as diferentes regiões do país, a União pode: (i) atuar em um mesmo complexo geográfico-econômico-social; (ii) criar regiões integradas por Estados ou por Municípios de dois ou mais Estados. O legislador disporá sobre as condições para a integração das regiões e a composição dos organismos que executarão os planos regionais constantes dos planos nacionais de desenvolvimento social e econômico. Os incentivos compreendem: (i) igualdade de tarifas, fretes, seguros e outros itens de custos e preços de responsabilidade do Poder Público; (ii) juros favorecidos para financiamento de atividades prioritárias; (iii) isenções, reduções ou diferimento temporário de tributos federais; (iv) prioridade para o aproveitamento das águas nas regiões de baixa renda sujeitas a secas periódicas; a União incentivará a recuperação das terras áridas e deverá cooperar com os pequenos e médios proprietários

rurais para o estabelecimento, em suas glebas, de fontes de água e de pequena irrigação. Quanto à administração pública, a Constituição: (i) *enuncia* os princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; (ii) *estabelece* regras gerais sobre cargos, empregos e funções e regras especiais para servidores civis e militares; (iii) *enumera* as matérias da competência da União e deixa aos Estados a competência residual. Quanto à competência legislativa, a Constituição destaca, nas matérias que indica, a *privativa* da União, a *complementar* dos Estados e a *concorrente* da União, dos Estados e do Distrito Federal. No âmbito da competência concorrente, atribui à União, a produção das normas gerais e aos Estados e Distrito Federal, a produção das normas especiais. Aos Estados, outorgou competência legislativa *suplementar* para a produção de normas gerais no âmbito da competência concorrente. Sobrevindo normas gerais editadas pela União, as editadas pelo Estado perderão eficácia se incompatíveis. A competência dos Municípios foi explicitada. Em matéria tributária, a Constituição discrimina a competência de cada ente federativo; a competência residual, nessa matéria, é da União. O legislador constituinte adotou mecanismos de intervenção federal nos Estados e de intervenção estadual nos Municípios. A enumeração exaustiva dos casos de intervenção visa a proteção das autonomias do Estado e do Município. O decreto expedido pelo presidente da República especificará a amplitude, o prazo e as condições de execução. O interventor, expressamente indicado no decreto, investe-se de autoridade para praticar todos os atos necessários ao restabelecimento da normalidade no Estado. No caso do Município, o decreto é expedido pelo Governador do Estado e submetido à apreciação da Assembléia Legislativa. A Constituição estadual, a lei estadual e o regimento interno do Tribunal de Justiça regulam a intervenção nos Municípios.

5. Poderes da República

O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara de Deputados e do Senado Federal e se reúne ordinariamente a cada semestre, no curso da legislatura de 4

anos. O mandato de deputado corresponde a uma legislatura; o de senador é de 8 anos. Os parlamentares podem ser reeleitos e exercer cargo de Ministro de Estado sem perder o mandato; gozam de imunidades que subsistem mesmo no estado de sítio, são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos, não podem ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, têm foro privilegiado, estão livres de testemunhar sobre informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato. Os trâmites de processo penal instaurado por crime ocorrido depois da diplomação poderão ser sustados por decisão da Casa a que pertencer o acusado. Os parlamentares perdem o mandato: (1) *por decisão da Casa*, quando: (i) infringirem proibições a eles concernentes, estabelecidas no texto constitucional; (ii) agirem de modo incompatível com o decoro; (iii) sofrerem condenação criminal; (2) *por decisão da Mesa da Casa*, quando: (i) faltarem ao dever de assiduidade à sessão legislativa; (ii) houver perda ou suspensão dos direitos políticos; (iii) a Justiça Eleitoral assim o determinar. Entre o parlamentar e o chefe de governo não há subordinação. No sistema presidencialista flexível, entretanto, ao aceitar cargo de ministro, o parlamentar fica subordinado ao chefe de governo. Isto não condiz com o exercício da soberania que o povo confiou ao parlamentar eleito para: (i) legislar; (ii) fiscalizar, controlar e moderar o Executivo; (iii) processar e julgar o presidente da República. À Câmara dos Deputados compete autorizar a instauração de processo contra o presidente e o vice-presidente da República e os ministros de Estado. O processo e o julgamento dessas autoridades, nos crimes de responsabilidade, cabem ao Senado Federal e nos crimes comuns, ao Supremo Tribunal Federal. O processo parlamentar compreende o inquérito e o julgamento de autoridades do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. O processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, de leis, medidas provisórias, decretos e resoluções. O Poder Legislativo exerce: (1) *função legislativa*, quando elabora tais normas e aprova/rejeita o veto presidencial; (2) *função de controle* (moderadora) quando (i) convoca Ministro de Estado ou titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República para, pessoalmente, prestar informações;

(ii) susta atos normativos do Executivo e o andamento de ações judiciais; (iii) autoriza ou não, a instauração de processo judicial, a declaração de guerra, o estado de sítio e a celebração da paz; (iv) aprova ou não, o estado de defesa, a intervenção federal e atividades nucleares; (v) resolve definitivamente sobre tratados, acordos e atos internacionais; (vi) fiscaliza e controla atos da administração direta e indireta, julgando, inclusive, as contas públicas com auxílio do TCU; (vii) aprecia atos de concessão e de renovação de concessão de emissoras de rádio e televisão; (viii) veta ou aprova a alienação ou concessão de terras públicas e a exploração de recursos hídricos, inclusive potenciais energéticos, pesquisa e lavra de recursos minerais, nas reservas indígenas; (3) *função executiva*, quando dispõe sobre a sua própria organização e funcionamento, defende a sua competência, convoca plebiscito, autoriza referendo, escolhe membros do TCU, autoriza o afastamento temporário do presidente ou do vice-presidente da República, muda temporariamente a sua sede, fixa subsídios; (4) *função judicante*, quando processa e julga autoridades por ilícitos que importem perda do cargo e interdição de direitos.

O Poder Executivo é exercido pelo presidente da República, que acumula as chefias de Estado e de governo. Auxiliam-no ministros de sua escolha e livre nomeação, demissíveis *ad nutum*, indicados, geralmente, pelos partidos que apóiam o governo. O presidente dispõe de dois órgãos de consulta: (1) Conselho da República, para os casos de intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio e demais questões relevantes à estabilidade das instituições democráticas; (2) Conselho de Defesa Nacional, para assuntos relacionados à guerra e à paz, à intervenção federal, aos estados de sítio e defesa, às áreas indispensáveis à segurança do território nacional, às garantias da independência nacional e do Estado democrático. Eleito pelo voto direto e secreto para um mandato de 4 anos, o presidente assume o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil. Violar esse compromisso tipifica crime de responsabilidade, o que dá azo ao *impeachment*. Além de representar e

administrar o Estado, o presidente participa do processo legislativo (iniciativa, sanção, veto, promulgação e publicação das leis; expedição de medidas provisórias e de leis delegadas).

O Poder Judiciário, dotado de autonomia administrativa e financeira, compõe-se do Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça, tribunais e juízes federais, do trabalho, eleitorais, militares e estaduais. Gozam de foro privilegiado: parlamentares, chefes de governo, ministros, magistrados, membros do ministério público, diplomatas, militares, presidente do Banco Central, entre outros. O foro privilegiado, sobrevivência imperial, mantido e ampliado na República, converteu-se em privilégio pessoal e seguro contra a eficácia da lei. O STF pode aprovar súmula de efeito vinculante sobre matéria objeto de reiteradas decisões. A admissão do recurso extraordinário está condicionada à repercussão das questões constitucionais discutidas no caso e ao preenchimento dos requisitos legais e regimentais. Ao Judiciário, quando provocado no devido processo, compete: (i) o controle da constitucionalidade e da legalidade dos atos do Poder Público; (ii) solucionar as controvérsias à luz do direito. Aos tribunais cabe: (i) administrar a sua economia interna; (ii) a iniciativa das leis nos casos especificados na Constituição. Na hipótese de violação grave dos direitos humanos, a competência da Justiça Estadual poderá ser deslocada para a Justiça Federal a pedido do Procurador-Geral da República. Aos juizados especiais compete processar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo. Ao Conselho Nacional de Justiça compete o controle: (i) da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário; (ii) do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. A Constituição exige: (1) *do Poder Judiciário*: julgamentos públicos, decisões fundamentadas, atividade ininterrupta, imediata distribuição dos processos, número de juízes proporcional à efetiva demanda e à população da unidade jurisdicional; (2) *do juiz*: produtividade, aproveitamento em cursos oficiais de aperfeiçoamento, residência na comarca, abstenção político-partidária, dedicação exclusiva (salvo o magistério), quarentena antes de retornar à advocacia junto ao juízo ou tribunal

do qual se afastou. Foram mantidas, com as restrições de praxe, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos subsídios. O ingresso na magistratura de carreira dar-se-á mediante concurso de provas e títulos. O candidato deverá ser bacharel em direito com 3 anos de atividade jurídica, no mínimo. Nos tribunais regionais federais e nos tribunais de justiça estaduais e do DF, 1/5 dos lugares destina-se aos advogados e membros do Ministério Público com mais de 10 anos de atividade profissional. A promoção por merecimento está reservada para quem contar, no mínimo, 2 anos de exercício na respectiva entrância e integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade. Essa regra estava entre as 16 propostas apresentadas e defendidas pelo autor deste artigo na Convenção da Magistratura Nacional, em Recife, e do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, em Porto Alegre (1987). A metade dessas propostas foi incorporada à Constituição de 1988. Da metade restante ainda estão vivas as encampadas pela AMB: extinção do quinto constitucional e participação de todos os juizes vitalícios na escolha dos órgãos de direção dos tribunais de justiça. As demais permanecem no limbo: judicatura sem limite de idade (enquanto o magistrado mantiver boa saúde); justiça militar integrada ao Executivo; justiça federal e do trabalho unificadas; vagas nos tribunais superiores preenchidas exclusivamente por magistrados; nos juízos e tribunais: (i) colocar no mesmo patamar o representante do MP e o advogado; (ii) vedar símbolos religiosos.

6. Ciclo liberal-democrático

Governaram o Brasil, no período democrático, os civis José Sarney (1985-1989), Fernando Collor e Itamar Franco (1990-1994), Fernando Henrique Cardoso (1995-2002) e Luiz Inácio Lula da Silva (2003-2010). Sarney, cujo mandato era de 6 anos, abriu mão de um ano, em sintonia com as decisões da assembléia constituinte. Oriundo de partido que apoiava a autocracia, a sua presença na presidência da República facilitou a passagem para o regime civil. Implantou o plano cruzado com sucesso durante 6 meses; ao mantê-lo por mais tempo, complicou a economia do país; o índice inflacionário foi à casa dos 80%. O governo Collor, para combater

a inflação, bloqueou a poupança nacional. Desqualificou os automóveis fabricados no Brasil. Liberou as importações. Para vedar experiências nucleares, despejou cimento no poço da Serra do Cachimbo. Formou a *República das Alagoas*, círculo exclusivo de aliados, como recusa de partilhar o bolo com políticos de outros quadrantes. Efetuiu despesas consideradas ilegais (*Casa da Dinda*) e usou automóvel comprado em nome de pessoa inexistente (Fiat Elba). Os excluídos do banquete se aproveitaram desses fatos para produzir escândalo e provocar o processo parlamentar de *impeachment*. Mesmo após a renúncia de Collor, o processo parlamentar prosseguiu e terminou em condenação que o inabilitou para o exercício de função pública por 8 anos. Itamar Franco assumiu o governo e terminou o mandato com maciça aprovação do povo. Mostrou-se um governante sério, honesto e competente; criou o Plano Real e fez retroceder o processo inflacionário. O governo Cardoso destacou-se: (1) ao dar continuidade ao Plano Real; (2) pelos programas sociais; (3) por elevar a taxa de juros a 48% ao mês; (4) ao privatizar, a preço vil, empresas valiosas do ponto de vista econômico e estratégico e colocar a corretagem acima do interesse nacional; (5) pelo vínculo com a Fundação Ford e submissão ao FMI; (6) pela corrupção e excesso de viagens internacionais. O governo Silva reuniu alguns programas sociais em um só, que se denominou *Bolsa-Família*, e que distribuiu pequenas importâncias mensais em dinheiro a uma parcela da população carente. Na outra ponta, banqueiros recebem fortunas diárias através das altas taxas de juro e da liberação das tarifas bancárias. Em 2006, cada um dos dois maiores bancos brasileiros lucrou mais de 4 bilhões de reais; em 2007, mais de 8 bilhões. O governo Silva lançou os programas *Luz Para Todos* (energia elétrica para regiões carentes), PAC (aceleração econômica) e *Territórios da Cidadania* (auxílio financeiro a jovens eleitores e carentes entre 16/18 anos). O turismo político do governo Cardoso prosseguiu no governo Silva. Em passagens, diárias, locomoções e auxílio-alimentação foram gastos 3 bilhões e 180 milhões de reais no período 2003-2007 (média anual de 636 milhões de reais). Aumentou o número de ministérios (37). Dezenas de milhares de servidores foram nomeados sem concurso pú-

blico. As vísceras putrefatas do organismo político brasileiro foram expostas nos inquéritos parlamentares: *correios e mensalão* (peculato, corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas), *vampiro* e *sanguessuga* (negociatas com plasma e ambulâncias), *dólar na cueca* (dinheiro de origem ilícita, compra de relatórios) e *cartões corporativos* (distribuição de 11 mil cartões para pagamento de despesas e saques em dinheiro em proveito particular dos servidores, inclusive da presidência da República). No combate à corrupção, foi emblemática a decisão do STF ao receber denúncia oferecida pelo Procurador-Geral da República contra 40 pessoas (caso *mensalão*), envolvendo ministros, parlamentares, assessores, membros de partidos e administradores de bancos, de empresas de publicidade e de corretoras (2007).

O legislador constituinte mostrou o propósito de desenvolver econômica e socialmente as regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste. O turismo se intensificou. Na Amazônia, hotéis foram construídos no interior da selva. Cresce o desmatamento por empresas madeireiras, mineradoras e agropecuárias, bem como o comércio ilícito de minérios, plantas e animais silvestres. O governo Silva defende o desenvolvimento sustentável. A demissão da senadora Marina Silva, do Ministério do Meio Ambiente, repercutiu no mundo e preocupou os ambientalistas (maio/2008). Reservas indígenas de dimensões enormes ameaçam a soberania territorial. Sob orientação e tutela estrangeira, centenas de nações indígenas poderão reivindicar independência e autodeterminação, como advertia o indianista Villas Boas, referindo-se à região que abrange terras contínuas do Brasil e da Venezuela. Desse perigo o Comando Militar da Amazônia alertou o governo e a nação (2008). Há terras ricas em minérios dentro das reservas. Em hectares a elas destinados, o governo homologou 14 milhões e 370 mil (Sarney), 31 milhões e 800 mil (Collor/Itamar) 41 milhões e 43 mil (Cardoso) e 12 milhões e 300 mil (Silva/2007), cujos números não podem ser somados em virtude das revisões. Usinas hidrelétricas suprem de energia vastas regiões do território nacional. Usinas termoelétricas e nucleares suplementam o fornecimento de energia. Am-

bientalistas se posicionam contra a construção da terceira usina nuclear de Angra dos Reis. A produção de petróleo aumentou. A auto-suficiência poderá advir da exploração das reservas petrolíferas descobertas na bacia de Santos (campo Tupy) e em Angra dos Reis (campo Carioca). A utilização do álcool como combustível teve boa receptividade interna pelo preço inferior ao da gasolina e por poluir menos. Produzido a partir da cana de açúcar, não interfere na produção de grãos para alimentar animais racionais e irracionais. A manutenção e conservação de algumas rodovias foram confiadas a empresas particulares que abusam na cobrança do pedágio, o que pode configurar violação do direito de locomoção no território nacional. O estado de abandono de rodovias federais impede ou dificulta o escoamento de safras de grãos, prejudica os produtores e isola a população local em algumas regiões. Do aproveitamento dos rios para navegação e irrigação, faz parte o projeto de transposição do Rio São Francisco, com o duplo objetivo de revitalizá-lo e de levar água a áreas do nordeste. Movimento social, contrário a esse projeto, inclui protesto através da fome voluntária e intencional de bispo católico (2007/2008). As ferrovias mereceram alguma atenção do governo Silva. O crescimento da economia na vigência da Constituição de 1988 foi modesto (1% a 5% a/a). O Brasil ficou na rabeira das demais nações do BRIC (Brasil, Rússia, Índia e China). A recessão nos EUA, decorrente da crise no sistema de crédito imobiliário, repercutiu na economia mundial. O governo estadunidense injetou bilhões de dólares em bancos privados para evitar o agravamento da situação (2008). A desaceleração da economia no primeiro mundo afeta as exportações e o desempenho comercial dos países periféricos. Os grandes favorecidos sob os governos Cardoso e Silva foram os banqueiros, empreiteiros e agentes publicitários, além das quadrilhas que tomaram conta do governo federal. A maior parte da renda nacional fica nas mãos de 20 mil famílias, que corresponde a 80 mil pessoas, aproximadamente (0,04% da população, em 2008). A carga tributária e as taxas de juros em patamares elevados pesaram na bolsa do povo e afetaram negativamente o setor produtivo. A política econômica e social não resolveu: (i) o analfabetismo, a miséria e a doença;

(ii) o grave endividamento da República, na ordem de 1 trilhão e 311 bilhões de reais, embora atenuado pelo fundo de 340 bilhões de reais composto pelas reservas em dólares internacionais, depósitos bancários e empréstimos concedidos no exterior (janeiro/2008). A dívida pública líquida representava mais de 40% do Produto Interno Bruto, no primeiro trimestre de 2008. Sob o manto da Constituição de 1988, o ativismo social se manifesta através das comunidades eclesiais, dos círculos bíblicos e de inúmeras associações (de bairro, mulheres, negros, homossexuais, consumidores, estudantes, vítimas de acidentes e de crimes, trabalhadores sem terra e sem teto, profissionais liberais). Bilhões de reais do erário são destinados a organizações não-governamentais (ONGs) que não cumprem as finalidades previstas nos seus estatutos nem estão obrigadas a prestar contas. A maior parte da população brasileira concentra-se nas cidades. Agrava-se a má qualidade da vida urbana. Cresce o número de favelas, de invasões e de ocupações de imóveis. O espaço urbano se valoriza nas grandes cidades, o que alimenta a especulação imobiliária e propicia a corrupção nos setores de licenciamento de obras. A construção civil continua sendo fonte de emprego, ao lado das pequenas e médias empresas. A cultura física se integra aos costumes. A literatura, a música, as novelas de tv, o esporte e o carnaval ganham espaço internacional. O cinema nacional se projeta com o realismo social de alguns filmes (*Cidade de Deus*, *Central do Brasil*, *Tropa de Elite*) como no passado já se projetara (*O Cangaceiro*, *Eles Não Usam Black-tie*, *Pixote*). O teatro, adulto e infantil, apresenta peças de autores brasileiros. As letras jurídicas permanecem sob forte influência da produção estrangeira.

III. CONCLUSÃO

A interdependência dos países no mundo contemporâneo assume cores fortes nos momentos críticos. Nos anos 70 do século XX ficou dramática a situação dos países importadores de petróleo. A OPEP suspendeu o fornecimento de petróleo aos EUA e demais aliados de Israel; ao recomeçar o fornecimento, aumentou o preço do barril e o PIB brasileiro despencou, após um crescimento de

11,4% a/a (1973). Na primeira década do século XXI, o preço do petróleo sobe acima de US\$ 100 o barril (2008). A União Européia e a China concorrem com a economia dos EUA e do Japão. A China se mantém no socialismo pragmático introduzido por Deng Xiaoping (1978). A economia chinesa cresce 10% a/a desde 2003 e o seu PIB chega a 2,6 trilhões de dólares (2006). O déficit comercial dos EUA em relação à China foi superior a 250 milhões de dólares (2007). Cingapura, Taiwan, Hong-Kong e Coréia do Sul recebem o apelido de *tigres asiáticos* em virtude do seu crescimento econômico. A implosão da URSS alterou o mapa europeu e a correlação de forças entre os países. A maré separatista prossegue: Chechênia, Sri Lanka, Tibete, País Basco, Balcãs (Bósnia, Sérvia, Montenegro). A província do Kosovo separa-se da Sérvia e pede reconhecimento internacional como país independente, o que foi prontamente concedido pelos EUA, Inglaterra, França, Alemanha e Itália (Croácia, Hungria e Bulgária, em conjunto, assinaram documento de apoio). Negaram reconhecimento China, Rússia, Espanha, Chipre, Grécia e Romênia (2008). Os EUA autorizaram envio de armas ao Kosovo. O governo da Rússia ameaçou apontar mísseis com ogivas nucleares para os países da Europa que permitirem aos EUA instalar material bélico em seus territórios. O terrorismo de grupo (Al-Qaeda) e o terrorismo de Estado (EUA) marcam presença no choque proposital de aeronaves civis contra o Pentágono e o World Trade Center (11/09/2001) e na invasão do Afeganistão e do Iraque (2002-2008).

A conquista do espaço sideral, os problemas comuns em escala planetária e as comunicações sem fronteiras geram consciência cosmopolita. A Física teoriza sobre o limite espacial do universo, a matéria escura, o plasma universal, as múltiplas dimensões em nível subatômico e introduz o acaso e o caos na especulação científica. Diversifica-se a aplicação do raio laser, das fibras óticas e do silício (chips eletrônicos, semicondutores em transistores, cristais para relógios de precisão, aplicação no aço, bronze, vidros). Aperfeiçoam-se os aparelhos de sondagem interna do corpo humano e as técnicas cirúrgicas. A humanidade percebe que mananciais podem secar, a poluição afeta o clima e a saúde, o aquecimento

global provoca o degelo no pólo e a elevação do nível do mar. O código genético é decifrado. A engenharia genética se desenvolve. Há clonagem de animais e transplante de órgãos. A igreja se opõe à pesquisa com célula tronco-embrionária, ao aborto, a métodos anticoncepcionais e a uniões homossexuais. AIDS, câncer e epidemias multiplicam o número de vítimas no mundo. Drogas com efeitos colaterais danosos são lançadas no mercado pelos laboratórios. Há países com falta de remédios, assistência médica e hospitalar, alimentos, moradia, saneamento básico, escolas. Alguns liberam o uso de bebidas alcoólicas, tabaco, maconha e cocaína, e prestam assistência aos consumidores. A robotização aumenta a produtividade e reduz o número de trabalhadores nas fábricas. Cresce o consumo de energia e a demanda por automóveis, computadores, telefones celulares e outros produtos.

Na América do Sul, ensaia-se uma união de Estados em torno de questões aduaneiras, como embrião de um mercado comum (Mercosul). Conflitos do passado e rivalidade entre o Brasil e países vizinhos dificultam o entendimento. A Venezuela pede ingresso e lança a doutrina bolivariana de solidariedade entre os países sul-americanos e ruptura dos laços coloniais com os EUA. Combatentes das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia acampados no Equador, considerados bandidos comuns, foram mortos enquanto dormiam, pelo exército regular da Colômbia (2008). A violação da soberania territorial do Equador pela Colômbia recebeu solução amigável no âmbito da OEA. O Brasil enviou contingente militar ao Haiti, contribuindo para a paz internacional, como enviara ao Suez, nos anos 50 e à República Dominicana, nos anos 60. As relações com os países africanos se intensificaram. O governo Silva perdoou dívida africana para redimir o Brasil do pecado da escravidão, embora tenha sido o governo português o fundador e mantenedor da sociedade escravocrata na América Portuguesa do século XVI ao século XIX (1501-1900). Os negros foram vendidos como escravos pelos negros da África aos homens brancos da Europa e da América. Após a independência e o fim do conflito com Portugal (1822-1825), o governo brasileiro proibiu o tráfico negreiro (1850), concedeu liberdade ao nascido de mulher escrava (1871) e

ao escravo com idade igual ou superior a 60 anos (1885). Precedido de movimento social, decreto de uma princesa branca aboliu a escravidão, quando a maioria dos negros era nascida na América e a Constituição brasileira vigorava há 64 anos (1824-1888).

A democracia supõe forte base: (i) *material* (energia, siderurgia, transporte, técnica); (ii) *social* (educação, saúde, emprego, informação, ciência); (iii) *moral* (honestidade, amor ao trabalho, solidariedade, espírito público, respeito à Constituição). Sem essa base, o futuro do Brasil será igual ao passado e ao presente (1822-2008): paraíso de criminosos, arremedo de democracia, submissão da maioria à minoria, enriquecimento de poucos, empobrecimento de muitos, patrimônio público utilizado como bem pessoal do governante, canalização ilícita dos recursos públicos para o setor privado, dívida pública cada vez maior, serviços públicos deficientes, obras públicas maquiadas, licitações fraudulentas, analfabetismo, desemprego, pobreza, doença e violência. Para essa miséria moral, contribui o gene cultural responsável pelo caráter macunaíma & mazombo de parcela da nação brasileira. ☞

O Direito Subjetivo à Posse nos Concursos Públicos

Mauricio Magnus Ferreira
Juiz de Direito do TJ/RJ.

Enfim o Superior Tribunal de Justiça alterou diametralmente seu antigo e consolidado posicionamento para admitir que o Poder Judiciário exerça o controle sobre a conveniência e oportunidade da Administração Pública, no que tange à nomeação de aprovados dentro do limite de vagas do concurso público.

O Poder Judiciário sempre chancelou o entendimento de que, na seara do concurso público, haveria, por parte da Administração Pública, total discricionariedade para a nomeação e posse de candidatos aprovados, mesmo que dentro do número de vagas oferecidas no edital.

Não eram raras as situações em que o Poder Público iniciava um certame, publicando edital, oferecendo dezenas ou até centenas de vagas, estimulando um elevado número de pessoas a envidar todo o tipo de esforço na busca de alcançar uma aprovação. E, após um longo e desgastante processo seletivo, candidatos aprovados dentro do limite de vagas oferecido muitas vezes eram deixados de lado, sob o simplório argumento de que a Administração não teria mais interesse no preenchimento das mencionadas vagas. Argumentava-se que o que era necessário, simplesmente deixou de ser.

Nas sábias lições do mestre José dos Santos Carvalho Filho, pode-se definir concurso público como o *“procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e, no aspecto seletivo, são escolhidos aqueles que ultrapassam as*

barreiras opostas no procedimento, obedecida sempre a ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos.” (Manual de Direito Administrativo, José dos Santos Carvalho Filho, 11ª Edição, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, p. 511)

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, II, preceitua que: *“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.”*

Verifica-se, pois, que o concurso público é uma exigência constitucional para o ingresso no serviço público.

Assim, cumpridas as diversas fases do certame, a doutrina amplamente majoritária e a jurisprudência, de forma pacífica, cristalizaram o entendimento de que os aprovados, *mesmo que dentro do limite de vagas*, não tinham direito subjetivo à posse. Tratar-se-ia de *mera expectativa de direito*, ou seja, a Administração Pública teria a conveniência e a oportunidade para o provimento. O único direito subjetivo ventilado era o do candidato aprovado não ser preterido em sua ordem de classificação.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho, Hely Lopes Meirelles, Jessé Torres Pereira Junior, dentre outros, e, em âmbito jurisprudencial, RE nº 116,044, 1988, Rel. Min. Djaci Falcão (RTJ 127/297). Na mesma linha, decisão do STJ (RMS nº 1.174, julg. Em 22/04/1992, Rel. Min. José de Jesus Filho).

Cabe trazer à colação recente acórdão da lavra do eminente desembargador Jessé Torres:

“APELAÇÃO. Obrigação de fazer. Concurso público para o provimento do cargo de assistente social. Das 25 vagas oferecidas no edital, 23 foram preenchidas no prazo de validade do certame. A apelante foi classificada em 24º lugar e postula sua nomeação diante da exoneração da terceira classificada. O ente público não está obrigado a prover a

vaga aberta se, como demonstrado, encontra-se com o orçamento comprometido com despesas de pessoal e não contratou estranhos ao concurso em regime temporário. Aplicação do verbete 15, da Súmula do STF, que, mesmo em face da evolução jurisprudencial do tema, não autoriza a nomeação se não houve preterição da ordem de classificação, e a Administração deve conter despesas. Recurso a que se nega provimento.” (Apelação Cível nº 2008.001.04871 - Relator Des. JESSÉ TORRES, 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro)

É interessante destacar que, já havia alguns anos, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo que, se o candidato aprovado demonstrasse que a omissão ou recusa na nomeação tivesse sido acompanhada de recrutamento por meio de contratação precária para exercer as mesmas funções do cargo para o qual o candidato fora aprovado, passaria este a ter direito subjetivo ao ato de nomeação. Aliás, tal posicionamento significou um grande avanço.

Só que agora, felizmente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que a discricionariedade do Poder Público está em abrir ou não processo seletivo. Ou seja: a partir do momento em que a Administração publica o edital do concurso público oferecendo determinado número de vagas, fica obrigada a contratar aqueles candidatos aprovados dentro do limite de vagas oferecido.

O caso que gerou a mudança de entendimento no Egrégio Superior Tribunal de Justiça é oriundo da cidade de São Paulo. Os ministros do Colendo Tribunal analisaram recurso em mandado de segurança no qual uma candidata, ainda dentro do prazo de validade do concurso, teria ingressado com o referido remédio constitucional, postulando sua nomeação para o cargo de Oficial de Justiça. O edital previa 98 vagas e ela havia sido classificada em 65º lugar. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não acolheu o pleito da impetrante, sob o argumento de que a aprovação e a classificação em concurso público gerariam apenas expectativa de direito na nomeação. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso,

garantindo à recorrente o direito à posse. O relator, Ministro Paulo Medina, argumentou que a alegação de indisponibilidade financeira para nomeá-la ao cargo se relacionaria com a questão da governabilidade, *“o que pressupõe um mínimo de responsabilidade para com os atos que praticam, mormente quando afetam de forma direta a esfera jurídica dos cidadãos.”* (RMS 20.718/SP, Ministro Rel. Paulo Medina, 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça)

E nada mais correto e consentâneo com os valores constitucionais expostos na Carta Magna de 1988. Não se pode admitir que por questões muitas vezes escusas se permita que o Poder Público não atue com a devida seriedade e responsabilidade em seus atos. Nada justifica o concurso ser necessário em um determinado momento e, logo após, passar a ser despiciendo.

Não mais se pode admitir que a Administração Pública tenha esse Poder soberano e incontestável, permitindo que despreze valores e garantias constitucionais.

É bem verdade que o tema encontra eco na conflituosa questão de se admitir o controle judicial sobre os atos da Administração Pública. No entanto, a jurisprudência e a doutrina mais moderna vêm perfilhando-se no sentido da admissibilidade, conforme se verifica nas lições do mestre Jessé Torres Pereira Junior: *“A Constituição da República de 1988 abriu e sofisticou os horizontes do controle judicial da Administração, para levá-los além da legalidade estrita do ato administrativo e de seus motivos determinantes, quando expressos. Passa-se a questionar a legitimidade, a economicidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a eficiência, os resultados. Até porque são rótulos expressa ou implicitamente presentes no texto constitucional (v. artigos 5º, 37 e 70)”* (**Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável**, Jessé Torres Pereira Junior, Editora Fórum, 2005, Belo Horizonte, p. 46).

Por todo o exposto, deve o Poder Judiciário atuar firmemente, exercendo o controle sobre a suposta “conveniência e oportunidade” da Administração Pública quanto à nomeação de aprovados dentro do limite de vagas no concurso público, uma vez que a discricionariedade cessa com a publicação do edital. ☐

A Perda da Chance de Cura na Responsabilidade Médica

Grácia Cristina Moreira do Rosário

*Juíza de Direito do Estado do Rio de Janeiro.
Mestre em Direito*

1. A PERDA DA CHANCE DE CURA NA RESPONSABILIDADE MÉDICA

A responsabilidade civil que gravita na esfera da saúde está configurada ante a presença do erro médico (negligência, imprudência e imperícia).

O médico que atua na área do organismo, da disposição física e mental, deve ser habilitado, isto é, haver concluído o curso superior específico; ter atuado no chamado estágio de residência, além da inscrição definitiva deferida pelo órgão competente - Conselho Regional de Medicina. Não pode se esquecer do segmento do saber científico na especialidade do assunto, da continuidade das pesquisas através das especializações *lato sensu*, do mestrado e do doutorado, aproximando-se cada vez mais da ciência médica em seu conjunto. O cerne deste trabalho, chamado de perda da chance de cura, visa à reparação do dano oriundo da ausência de probabilidade, já que o provável enseja um convicto grau de certeza no que se refere à importância do dano. Assim, o aperfeiçoamento do profissional é indispensável para que o serviço seja prestado a contento, não perdendo o doente a probabilidade de retorno da sanidade física e/ou mental.

A jurisprudência italiana trata da quantificação da indenização da perda da chance da seguinte forma: reparte o valor do resultado útil esperado e sobre este faz incidir o percentual de chances que o lesado possuía antes do ilícito ocorrido. E mais, en-

tende a doutrina italiana que o dano indenizável se qualifica como dano emergente.¹

Segundo Maurizio Bocchiola:

[...] a chance pode ser indenizável desde que com uma probabilidade de êxito superior a cinqüenta por cento; a indenização se dará a título de dano emergente e não lucro cessante ou dano moral; a certeza do dano será valorada de acordo com um cálculo de probabilidade.²

A responsabilidade médica se subordina à presença de três elementos: um fato prejudicial, o(s) dano(s), e uma relação causal entre o fato prejudicial e o(s) dano(s).

O fato prejudicial pode ser uma falha, ou o fato de uma coisa, ou o fato de um empregado. No que diz respeito à falha, o médico é primeiramente ligado a um dever de humanismo médico completamente fundamental para informar o paciente e obter sua aceitação ao tratamento indicado. A informação dos riscos do ato médico deve relacionar-se àqueles normalmente verificados na prática; deve ser honesta, desobstruída e apropriada. Em segundo lugar, deve trazer detalhadamente as informações incidentais do tratamento ou das continuações do ato médico. É o mesmo no que diz respeito aos riscos para as intervenções estéticas. Depois da informação, o consentimento deve ser coletado, não podendo ser ignorado que é uma liberdade fundamental do indivíduo recusar qualquer intervenção sobre o seu corpo.

É cediço que a responsabilidade possa ser imputada somente se os danos pelos quais um indivíduo pede reparação foram causados de maneira inquestionável pelo fato prejudicial que lhes deu causa. Entretanto, vem-se acentuando, pela jurisprudência, a utilização do conceito da perda das possibilidades de resultados da cura ou da sobrevivência.

¹ CENDON, Paolo. *La Responsabilità Extracontrattuale - Le nuove Figure di Risarcimento del danno nella giurisprudenza*. Paris: Giuffrè Editore, 1993, p. 707/708.

² BOCCHIOLA, Maurizio. "Perdita di una chance e certezza del danno". *Rivista Trimestale di Diritto e Procedura Civile*, Paris, anno XXX, 1976, p. 102.

A perda de uma oportunidade ou chance constitui uma zona limítrofe entre o certo e o incerto, o hipotético e o seguro; trata-se de uma situação na qual se mede o comportamento antijurídico que interfere no curso normal dos acontecimentos, de tal forma que já não se poderá saber se o afetado por si mesmo obteria ou não obteria os ganhos; se evitaria ou não certa vantagem, mas um fato de terceiro o impediria de ter a oportunidade de participar na definição dessas probabilidades.

A chance é a possibilidade de um benefício futuro provável que integra as faculdades de atuação do sujeito; considera-se o dano, ainda quando possa resultar dificultoso estimar seu alcance. Nesta concorrência de fatores passados e futuros, necessários e contingentes, existe uma consequência atual e certa.

Deve-se realizar um balanço das perspectivas a favor e contra. Do saldo resultante, obter-se-á a proporção do ressarcimento. A indenização deverá ser da chance e não dos ganhos perdidos.

A teoria diz que se, pela intervenção errada do profissional, o paciente perde a possibilidade de se ver livre de determinada enfermidade, o médico deve ser responsabilizado. A idéia central é explicitar inconvenientes existentes na comprovação dos elementos formadores da responsabilidade subjetiva (culpa, dano e nexos de causalidade), enfatizando o resultado lesivo.

Nesse sentido, nos casos em que é difícil a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de resultado favorável no tratamento.

Exemplo clássico na doutrina é o do profissional médico que não diagnostica um câncer no seu paciente, e este vem a ser descoberto mais tarde, por outro médico. Nesse caso, tendo em vista que as chances de cura são muito maiores quando descoberta a doença no início, a imperícia do profissional resulta na eliminação das possibilidades de sobrevivência do doente.

Se um indivíduo é privado de um diagnóstico correto, sendo, desta forma, prejudicado em vir a seguir uma terapêutica adequada útil à sua cura, está constituída uma perda de chance, que

também constitui um dano em si mesma³. Não é sem razão que, ao se referir à responsabilidade médica, Irany Novah Moraes⁴ diz ser esta examinada a partir do que o médico “fez e não deveria ter feito, deixou de fazer e deveria ter feito, falou e não deveria ter falado ou, ainda, não falou e deveria ter falado”.

Nos casos de aplicação dessa teoria, o médico, embora agindo com culpa, não é, a rigor, o causador do dano. A relação de causalidade que se estabelece entre a culpa do médico e o dano do paciente não é, portanto, natural, mas sim estritamente jurídica. Não há efetivamente um dano, e sim a perda da possibilidade de alguém auferir alguma vantagem, em virtude da conduta de outrem.

2. HIPÓTESES DE OCORRÊNCIA DA PERDA DA CHANCE DE CURA

A perda da chance pode surgir em diversas oportunidades, tais como:

1) A perda da chance de evitar um prejuízo pode eclodir no caso de morte de um recém-nascido que apresentou um quadro de apnéia evoluindo para parada cardiorespiratória após algumas horas do nascimento. Posteriormente, o bebê veio a falecer, ausente tratamento apto a desaguar em um resultado favorável. O que se perdeu é somente a chance de cura e não da continuidade da vida;

2) A perda da chance de receber um benefício. Advogado, agindo de forma negligente, não interpõe recurso ante o insucesso de seu cliente no julgamento em 1º grau. Está presente a perda da chance;

3) A perda da chance por ausência de informação. A obrigação de informar o paciente se faz cada vez mais presente. O médico não pode omitir informação ao doente quando o seu silêncio puder acarretar conseqüências sobre a saúde, ou quando a sua

³ DÍAZ, Júlio Alberto. “Do dogma da causalidade à causalidade suposta: a responsabilidade coletiva”. 1995. 187 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Universidade de Minas Gerais, Minas Gerais, 1995, p. 19.

⁴ MORAES, Irany Novah Moraes. *Erro médico e a lei*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 239.

abstenção privar o paciente de uma possibilidade de escolha sobre o tratamento ou a operação. A obrigação de informação sobre os riscos dos atos médicos, diagnósticos ou terapêuticos, cabe ao médico, bem como a comprovação de que a informação foi bem dada. A informação deve ser exaustiva, incluindo o conjunto de riscos, qualquer que seja a sua frequência, desde o momento em que se torne risco grave.

Em princípio, a vítima só pode obter uma indenização integral de seu prejuízo se provar que o erro do médico é realmente a causa de todo o seu dano. Este princípio foi atenuado pela jurisprudência quando elaborou a teoria da perda da chance. Corresponde ao fato de que a vítima perdeu uma chance de adquirir uma situação semelhante àquela da média dos outros indivíduos. Exemplificando: Uma sentença da 1ª Câmara Cível do Tribunal, de 25 de março de 1968, determinou que o atraso provocado por um médico ao proceder aos exames, não permitindo desta maneira ao paciente de se beneficiar de cuidados especiais, justificou que fosse reconhecida a perda da chance de cura. É preciso esclarecer que o sofrimento não pode ser totalmente estranho à chance perdida. Ademais, a perda da chance não deve ser puramente hipotética.⁵

Alfredo Orgaz⁶, civilista argentino, explica a perda da chance afirmando que quando o agente de um ato ilícito, mediante seu ato, interrompe um processo que poderia conduzir em favor de outra pessoa para evitar um dano, causa um prejuízo, e o prejudicado pode reclamar contra o agente uma indenização pela perda que poderia ter sido evitada. Exemplifica: um advogado deixa de interpor um recurso legal ou incorre em negligência na produção de uma prova favorável ao seu cliente, e este perde em juízo. Diz, ainda, que quando a possibilidade de evitar a perda era bastante fundada, ou seja, quando mais do que possibilidade, era uma “probabilidade” suficiente, a frustração deve ser indenizada pelo responsável, pois esta indenização é da “chance” mesma, que o juiz apreciará em concreto, e não da perda

⁵ HALPERN, Maître Céline. *Op. Cit.*, p. 61.

⁶ ORGAZ, Alfredo. *Op. cit.*, p. 99-100.

que era objeto daquela. O que restou frustrada é propriamente a “chance” que, por sua própria natureza, é sempre problemática em sua realização.

O diagnóstico equivocado pode levar à perda da chance do paciente de evitar os riscos que aconteceram pelo erro cometido. O diagnóstico pode ser definido como a apreciação do médico sobre o estado atual do paciente ou sobre o seu futuro. É a ação de determinar uma doença a partir dos sintomas. A obrigação do médico no quadro do diagnóstico é uma obrigação de meio. Se os meios técnicos e intelectuais que são colocados em ação habitualmente por um profissional competente e diligente não tiverem sido acionados, a sua responsabilidade poderia ser comprometida. Se o diagnóstico é difícil de definir, não se pode reclamar do médico, salvo se ele estiver conformado com os dados adquiridos da ciência. Caso seja necessário deve chamar terceiros competentes.

É preciso deixar claro que, atualmente, a jurisprudência distingue o diagnóstico evidente, sobre o qual o erro constituiria uma falta, do diagnóstico delicado e difícil, que não é considerado erro.

A título de exemplo, a recusa ou o atraso em preconizar a consulta a um especialista é comportamento falho. O atraso de diagnóstico por negligência em se informar dos resultados de análises é igualmente errôneo. O recurso a métodos de diagnóstico abandonados pelos especialistas competentes, ou a métodos perigosos, constitui igualmente uma falha, exatamente como a omissão de praticar exames aprofundados que vem a provocar um erro ou um atraso de diagnóstico.

O atuar em equipe constituída por vários profissionais - cirurgiões, médicos, enfermeiros, dentre outros - gera um vínculo de subordinação entre o chefe da equipe médica e os demais atuantes. O líder da equipe se responsabiliza pelos erros cometidos, considerando a responsabilidade pelo agir dos profissionais, sendo eles assalariados, terceirizados ou cooperados. O chefe responde pela falta do dever de cuidado, *neminem laedere*, pela negligência de seu preposto, a título de responsabilidade pelo feito de ou-

tra pessoa.⁷ Geralmente o cirurgião responde pelos atos dos demais membros da equipe, pois é considerado como co-contratante do paciente, devendo fornecer um trato satisfatório. O cirurgião, sendo necessário, deve velar pela intervenção de um médico anestesista. Todos os profissionais deverão executar os atos conferidos pelo chefe. Ele deve verificar a presença dos equipamentos e produtos necessários à intervenção cirúrgica, não podendo alegar excludente de responsabilização em caso de erro médico. Está presente o risco do empreendimento. Não existe vínculo de subordinação entre o chefe da equipe e os membros da equipe. O cirurgião responde pelos erros que pode cometer o médico a quem recorreu. É uma espécie de responsabilização pelo atuar de outrem, ainda que ausente vínculo de subordinação. A responsabilidade do cirurgião é mantida inclusive por uma ação que normalmente não é realizada por ele, tendo em vista a obrigação geral de prudência e de diligência posta sob sua responsabilidade. Todavia, cada profissional deve se preocupar pelos atos dos outros e ser capaz de evitar eventual insucesso. O conceito de equipe médica deve ser levado em consideração. A obrigação de prudência e de diligência se aplica a cada membro da equipe, que deve permanecer vigilante quanto à prestação de serviços realizada pelos demais profissionais.

Em determinados eventos pode ocorrer a presença de vários especialistas, de forma sucessiva ou concorrente, dependendo da necessidade exibida no momento. No caso de uma lesão sofrida pelo enfermo, pode ser dificultosa a imputação do erro cometido a determinada pessoa, e essa dificuldade de imputar o erro a alguém bloqueia, teoricamente, a indenização ao paciente. O artigo 32 do Código de Deontologia Médica francês dispõe que: “O médico compromete-se a assegurar, pessoalmente, ao paciente, cuidados conscienciosos, devotados e fundados em dados adquiridos da ciência, fazendo apelo, se for o caso, a ajuda de terceiros competentes.”⁸

⁷ “Art. 1169 do Código Civil. O preposto não pode, sem autorização escrita, fazer-se substituir no desempenho da preposição, sob pena de responder penalmente pelos atos do substituto e pelas obrigações por ele contraídas.”

⁸ “L’article 32 du Code de déontologie médicale dispose que ‘le médecin s’engage à assurer personnellement au patient des soins consciencieux, dévoués et fondés sur les données ac

Nesses casos, quando do ajuizamento da ação, o Magistrado deve nomear um perito, que realizará as pesquisas de regras, usos, diligências e cuidados a que o profissional deve se sujeitar nas circunstâncias do evento.

O chamado erro na organização do serviço deve também ser levado em consideração. Ele pode ocorrer em razão da ausência de supervisão, por falta do corpo médico, ou, ainda, pela imprudência médica, bem como pela insuficiência de meios adequados para a prestação do serviço. Casos que espelham o erro na organização do serviço são: um anestesista conduzido por uma enfermeira sem que o médico soubesse da operação, ou o caso de intervenção tardia do enfermo, ou da anestesia imprestável, ou um funcionamento defeituoso dos equipamentos utilizados pelo médico.

A responsabilidade civil do médico, bem como a perda da chance de cura nem sempre circundam as lesões ocasionadas por intervenção cirúrgica ou tratamento, ausente o nexo de causalidade. A medicina não é tão abrangente a ponto de suplantar a condição física do doente e milagrosamente trazer a saúde do enfermo de volta.

Há que distinguir os casos de dano futuro palpável de evento hipotético, este último não indenizável. O juiz só poderá aplicar a perda da chance quando verificar a existência do vínculo de causalidade, e mais, quando esse vínculo for forte o suficiente para proporcionar ao requerente sucesso na demanda. Havendo certo grau de verossimilhança do dano é possível a indenização. A perda da chance retrata o insucesso de uma oportunidade que seria ofertada ao doente caso não houvesse a interrupção abrupta em razão de um ato ilícito. A conjuntura que é frustrada não é o proveito esperado, mas a probabilidade de que esse proveito ocorreria não fosse a interrupção oriunda do ilícito. A chance deve ser séria e provável. É rejeitada a indenização de mera suposição.

quises de la science en faisant appel s'il y a lieu à l'aide de tiers compétents'." (HALPERN, Maître Céline. *Op. cit.* p. 58.)

Assim, a perda da chance só será reconhecida quando der lugar à reparação do dano oriunda da oportunidade perdida devido a um erro. A indenização será limitada ao único valor da chance perdida, que será consubstanciado no dano constituído pela não realização do que era esperado.

No domínio da perda da chance, o fenômeno aparece como um instrumento de medida do grau de certeza do prejuízo. O prejuízo parece certo, tanto assim que a sua existência é estabelecida pelo desvio da perda da chance.

Explica-se que a perda da chance é utilizada como reveladora do grau de solidez do vínculo causal. O dano, cuja existência não é posta em dúvida, traz um sabor de certeza, tendo em vista o forte vínculo causal entre o nexa e o fato que o gerou. Dessa forma, a simples perda de esperança não é geradora de uma lesão certa, devendo o dano ser considerado suficientemente constituído para ser reparado.

Na França, aplica-se a teoria da perda da chance na seara administrativa, principalmente no que se refere ao problema das leis de validação.⁹

Portanto, não se permite a indenização pelo proveito perdido, e sim pela perda da plausibilidade de almejar uma vanta-

⁹ “A indicação do emprego da perda da chance como critério no caso das leis de validação reside na constância da fórmula que utiliza o Conselho de Estado desde a decisão da Assembléia Lacombe de 1º de dezembro de 1961. Ela consiste em que ‘se na ausência de uma disposição expressa da lei de validação ou de uma indicação precisa dos trabalhos preparatórios deste texto, negando qualquer direito à reparação (aos interessados) [...] privados por causa das disposições dessa lei das possibilidades (de apresentação em um concurso ou de integração) sobre as quais eles podiam contar, a responsabilidade do Estado é em princípio suscetível de estar comprometida com o fundamento do princípio de igualdade perante os encargos públicos (a pessoa em questão) não pode, entretanto, reclamar uma indenização do Estado [...] desse chefe desde que não resulte da instrução que (ela), (quando não tinha nenhum direito - mas somente vocação - por apresentação ou integração) (na data da regulamentação objeto da validação), tenha naquela data reunido chances suficientemente sérias de ser (admitida, integrada) para que a intervenção da lei de validação possa ser vista como lhe havendo causar um prejuízo certo’. Uma tal estabilidade é bem o sinal de que a perda da chance, no contencioso da Função Pública, tem um papel efetivo e indissociável de instrumento de medida, o de critério, ou ainda o de índice referencial. Em resumo, ela é uma noção-pivot.” (SALLET, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*. Paris: L.G.D.J: Université Panthéon-Assas, 1994, p. 23.)

gem, distinguindo-se o resultado perdido da chance de obtê-lo. Por conseguinte, a indenização pela perda de uma oportunidade não se desvia da regra da certeza do dano, ante a probabilidade perdida. Assim, perdida a chance, presente estará a certeza do dano.

3. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO E O DANO E A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL NA PERDA DA CHANCE

Primeiramente, faz-se necessário abordar, mesmo que de forma sucinta, o nascedouro das duas principais teorias a respeito do nexos de causalidade, quais sejam: a teoria da equivalência e a teoria da causalidade adequada.

Para José Juan Rivas Belandria, não é possível haver distinção alguma entre as diversas condições que procedem ao resultado, para atribuir a só uma o caráter da causa, pois todas são igualmente necessárias para sua produção, e, portanto, equivalentes. Afirma, ainda, que entre todos os seguidores de Von Buri, destaca-se, por sua precisão lógica e clara da exposição, o eminente jurista alemão Franz Von Liszt, que explica a teoria da equivalência da seguinte forma: O resultado deve ser causado (provocado) por um movimento corporal; o movimento corporal e o resultado devem estar em relação de causa e efeito (em relação à causalidade). Exemplifica com duas situações: o caso do hemofílico; mesmo não sendo a doença mortal em si mesma, aparecem outras circunstâncias, como o incêndio do hospital para onde foi conduzido o lesionado. A mesma interpretação deve ser dada quando para a produção do resultado tenham contribuído, simultaneamente ou subseqüentemente, outros atos humanos. Assim, não oferece relevância alguma para a decisão do nexos causal a cooperação da negligência de um terceiro, do médico, por exemplo, que concorre com várias pessoas para a conduta imprudente relativa ao mesmo lesionado. Quanto à teoria da causalidade adequada, o autor cita Von Kries, que parte da concepção empírica de causa como conjunto de condições. Considera necessário destacar entre todas as condições que cooperam para a produção do resultado aquelas que são geralmente

apropriadas e adequadas para originá-lo; são essas que atribuem caráter causal, negando as restantes.¹⁰

A idéia nodal é desobstruir obstáculos existentes na comprovação dos elementos ensejadores da responsabilidade civil, realçando o resultado danoso. Assim, nas situações em que é difícil comprovar o nexu causal entre a conduta culposa do médico e a lesão experimentada pelo enfermo, permite-se que o elemento prejudicial gerador da indenização seja a perda de uma chance de resultado conveniente no tratamento.¹¹

O prejuízo decorrente da perda de uma chance não é dano futuro, e sim o atual, pois o resultado que poderia ser almejado no futuro não mais existirá, em razão da perda da chance. O dano resulta do prejuízo provável.

O Magistrado analisa a perda da chance no caso concreto. Tal fenômeno deve ser utilizado para definir os contornos de um dano já sofrido, e não para permitir indenizar um prejuízo puramente eventual. É claro que a perda da chance não pode ser uma noção com ares liberais que o juiz queira utilizar para solucionar o litígio. O julgador deve ter o cuidado ao analisar e julgar a demanda, adaptando a reparação ao grau de certeza do dano, com o auxílio da perda da chance.

O juiz, pelo viés da perda da chance, chega a transformar em prejuízo certo o que poderia ser considerado como um prejuízo eventual, e conseqüentemente não indenizável, caso não se tivesse recorrido à perda da chance.

A falha deve ter engendrado um dano, e o vínculo causal entre a falha e o dano deve ser estabelecido. O mais difícil a definir é o vínculo de causalidade. O prejuízo deve surgir da conseqüência certa e direta de um erro médico.

¹⁰ BELANDRIA, José Juan Rivas. *La relación de causalidad en la calificación del delito*. Mérida - Venezuela: Publicaciones de la facultad de derecho de la universidad de Los Andes, 1959, p. 67

¹¹ Caio Mário da Silva Pereira disserta sobre a doutrina da causalidade adequada afirmando: “Em linhas gerais, e sucintas, a teoria pode ser resumida: o problema da relação de causalidade é uma questão científica de probabilidade. Dentre os antecedentes do dano, há que destacar aquele que está em condições de necessariamente tê-lo produzido”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. 9. ed. rev. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 79.)

O ideal é que a existência do vínculo de causalidade, proveniente de uma apreciação médica advinda de uma especialidade, se funde em conclusões de peritos designados para determinar ou não a presença deste vínculo causal.

Os danos sofridos pela vítima, oriundos do ato médico considerado errôneo, poderão ser objeto de indenização. Os prejuízos são fixados após a conclusão do laudo pericial.

Segundo Martinho Garcez Neto:

*O que a ciência jurídica tem estabelecido, em definitivo, no campo da responsabilidade civil resultante do ato ilícito é o seguinte: quando uma imprudência ou negligência é provada contra o agente, não há necessidade de investigar além disto; desde que, afastada essa culpa, o dano não se tenha verificado, não há necessidade de mais nada para impor a condenação.*¹²

Vale citar o direito argentino, que não possui previsão normativa expressa em matéria de danos causados aos consumidores por produtos de consumo e por serviços, aplicando-se os princípios gerais que regulam os pressupostos da responsabilidade civil. O dano é proporcional aos elementos capazes de estabelecer a verossimilitude do nexa causal.

Nos casos de remoção de doente em estado grave por meio inapto, se ocorrer a morte do paciente no interregno da remoção, a responsabilização do hospital que autorizou a transferência é patente, pois, ciente da gravidade do quadro apresentado pelo paciente, jamais poderia permitir a remoção em condições precárias. Impõe-se concluir pela existência do nexa de causalidade.

Em posição diametralmente oposta ao que acima foi dito, o nexa de causalidade romper-se-á quando o nosocômio não aceitar a transferência e internação em suas dependências de um portador de tumor maligno em estágio avançado, por não possuir equipamentos

¹² GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. 3. ed. rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 29.

necessários para a celebração da intervenção cirúrgica. No caso, está ausente a causalidade adequada a ensejar o dever de indenizar. O nexo de causalidade foi rompido, uma vez que, de conformidade com o diagnóstico, os médicos que atenderam ao moribundo concluíram que não havia chances de cura, tampouco de sobrevivência. Assim, as causas são independentes. O vínculo entre o comportamento do representante do hospital e o evento permite concluir, com base nas leis naturais, que a conduta não foi a causa da morte.

É prudente repetir que, quando da aplicação da teoria da perda de uma chance de cura, a relação causal que se institui entre a culpa do médico e o dano do doente não é natural, e sim estritamente jurídica.

A reparação do dano sofrido deve ser integral, caso possível, pois o indivíduo lesionado tem o direito de ser ressarcido. O art. 944 do Código Civil determina que: “A indenização mede-se pela extensão do dano”. O cerne do dispositivo é atribuir proteção ao lesado, com o intuito de retorno ao estado primário, ou seja, anterior à ocorrência do fato danoso.

Em sede de perda da chance de cura, o dano que exsurge é o de natureza moral, não obstante entendimentos divergentes, entendendo a presença do dano emergente - em razão da atual possibilidade de cura que restou frustrada - e do lucro cessante, apesar da impossibilidade de quantificar o dano material, ou de estabelecer a probabilidade de sua ocorrência.¹³⁻¹⁴

Antônio Jeová Santos disserta que:

Coloca-se a perda da chance, considerada como a frustração de uma oportunidade em que seria obtido um benefício,

¹³ Para Sérgio Novais Dias, o dano é uma espécie de lucro cessante: “[...] Na situação da perda de uma chance, os danos materiais emergentes têm sua certeza equiparada à certeza dos lucros cessantes, ou seja, à certeza baseada na probabilidade”. (DIAS, Sérgio Novais. **Responsabilidade civil do advogado na perda de uma chance**. São Paulo: LTr, 1999, p. 95)

¹⁴ Para Sérgio Cavalieri, o dano também é uma espécie de lucro cessante: “O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito”. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 4. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 92.)

*caso não houvesse o corte abrupto em decorrência de um ato ilícito. A oportunidade que é frustrada não é o benefício aguardado, mas a simples probabilidade de que esse benefício surgiria, se não houvesse um corte no modo de viver da vítima.*¹⁵

Já a mensuração do dano moral, apresentada a perda da chance, faz-se dificultosa, devendo o julgador observar as seguintes bases, de conformidade com a explanação do citado autor:

- a) a situação da vítima, se a chance invocada como perdida tivesse se realizado. Deve-se tomar em conta, para isso, a existência e grau da álea;*
- b) a chance em si mesma, valorada em função do interesse quebrantado, do grau de probabilidade de sua produção e do caráter reversível ou irreversível do prejuízo que provoca sua frustração;*
- c) o montante indenizatório que houvesse correspondido no caso de haver-se concretizada a chance e obtido o benefício esperado. Os juízes devem considerar integralmente a álea que afeta a realização da chance perdida; é por isso que a indenização deverá ser, em princípio, menor que a que corresponderia no caso de certeza total do dano. O que não significa que, por tratar-se de uma chance, a condenação seja irrisória que, para a vítima, constitua um valor simbólico.*¹⁶

Ato omissivo de hospital público também acarreta indenização por danos morais, como no caso de desaparecimento de paciente do estabelecimento hospitalar, ante a inobservância do dever de guarda e de vigilância.

Com o advento da Constituição de 1988, ocorreu uma importante modificação na célula principal do organismo do Direito Civil: a proteção à dignidade da pessoa humana tornou-se primazia.

¹⁵ SANTOS, Antônio Jeová. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁶ *Ibid.* p. 106-108.

Assim, o Direito Civil deve voltar-se para a busca do instrumental que oferte possibilidade de almejar a reparação, em sua totalidade, da lesão sofrida. Todavia, a reparação pode não ser integral, dependendo da desproporção entre o grau de culpa do causador do dano e a lesão, conforme o parágrafo único do art. 944 do Código Civil, adotando a teoria da gradação da culpa para incidir a quantia indenizatória. A gravidade da culpa não é a base da medida da indenização, e, sim, o nexo de causalidade. A extensão da lesão deve ser inquirida a partir do nexo de causalidade.

No que se refere à quantificação, mensurar o dano moral com o fim de fixar a quantia pela chance perdida traduz-se em uma árdua tarefa, devendo o juiz, quando da quantificação, observar os seguintes parâmetros: a situação do lesado, se a chance frustrada tivesse sido alcançada; a chance propriamente dita, mensurada em razão do interesse partido, do grau de probabilidade da ocorrência do evento e do caráter reversível ou não da lesão que causou o fracasso; o valor da indenização que espelha a concretização da chance e a obtenção do proveito aguardado. A quantia da indenização deve ser menor do que o valor ajustado no caso de certeza concreta do dano. Não quer dizer que a condenação deva ser insignificante por tratar de uma chance frustrada.¹⁷

Na maioria dos casos, a chance somente será considerada séria e real quando a probabilidade de obtenção da vantagem esperada for superior a 40% (quarenta por cento).

Todavia, Miguel Kfoury entende que:

Impõe-se, assim, a indenização pela perda da chance - teoria que vem ganhando corpo ante a conduta que se poderia

¹⁷ “O exemplo mais característico é do talentoso violinista, ganhador de vários prêmios quando ainda adolescente e que se lhe entremostra uma carreira promissora. Essa carreira, porém, é frustrada por um acidente que lhe rompe tendões do braço direito, causando paralisia do membro. O jovem virtuoso não mais poderá tocar o violino. Por todo o passado na vida do músico antes do acidente, pode-se afirmar, com certo grau de certeza, que se não houvesse o acidente, ele seria um grande músico. A perda da chance gerou menoscabo em decorrência da frustração da carreira.[...] (SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral indenizável**. 4. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 106.)

*exigir do profissional ou do hospital e que, muito embora pudesse não dar bons resultados, teria, todavia, o condão de dizer que todos os meios teriam sido empregados para evitar o mal. Nesse caso, a indenização é bastante minimizada, resultando em 20% a 30% do que seria devido em caso de morte.*¹⁸

A fixação do valor da indenização por dano moral há de ser compatível com a lesão sofrida. A proteção da personalidade deve prevalecer, pois o lesado pleiteia uma mitigação da dor ocasionada e não um valor para a aflição propriamente dita.¹⁹

A análise da extensão do dano deverá abordar as condições pessoais do lesionado, tais como a violação da dignidade da pessoa; a idade; a condição socioeconômica; se houve a afetação da saúde física e/ou mental; a compensação pelo dano sofrido - o exame da possibilidade de sanar ou abrandar a moléstia na alma, além dos valores fundamentais relativos à sua personalidade que foram rompidos; a esfera de ação - investigação do reflexo do dano no ambiente social em que está integrado, se o dano se restringe ao âmbito familiar ou se repercute em um círculo que envolve um número maior de integrantes da coletividade.

É imprescindível a existência de critérios estáveis que oferecem ao Magistrado serenidade ao fixar o valor da indenização; a possibilidade de o litigante valorar a conveniência ou não de de-

¹⁸ KFOURI NETO, Miguel. *Culpa médica e ônus da prova*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 117.

¹⁹ “É bem verdade ser impossível de se avaliar precisamente o preço da dor - qualquer dor. Mas, daí, afirmar-se que aquele que causou a dor não deva ser compelido a ressarcir materialmente o ofendido por ela é um contra-senso. De algum modo, o agressor, necessariamente, haverá de propiciar a sua vítima uma satisfação tão grande, na medida do possível, quanto a dor que motivou. É certo que o contrabalançar monetário pode realizar isso. Afinal, aquele que tira a vida do filho de outrem, causando-lhe tristeza profunda, pode, através de indenização, patrocinar os estudos de filho remanescente, compensando aos pais a dor com imensa exultação. Do mesmo modo, aquele que dá causa à perda de um membro do corpo de alguém, à lesão corporal, à doença venérea, à doença laboral, à injúria, à calúnia, à prisão indevida ou a um dano moral qualquer”. (CENCI, José Eduardo Callegari. “Considerações sobre o dano moral e a sua reparação”. *Revista dos Tribunais*, São paulo, v. 81, n. 683, p. 45-48, set. 1992, p. 47.)

mandar; de ofertar credibilidade à coletividade no que se refere à confiabilidade no Poder Judiciário; além da evitação das aventuras jurídicas, que, infelizmente, acontecem de forma reiterada.

Yussef Said Cahali elenca fatos e circunstâncias que devem informar o convencimento judicial para a fixação do valor indenizatório no que se refere ao dano estético:

1ª) A natureza da lesão e a extensão do dano: Considera-se a natureza da lesão, a extensão do dano físico, como causador do sofrimento, da tristeza, da dor moral vivenciados pelo infortúnio; 2ª) Condições pessoais do ofendido: Consideram-se as condições pessoais do ofendido, antes e depois da ofensa à sua integridade corporal, tendo em vista as repercussões imediatas que a deformação lhe acarreta em suas novas condições de vida; 3ª) Condições pessoais do responsável: Devem ser consideradas as possibilidades econômicas do ofensor, no sentido de sua capacidade para o adimplemento da prestação a ser fixada; 4ª) Equidade, cautela e prudência: A indenização não deve ser tal que leve o ofensor à ruína nem tanto que leve o ofendido ao enriquecimento ilícito. A equidade, portanto, deve estar presente no espírito do julgador; 5ª) Gravidade da culpa; 6ª) Arbitramento em função da natureza e finalidade da indenização: tratando-se de danos extrapatrimoniais, a indenização tem finalidade reparatória, à diferença do ressarcimento que ocorre no caso de danos patrimoniais.²⁰

Essas especificações deverão servir de objeto de individualização da decisão, de forma a espelhar a razoabilidade da indenização.

A questão do tabelamento do dano moral pelo legislador causa inconvenientes, como a possibilidade de se estabelecerem quantias irrisórias que não possuam o condão de reparar o dano

²⁰ CAHALI, Yussef Said. *Dano moral*. 3. ed. rev., ampl. e atual. conforme o Código Civil de 2002. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005, p. 277-280.

sofrido, ou até mesmo que estimulem a realização de outros danos pelo causador do ato ilícito. O ideal se retrata na possibilidade de o julgador, no caso concreto, após a análise do fato e das provas, conferir uma quantia compatível ao caso que se apresenta, buscando tanto quanto possível a paz social e respeitando a dignidade da pessoa humana.

O nexó de causalidade é nota essencial para o nascimento do dever de indenizar. Os danos necessariamente oriundos do ato ilícito são indenizáveis. As diversas conseqüências do ato ilícito, desde que advindas da conduta ilícita, fazem surgir a responsabilidade do causador do dano.

No que concerne à perda da chance, esta deve ser real, e não simples expectativa. Faz-se necessária a demonstração da existência de uma lesão final, sendo que a quantificação do prejuízo depende do estágio de possibilidade de que a chance perdida se efetuassem. O quantum estará atrelado à estimativa do dano conseqüente à perda. No campo médico, a perda da chance de cura abala a causalidade. Esse nexó causal mitigado gera indenização diminuta, ligado à percentagem da chance perdida.

Segundo Miguel Kfourri Neto:

No tocante à quantificação dos danos, ter-se-ia que analisar o estado anterior da vítima e o dano imputável ao ato terapêutico que provocou a perda da chance, a fim de se estabelecer essa proporcionalidade entre o ato medido - aparentemente vinculado à perda - e o dano em si.²¹

A perda da chance de cura provoca um dano pessoal. É claro que não haverá indenização da álea, e, sim, do prejuízo sofrido em razão do serviço não prestado de forma eficiente. O juiz apreciará, no caso apresentado, a chance desperdiçada. O *quantum* deve margear a probabilidade que o paciente tinha de cura ou de

²¹ KFOURI NETO, Miguel. Culpa médica e ônus da prova. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 112.

sobrevivência, já que não ocorreu o erro médico tradicional que gera indenização integral, no campo patrimonial e moral.

Nos casos em que se faz dificultosa a comprovação do nexo de causalidade entre o ato ou omissão culposos do médico e o dano experimentado pelo paciente, admite-se que o elemento prejudicial que determina a indenização é a perda de uma chance de um resultado favorável no tratamento.

É cediço que comprovar, cabalmente, o nexo de causalidade, no que se refere à teoria da perda da chance de cura é tarefa árdua, por isso a necessidade de mitigar a comprovação da causa da lesão.

Contudo, não é uma falha qualquer que deflagra a obrigação de reparar o dano. Deverá tratar-se de um atuar negligente, pois se assim não se visualizar, será impraticável o agir do profissional de medicina, já que o médico lida com o corpo e com a mente humanos, que compõem um círculo frágil, tendo em vista os segredos não revelados pelo próprio corpo do homem. Cabe à ciência se sentir à vontade para labutar nas pesquisas que buscam a cura de diversas doenças, desde que os agentes atuem com diligência e prudência, observando o dever de cuidado. A vida humana não tem equivalente. Acima de qualquer valor, tem dignidade. Por tal razão, é indispensável que as novas exigências de regulamentação da vida social tenham a tutela das normas jurídicas, no sentido de evitar que o homem se rebele, num último estertor, contra a opressão e a arbitrariedade. O direito à proteção da saúde humana não pode ser somente a aplicação correta do ordenamento jurídico, sem que se considere seu fundamento ético, individual e social, com vistas a alcançar o pleno reconhecimento da dignidade da pessoa humana e de sua participação numa sociedade mais homogênea e mais justa em igualdade e liberdade.

O Direito brasileiro abraça o princípio da boa-fé objetiva como essência de todo o regramento jurídico. Isso representa que não basta a intenção subjetiva, a intenção romântica, é necessário fiscalizar e limitar o dever de agir, evitando abuso no exercício de um direito, em prol de uma sociedade solidária.

Na medicina, o princípio espelha a necessidade de atualização técnica profissional diuturnamente, atentando para o progres-

so da ciência médica, além do dever de desempenho adequado da técnica exigida para o exercício profissional, em benefício do doente. A ausência de observância desse princípio pode provocar a responsabilidade médica pela perda da chance de cura e sobrevivência.

Ao final, o que a coletividade almeja é a proteção à pessoa humana e a preservação da espécie pelos próximos milênios. 

Jurisdição Constitucional e Legitimidade Democrática Tensão Dialética no Controle de Constitucionalidade

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Consultor Jurídico da Procuradoria Geral de Justiça. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul e da Escola Superior do Ministério Público da União.

1. O GOVERNO DOS JUÍZES?

O relevante papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais no delineamento da norma de conduta, reflexo inevitável de uma metódica concretizadora que vê na realidade um elemento indissociável do conteúdo da norma, ao que se soma o controle de constitucionalidade das leis, que permite sejam cotejadas e quiçá invalidadas quando dissonantes da Constituição, mantêm a atualidade do *formidável problema* a que se referiu Cappelletti:¹ é possível, num regime democrático, que indivíduos (os juízes) ou grupos (os corpos judiciários), relativamente isentos de responsabilidade e que não sejam escolhidos pelo povo, possam impor

¹ “Un Probleme Majeur: Controle Jurisdictionnel des Lois et Principe de Démocratie. Etude de Droit Comparé”, in *Le Pouvoir des Juges*, trad. de René David, Paris: Ed. Economica, 1990, p. 215/216.

sua própria hierarquia de valores e suas *predileções pessoais*² ao interpretar as disposições constitucionais, cuja vagueza semântica não precisa ser lembrada?

Esse problema, à evidência, admite uma multiplicidade de respostas, cuja direção e intensidade variarão conforme o evoluer das instituições estatais e os valores sociopolíticos sedimentados em dado Estado.

A expressão *governo dos juizes*, em sua gênese, refletia uma crítica direcionada à freqüente intervenção da Suprema Corte norte-americana nas opções políticas do Executivo e do Legislativo, que eram confrontadas com a Constituição e, não raras vezes, invalidadas.

As críticas assumiram grande intensidade por ocasião do *New Deal*, conjunto de medidas que buscava combater os efeitos deletérios da depressão de 1929, tendo a Suprema Corte invalidado inúmeros atos que compunham a política econômica do Presidente Roosevelt. O embate assumiu proporções institucionais, sendo largamente difundida a proposta de que o número de juizes deveria ser alterado, inclusive por lei ordinária, o que poderia conduzir a uma composição simpática às propostas do Executivo. Em seqüência, o Tribunal recuou e passou a adotar uma postura de autocontenção (*self restraint*), sendo a crise superada.³

A expressão *governo dos juizes* bem refletia o sentimento de inúmeros autores e atores políticos norte-americanos quanto à freqüência e à intensidade das matérias alcançadas e regidas pela jurisprudência da Suprema Corte. Para alguns, o autor da expressão foi o francês E. Lambert, na obra *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*

² Em *Eisenstadt vs. Baird* (405 U.S. 438, 1972), o Supremo Tribunal norte-americano, por violação à *equal protection clause*, reconheceu a inconstitucionalidade de lei do Estado de Massachusetts que impunha tratamento desigual a pessoas casadas e solteiras em situação similar, tendo o Justice Burger realçado, em sua opinião dissidente, que o Tribunal “invadia seriamente” as prerrogativas constitucionais dos Estados ao substituir o juízo valorativo realizado pelos órgãos legislativos, o que lhe parecia ter ocorrido no caso.

³ Cf. Peter Irons, *A People's History of the Supreme Court*, New York: Penguin Books, 1999, p. 294/306.

- L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.⁴ Ocorre que, consoante o próprio Lambert, a expressão fora cunhada uma década antes por L. B. Bondin, sendo o título de um marcante estudo publicado na *Political Science Quarterly* nº 26, p. 238-270, no auge da campanha de protesto realizada pelo Presidente Roosevelt⁵. Segundo Lambert, os fundamentos dessa teoria decorriam da associação cada vez mais estreita dos tribunais à elaboração legislativa⁶, crítica que já enunciava uma concepção demasiado ampla da esfera política interdita à ingerência do Judiciário. A visão clássica de Montesquieu, que norteara os trabalhos da Convenção de Filadélfia, teria sido profundamente alterada⁷, sendo a supremacia política do Judiciário conquistada às expensas do Legislativo, importando numa invasão dos domínios do *statute law*, iniciativa que poderia ser associada à sistemática prevalecente no sistema de *common law*, também herdado pelos norte-americanos.⁸ Com isto, o *statute law* passou a ter o significado declarado pelos juízes, nada podendo ser feito pelo legislador para contorná-lo: “é a situação humilhante da lei americana”.⁹ Como influência exógena (fora do sistema), Lambert apontava a educação legal, toda estruturada com base no *método do caso*, o que conferia um especial relevo às decisões dos tribunais; como influência endógena, apontava a relevância assumida pelo art. 1º, Seção 10, § 1º, da Constituição de 1787, que vedava aos Estados a edição de leis que prejudicassem as obrigações assumidas nos contratos, e, acima de tudo, o papel assumido pelas dez Emendas que integravam o *Bill of Rights*.¹⁰ Nesse particular, a *interpretação fundante* dispensada à *due process clause*, em sua conhecida vertente substantiva, passou a permitir o julgamento da racionalidade e da

⁴ Cf. Cappelletti, “Un Probleme Majeur...”, p. 219; e Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 27ª ed., Paris: L.G.D.J., 2001, p. 263.

⁵ *Le gouvernement des juges...*, p. 8.

⁶ *Le gouvernement des juges...*, p. 8.

⁷ *Le gouvernement des juges...*, p. 14.

⁸ *Le gouvernement des juges...*, p. 16.

⁹ *Le gouvernement des juges...*, p. 23.

¹⁰ *Le gouvernement des juges...*, p. 38.

oportunidade das leis,¹¹ terminando por agigantar a intromissão dos tribunais na seara do Legislativo, merecendo especial menção a postura refratária à legislação social¹² e a invalidação das leis contra os *trusts*.¹³ Os constantes conflitos com o Legislativo diminuíram a popularidade do Judiciário, levando à discussão de propostas sobre a possível deposição dos juízes pelo sufrágio universal (*recall*), o que chegou a ser implementado nas Constituições do Oregon (1908) e de alguns outros Estados, deflagrando uma grande agitação na sociedade norte-americana.¹⁴ Ainda merece menção o apelo público contra as decisões judiciais promovido pelo Presidente Roosevelt, em 1911, que sugeria fossem elas submetidas a um *recall*.¹⁵ Estabelecendo um paralelo com o direito francês, Lambert voltou a realçar a sua aderência a um positivismo clássico que mantinha totalmente apartados os momentos de criação e de aplicação da norma, o que pode ser facilmente constatado na sua afirmação de que a “construção americana” se distinguia da *interpretação francesa*.¹⁶

Apesar das críticas ao *governo dos juízes*, Prélot e Boulouis afirmam que o controle de constitucionalidade norte-americano e a formação do parlamento inglês foram, em termos de organização político-estatal, as contribuições mais importantes para a humanidade.¹⁷

A franca expansão da jurisdição constitucional e a crescente politização da Justiça exigem reflexões sobre a sua coexistência, no Estado de Direito, com as distintas estruturas estatais de poder. Afinal, existem balizamentos à atuação do Tribunal Constitucional? O embate com agentes políticos escolhidos pelo voto popular necessariamente redundará na conclusão de uma carência de legitimidade do Tribunal? A referida coexistência entre as estruturas de poder será facilitada com a instituição de mecanismos de

¹¹ *Le gouvernement des juges...*, p. 51/59.

¹² *Le gouvernement des juges...*, p. 67/91.

¹³ *Le gouvernement des juges...*, p. 138/176.

¹⁴ *Le gouvernement des juges...*, p. 94/95.

¹⁵ *Le gouvernement des juges...*, p. 98.

¹⁶ *Le gouvernement des juges...*, p. 130.

¹⁷ *Institutions Politiques et Droit Constitutionnel*, 10^a ed., Paris: Dalloz, 1987, p. 239.

contenção ao ativismo judicial? Conquanto seja evidente que tais questões apresentam densidade e importância que em muito superam os limites destas breves linhas, cremos que sua elaboração contribuirá, ao menos, para realimentar o debate de longa data travado pela doutrina.

2. A EXPANSÃO DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Num primeiro momento, seria possível afirmar que, em Estados de reduzida tradição democrática, nos quais ainda não está sedimentada a ideologia participativa, os tribunais assumiram uma singular importância na preservação do equilíbrio institucional e na manutenção da atuação estatal em moldes compatíveis com as opções políticas fundamentais traçadas na Constituição. Esse raciocínio, embora correto *in abstracto*, torna-se de difícil aceitação quando transposto para o plano concreto, máxime quando tomamos o modelo norte-americano como paradigma: aqui, a intensa participação da Suprema Corte na vida institucional é contrastada com a existência de um sólido alicerce democrático, em que avultam a liberdade de expressão e uma intensa fiscalização popular. Em sentido diverso, sendo o francês o sistema utilizado como paradigma, o raciocínio já se mostrará correto, pois tal sistema, democrático na essência, é tradicionalmente refratário a uma expansão dos poderes dos órgãos jurisdicionais: somente admite o controle prévio de constitucionalidade, realizado pelo *Conseil Constitutionnel*, órgão estranho à estrutura dos tribunais,¹⁸ e ainda adota um sistema de jurisdição dúplice, afastando dos tribunais comuns a análise de questões de interesse da Administração. Como se percebe, referido raciocínio, longe de assumir os contornos de uma regra, não chega a ultrapassar os rabiscos de uma tênue reflexão: debilidade democrática e incremento da atuação jurisdicional não guardam entre si uma necessária relação de causa e efeito.

¹⁸ Sobre a evolução do controle de constitucionalidade na França, vide Louis Favoreu *et alii*, *Droit Constitutionnel*, 6ª ed., Paris: Dalloz, 2003, p. 255/273.

Não se pode negar, no entanto, que a franca expansão da jurisdição constitucional,¹⁹ não obstante a diversidade dos modelos utilizados, se mostra, em linha de princípio, refratária à crítica que a fórmula *governo dos juizes* por si resume. O processo constitucional deve ser concebido como instrumento de execução da Constituição, de defesa do direito constitucional e de garantia da coerência do ordenamento jurídico em relação a ela:²⁰ com a jurisdição constitucional, “a Constituição se juridifica e judicializa”.²¹

A existência de um texto escrito, de cunho estrutural e caráter fundante, torna necessária a existência de um órgão que vele pelo respeito à supremacia constitucional, evitando que espécies normativas derivadas terminem por se sobrepor ao seu pró-

¹⁹ Cf. Peter Häberle. “Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in vergleichender Perspektive”, in *EuGRZ* n° 22-23, p. 685 (685), 2005. Além dos sistemas básicos de controle de constitucionalidade (norte-americano ou difuso, austríaco ou concentrado e francês ou político), os Estados africanos oferecem interessantes variações, que costumam apresentar dissonâncias em relação aos modelos jurídicos adotados pelas potências colonizadoras. Mesmo nos Estados de colonização francesa e belga verifica-se a vinculação, sob distintas modalidades, da jurisdição constitucional a ordens judiciais comuns: a) atribuindo-a à instância suprema da ordem judiciária (Camarões, Senegal, Comores e Zaire); b) instalando uma “câmara constitucional” no âmbito dessa instância suprema (Costa do Marfim, Gabão, Marrocos e Mauritànea) ou mesmo uma “seção constitucional” (Mali); c) constituindo o Tribunal Constitucional a partir da fusão de duas jurisdições supremas ordinárias, mais especificamente o Conselho de Estado e o Tribunal de Cassação, como ocorre em Ruanda; d) criando um Tribunal Constitucional orgânica e funcionalmente autônomo, como se verifica em Madagascar (Alto Tribunal Constitucional de Madagascar - instalado em 1975) e no Congo (Conselho Constitucional do Congo - instalado em 1984). Nos Estados de colonização inglesa, embora prevaleça a solução norte-americana do *judicial review*, já é divisada a criação de Tribunais Constitucionais (África do Sul - Constituição de 1996). Nos Estados de colonização espanhola ou portuguesa, verifica-se a adoção dos seguintes modelos: a) instalação de um órgão especializado, como o Conselho de Estado no Guiné Equatorial (1982), o Conselho Constitucional em Moçambique (Constituições de 1990 e 2004) ou o Tribunal Constitucional em Cabo Verde (Constituição de 1992); b) adoção do sistema de controle político da constitucionalidade das leis, a cargo do próprio parlamento (o sistema cabo-verdiano até 1992); c) omissão, pura e simples, da jurisdição constitucional (sistema moçambicano até 1990). Cf. Ould Bouboutt, *Les Juridictions Constitutionnelles en Afrique*, in *AIJC*, v. XIII, p. 31 (33/34), 1997; e Jorge Miranda, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 765/767.

²⁰ Cf. Dario Cavallari, “Considerazioni sulla rilevanza della questione di legittimità costituzionale: una nozione ampia risolve le strettoie derivanti dalla sua incidentalità”, in *DS* n° 4, p. 469 (473), 2002.

²¹ Cf. Ignácio de Otto, *Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes*, 2ª ed., 8ª reimp., Barcelona: Editorial Ariel, 2001, p. 36.

prio fundamento de validade. Objeta-se, no entanto, que a norma constitucional não é um mero *fato objetivo*,²² a ser simplesmente *constatado*;²³ em verdade, ela inevitavelmente assumirá os contornos que lhe sejam dados pelo Tribunal, instância última de controle. Não é por outra razão que a questão do excessivo poder dos órgãos jurisdicionais inevitavelmente retorna à ordem do dia, o que costuma ocorrer sempre que o Tribunal Constitucional transita da autocontenção (*self restraint*) para uma postura ativista (*ativism*), avançando em matérias que, teoricamente, poderiam ser enquadradas sob a epígrafe da liberdade política dos órgãos legislativos e administrativos.²⁴

A compreensão dessas zonas de tensão exige sejam previamente identificadas as causas que conduziram à sua formação. Nessa perspectiva, é possível afirmar que a Justiça, longe de ser concebida como uma força exógena ao sistema democrático, nele está ínsita, atuando como elemento de recomposição da normalidade (almejada), o que permite sejam contornadas as deficiências estatais.²⁵ Esse papel é especialmente sentido quando constatamos que o paradigma do Estado Democrático de Direito está intimamente associado à função transformadora do direito: a Constituição se ajusta a essa funcionalidade e deixa de ser vista como um mero instrumento de aferição da *parametricidade formal*.²⁶ A lei, em não poucos aspectos, volta-se à operacionalização dos ob-

²² Como advertia Rui Barbosa, com alicerce na doutrina norte-americana, outorgando-se tal atividade ao próprio legislativo, parte interessada, seria ele juiz em sua própria causa: “a preponderância, nesse caso, caberia sempre à lei contra a Constituição”- *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo ante a Justiça Federal* (arrazoados de 1893), 2ª ed., Rio de Janeiro: Flores & Mano, s/d].

²³ Cf. Hamon, Troper e Burdeau, *Manuel...*, p. 63.

²⁴ No direito francês, a posição assumida pelo Conselho Constitucional no célebre caso das “leis de nacionalização” (Decisões nºs 132 DC, de 16/01/1982, e 139 DC, de 11/02/1982) suscitou áspersos debates quanto às dificuldades de conciliação entre justiça constitucional e democracia. Cf. Louis Favoreau, e Louis Philip, *Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, 12ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 2003, p. 457/499.

²⁵ Como observa Kimminich, uma “justiça independente somente é um corpo estranho nas chamadas democracias populares, isto é, nas ditaduras comunistas” [“A jurisdição constitucional...”], in *RILSF* nº 105, Janeiro-Março/1990, p. 283 (285)].

²⁶ Lenio Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica - Uma Nova Crítica do Direito*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 103.

jetivos constitucionais, não mais se situando numa esfera de liberdade política imune a todo e qualquer referencial de controle.

Embora não seja este o momento adequado a uma análise do debate há muito travado entre substancialistas e procedimentalistas,²⁷ é inegável que os contornos de muitas Constituições contemporâneas, especialmente nos Estados de *modernidade tardia*,²⁸ longe de retrair, estimulam a expansão da jurisdição constitucional. Constituições como a brasileira de 1988, de contornos dirigentes e excessivamente impregnados pela moralidade política, além de serem submetidas a constantes reformas (mero conseqüente da alternância das forças políticas no poder),

²⁷ Os substancialistas valorizam o conteúdo material das Constituições, atribuindo-lhes um papel diretivo, cabendo à lei operacionalizar a concretização dos vetores axiológicos que contemplam (v.g.: os direitos sociais). Com isto, o direito avança em esferas outrora afetas à liberdade política e o Judiciário assume um relevante papel na efetivação da Constituição. Cf. Tribe, *Constitutional Choices*, Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 3/28; e Mauro Cappelletti, *Juizes Legisladores? (Giudici Legislatori?)*, trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 1993, reimp. de 1999, p. 40/42, 73/81 e 92/107. Os procedimentalistas, por sua vez, acentuam o papel instrumental da Constituição: ela estaria primordialmente voltada à garantia de instrumentos de participação democrática e à regulação do “processo” de tomada de decisões, com a conseqüente valorização da liberdade política inerente à concepção democrática. Apesar de reconhecerem a penetração de valores substantivos nesse processo, defendem que a sua importância é meramente secundária, não dirigindo o processo em si. Ao Judiciário, assim, caberia tão-somente assegurar a observância desse processo, cabendo a cada geração estabelecer as bases axiológicas sobre as quais se desenvolverá. Cf. John Hart Ely, *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, 11^a ed., Cambridge: Harvard University, 1995, p. 88 e ss.. Como é intuitivo, o debate inevitavelmente conduz à questão da legitimidade política do Judiciário para concretizar os valores substanciais contemplados na Constituição. A necessidade de se preservar o equilíbrio entre os vetores de efetividade e estabilidade constitucionais, legitimidade democrática e acesso à justiça exige moderação no delineamento da Constituição. Nessa linha, é de todo aconselhável sejam evitadas posições extremadas, como o minimalismo constitucional, levando a extremos a mobilidade democrática, e o dirigismo absoluto (“maximalismo constitucional”), engessando o evoluir do pensamento sociopolítico.

²⁸ Gomes Canotilho, esclarecendo a evolução do seu pensamento quanto ao constitucionalismo dirigente e à relativização do conceito, ainda defende a sua utilidade nos Estados de “modernidade tardia”: a Constituição dirigente não “morreu”, o que “morreu” foi a “‘Constituição metanarrativa’ da transição para o socialismo e para uma sociedade sem classes” (“Brançosos” e *Interconstitucionalidade - Itinerários dos Discursos sobre a Historicidade Constitucional*, Coimbra: Edições Almedina, 2006, p. 34/35, 154/156). Com isto, esclareceu entendimentos equivocados, em especial na doutrina brasileira, quanto ao alcance do prefácio à 2^a edição da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

ensejam uma intensa procura do Judiciário em busca da concretização dos valores substanciais que albergam. A freqüente positividade de direitos de indiscutível relevância para o homem (v.g.: os direitos sociais) e a imposição de restrições à sua supressão evidenciam uma carga axiológica que não pode ser desconsiderada, tratando-se de clara manifestação de um modelo substancialista, indicativo da importância assumida pelo Judiciário nesse contexto.

Constatadas a ineficiência da organização estatal e a correlata ineficácia dos mecanismos democráticos (v.g.: o voto) em contorná-la, não restará outra opção ao cidadão senão recorrer aos órgãos jurisdicionais, cuja atuação é precipuamente direcionada pelo Direito, não por um ideário político. Os sistemas jurídico e político, apesar de ontologicamente separados, mantêm um intenso intercâmbio, permitindo que (a) os tribunais, observadas as balizas estabelecidas pelo sistema político, profiram decisões que assumam uma feição politicamente inovadora e (b) as instituições representativas, observados os limites impostos pelo direito, criem um direito novo.²⁹

3. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

Não se deve prestigiar uma concepção restritiva de democracia, com contornos sobrepostos às instituições representativas e à vontade da maioria: a democracia deve assumir uma perspectiva mais ampla, estendendo-se à proteção da minoria, o que impedirá seja ela oprimida pela maioria ou alijada do processo político.³⁰ A política, assim, em não poucos aspectos, passa a ser vista com as lentes do direito: é o que se tem denominado de “judicialização da política”.³¹ De qualquer modo, essa ampliação da atuação dos

²⁹ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *O Direito na Sociedade Complexa*, São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 76.

³⁰ Cf. Hamon, Troper e Burdeau, Manuel..., p. 62.

³¹ Cf. Antoine Garapon, *O juiz e a democracia [O guardião das promessas (Le Gardien des Promesses)]*, trad. de Maria Luiza de Carvalho, Rio de Janeiro: Editora Revan, 1999, p. 25. Segundo o autor, a “judicialização da política” é um claro indicador de que a justiça teria assumido a condição de “último refúgio de um ideal democrático desencantado”.

órgãos jurisdicionais não deve ser concebida como uma espúria intervenção em seara alheia, importando numa paulatina absorção da política (e da liberdade valorativa que lhe é inerente) pelo direito. Trata-se de um reflexo inevitável da expansão do Estado³² e do aumento da confiança dos cidadãos, que alteram o palco de suas manifestações na medida em que identificam a ineficiência daqueles que detêm a sua representação política.³³ Com isto, não se tem propriamente uma transferência da soberania do povo para os juízes - concebidos como técnicos irresponsáveis e independentes -, mas, sim, a divisão de expectativas entre os distintos atores estatais, cada qual com sua importância na preservação do bem comum.³⁴ O regular funcionamento do sistema democrático não significa, necessariamente, a satisfação de todas as aspirações do cidadão, em especial daquelas que encontrem amparo na Constituição, o que explica o aumento da confiança depositada na

³² Para Cappelletti, num sistema democrático de *checks and balances*, a expansão do papel do Judiciário é o necessário contrapeso à paralela expansão dos “ramos políticos” do Estado moderno [Juízes Legisladores? (*Giudici Legislatori*), trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, reimp. de 1999, p. 19]

³³ Cf. Marcus Faro de Castro, “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, in *RBCS*, v. 12, n° 34, Junho/1997, p. 147 (148). Sobre a necessidade de “extirpar os atos de governo da paisagem jurídica”, isto por refletirem uma esfera imune ao controle dos órgãos jurisdicionais, vide Josiane Auvret-Finck, “Les actes de gouvernement, irréductible peau de chagrin?”, in *RDPSP* n° 1, p. 131 (173/174), 1995.

³⁴ Dworkin insurge-se contra a discricionariedade judicial com alicerce em dois argumentos básicos: (1) no plano democrático, a criatividade judicial violaria o princípio da separação dos poderes, que concentra no legislativo o poder de editar os atos normativos; e (2) no plano liberal, afrontaria a vedação de legislar *ex post facto*, pois resultaria na elaboração de uma norma jurídica a ser aplicada a fatos anteriores a ela. Além disso, enquanto o legislador toma suas decisões com base em argumentos de política (*arguments of policy*), o juiz deve utilizar argumentos de princípio (*arguments of principle*) - *Taking Rights Seriously*, Massachusetts: Harvard University Press, 17ª imp., 1999, p. 68/71 e 82/86). Essa construção é analisada por Sandra Martinho Rodrigues, *A Interpretação Jurídica no Pensamento de Ronald Dworkin (Uma Abordagem)*, Coimbra: Livraria Almedina, 2005, p. 16/17; e Alfonso García Figueroa, *Princípios y positivismo jurídico*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 268/289. Não compactuamos com a construção de Dworkin por três razões: (1) a atuação judicial está integrada ao sistema democrático; (2) as fases de criação e aplicação da norma se aproximam e interpenetram, não havendo qualquer violação à separação dos poderes na atividade judicial; e (3) como a norma somente pode ser obtida ao final do processo de concretização, sendo da sua própria essência o aperfeiçoamento de conteúdo no momento da aplicação, não há propriamente uma norma *ex post facto*, pois o “programa da norma” era preexistente.

Justiça sempre que se intensifique a ineficiência das instituições políticas.³⁵

A atuação judicial, assim, há muito se desprende do arquétipo traçado por Montesquieu³⁶ e acolhido por Hamilton, que considerava o Judiciário “*incomparavelmente mais fraco que os dois outros poderes*”; afinal, “*não tem nenhuma influência nem sobre a espada nem sobre a bolsa; nenhum controle nem sobre a força nem sobre a riqueza da sociedade, e não pode tomar nenhuma resolução ativa*”.³⁷ Essa tradição conservadora, que também afastava qualquer argumento antidemocrático contra a atuação dos tribunais, pois somente competia aos juízes velar pela supremacia da Constituição sobre as leis, terminou por ser superada com o constante desenvolvimento da atividade interpretativa dos juízes, que, segundo a crítica, podem “*tomar o lugar que deveria ocupar a vontade popular*”.³⁸ O papel dos órgãos jurisdicionais no delineamento da norma constitucional e os avanços promovidos no *judicial review* tornam evidente que o Judiciário não mais se compatibiliza com o apequenamento refletido no pensamento dos *Founding Fathers*.³⁹ Se Mirkin-Guetzévitch, nas primeiras décadas

³⁵ No Brasil, a constante postulação de direitos prestacionais, em ações individuais ou coletivas, é um claro indício do desencanto com as instituições políticas e da confiança depositada no Judiciário. Nessas demandas, são normalmente contestadas ações (melhor dizendo: omissões) pretensamente baseadas na discricionariedade político-administrativa do Estado na implementação dos direitos sociais, mais especificamente daqueles que tangenciam o denominado “mínimo existencial”. Exemplo dessa tendência é o reconhecimento, pelo Judiciário, do direito à medicação, ainda que não haja lei específica regulamentando o “direito à saúde” previsto no art. 196 da Constituição de 1988 ou dotação orçamentária para esse fim (RE nº 195.192-3/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 22/02/2000, DJU de 31/03/2000; e RE nº 273.834/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 31/10/2000, DJU de 02/02/2001). Cf. Marcos Maselli Gouvêa, *O Controle Judicial das Omissões Administrativas*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

³⁶ Cf. Karl Loewenstein, *Teoría de la Constitución (Verfassungslehre)*, trad. de Alfredo Gallego Anabitarte, Barcelona: Ediciones Ariel, 1964, p. 67.

³⁷ Madison, Hamilton e Jay, *Os Artigos Federalistas (The Federalist Papers)*, trad. de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1993, art. nº LXXVIII (Hamilton).

³⁸ Cf. Roberto Gargarella, *La justicia frente al gobierno*, Barcelona: Editorial Ariel, 1996, p. 59.

³⁹ Observa Tribe que as anotações da Convenção da Filadélfia sugerem a alguns estudiosos que os *Framers* (criadores) não explicitaram o *judicial review* simplesmente porque “o tinham como certo” (*American Constitutional Law*, 2a ed., Nova Iorque: The Foundation

do século XX, já detectava a tendência ao fortalecimento do Executivo em detrimento do Legislativo,⁴⁰ nos albores do século XXI, não mais se duvida da importância do Judiciário na preservação da harmonia do sistema. Daí se dizer que o Supremo Tribunal é “*um órgão jurisdicional e uma instituição política*”, formando com o Legislativo e o Executivo, em igualdade de condições, o que os norte-americanos denominam de *Governo*.⁴¹

A denominada “*politização da justiça*”, expressão cuja literalidade indicaria a prevalência de fatores ideológicos em detrimento do direito, não é necessariamente um efeito deletério da constante expansão da atuação judicial. A constatação decorre de três fatores: 1º) a politização dos juizes, diferentemente de sua *partidarização*,⁴² não tem como consequência imediata o comprometimento de sua imparcialidade, sendo absolutamente normal que um juiz interado das vicissitudes políticas mantenha-se equidistante das partes - o importante, no dizer de Garapon,⁴³ é que abstenha-se de impor a sua vontade individual, dissociada dos padrões normativos vigentes; 2º) a inexistência de univocidade na interpretação da disposição normativa torna inevitável que o juiz,

Press, 1988, p. 26). No sistema norte-americano, a instauração e a evolução do “governo dos juizes” podem ser divididas em quatro períodos: 1º) de 1787 a 1830 - o Supremo Tribunal luta pelo reconhecimento de sua autoridade, remontando a essa época o célebre caso *Marbury vs. Madison*, de 1803; 2º) de 1830 a 1880 - a autoridade do Supremo Tribunal e dos demais tribunais, apesar de sedimentada, é exercida com moderação, somente sendo declarada a inconstitucionalidade de leis federais, no período de 1803 a 1870, em três ocasiões; c) de 1880 a 1936 - o Supremo Tribunal e os demais tribunais opõem as suas próprias convicções ao direito emanado do legislador, fazendo-as prevalecer, surgindo nesse período a célebre expressão “governo dos juizes”; e d) a partir de 1936 - o Supremo Tribunal e os demais tribunais costumam se pronunciar no mesmo sentido dos demais poderes políticos, sendo esse período inaugurado pela resistência de Roosevelt. Cf. Prélot e Boulouis, *Institutions Politiques...*, p. 239/244.

⁴⁰ *Les Nouvelles Tendances du Droit Constitutionnel*, Paris: Marcel Giard, 1931, p. 167.

⁴¹ Cf. Guy Scoffoni, “Le Congrès des Etats-Unis et la Remise en Cause des Interprétations Constitutionnelles de la Cour Suprême: Sur la Conciliation entre Justice Constitutionnelle et Théorie Démocratique”, in *RFDC* n° 16, Paris: Presses Universitaires de France, 1994, p. 675 (675).

⁴² *Faro de Castro identifica focos de “partidarização” no Conseil Constitutionnel da França e no Bundesverfassungsgericht da Alemanha*, isto em razão do critério de escolha de uma parte de seus membros, da alçada dos órgãos legislativos [“O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política”, in *RBCS*, v. 12, n° 34, Junho/1997, p. 147 (149)].

⁴³ Cf. Antoine Garapon, *O juiz e a democracia...*, p. 180.

apesar de desenvolver a sua atividade valorativa com observância dos balizamentos fixados pelo programa da norma (texto normativo), encontre possibilidades de escolha diretamente proporcionais ao seu grau de politização, o que não se confunde com uma arbitrária contestação da lei; 3º) a politização não importa na asunção, pelos juizes, de tarefas da alçada exclusiva dos políticos, apresentando-se, em verdade, como um instrumento para a superação da ineficácia das estruturas políticas tradicionais.⁴⁴ Não é por outra razão que Loewenstein, afastando-se da classificação de Montesquieu, defendia que o *judicial review* norte-americano era “materialmente pertencente à categoria do controle político.”⁴⁵

4. BALIZAMENTOS NA ATUAÇÃO DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A freqüente referência à atividade interpretativa do Tribunal Constitucional tem o nítido propósito de evidenciar a impossibilidade de serem criados padrões de conduta *ex nihilo*, totalmente alheios ao processo democrático. Na medida em que se acentue o distanciamento das disposições constitucionais, resultando na sua complementação ou correção, intensifica-se a ingerência de ingredientes políticos nas decisões do Tribunal, tornando inevitável a eclosão da crítica baseada na formação de um *governo dos juizes*.⁴⁶

Apesar da indiscutível relevância, a intensificação da atuação judicial há de sofrer balizamentos, evitando a paulatina absorção de competências afetas a outras esferas de poder, cuja margem de liberdade é inerente à própria representatividade que ostentam. É da própria essência do sistema que o Tribunal seja instado a valorar atos de cunho nitidamente político (em linha de princípio, qualquer ato emanado do Legislativo possui natureza

⁴⁴ Cf. Celso Fernandes Campilongo, *Política, Sistema Judicial e Decisão Judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 57/63.

⁴⁵ *Teoria...*, p. 68. Na classificação tripartite de Loewenstein, o exercício do poder se manifestaria numa decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*), na execução da decisão (*policy execution*) e no controle político (*policy control*), sendo as duas últimas vertentes também da alçada do Judiciário (*Teoria...*, p. 62).

⁴⁶ Cf. Yann Aguila, “Cinq questions sur l’interprétation constitutionnelle”, in *RFDC* n° 21, p. 9 (9), 1995.

política): o ponto nodal da temática, no entanto, é identificar a intensidade dessa intervenção, que deve necessariamente preservar as competências dos demais órgãos, limitando-se o Tribunal à desqualificação daqueles atos dissonantes da Constituição.

Um primeiro balizamento é a exigência de que o pronunciamento dos tribunais se dê no âmbito de um processo, o que necessariamente exigirá a provocação de um legitimado, afastando a atuação *ex officio* e a delimitação do plano de análise, evitando a prolação de decisões genéricas. No que concerne à decisão propriamente dita, encontrar um ponto de equilíbrio entre *autocontenção*⁴⁷ e *ativismo* parece ser o mesmo que traçar uma linha limítrofe entre o que pode e o que não pode vir a ser considerado um governo dos juízes. Essa linha limítrofe, à evidência, não será traçada a partir de uma perspectiva abstrata, imune à realidade sociopolítica em que se projetará a decisão do Tribunal Constitucional. Na identificação do conteúdo da norma constitucional, paradigma de confronto no controle de constitucionalidade, o Tribunal interpretará o texto (programa da norma) a partir dos contornos da realidade (âmbito da norma): quanto maior a aproximação entre texto e realidade, menor será o sentimento de que a decisão usurpou a esfera política alheia.⁴⁸ O exercício moderado

⁴⁷ No direito norte-americano, merece referência a *political question doctrine* (ou *doctrine of nonjusticiability*), que exclui da esfera de apreciação judicial questões essencialmente políticas e que não coloquem em risco a liberdade individual (v.g.: negócios estrangeiros e poder de declarar guerra, processo de emenda à Constituição, *impeachment* etc. - vide *Baker vs. Carr*, 369 U.S., 186). Cf. Nowak e Rotunda, *Constitutional Law*, St. Paul: West Publishing Co, 1995, p. 106/117; e Tribe, *American Constitutional...*, p. 96/107. No direito alemão, o *Bundesverfassungsgericht* tem reconhecido a impossibilidade de apreciar a conveniência e a adequação de uma lei, salvo quando for manifestamente inadequada ao cumprimento de sua finalidade (BVerfGE 30, 250, de 1971) ou ofender as decisões valorativas do constituinte (BVerfGE 4, 7, de 1954). Cf. Kimminich, “A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes”, trad. de Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes, in *RILSF* n° 105, Janeiro-Março/1990, p. 283 (298/299).

⁴⁸ As dificuldades na apreensão da realidade não passaram despercebidas a Tocqueville quando tratou do papel do Supremo Tribunal norte-americano: “seu poder é imenso, mas é um poder de opinião. Eles são onipotentes enquanto o povo aceitar obedecer à lei; nada podem quando ele a despreza. Ora, a força de opinião é a mais difícil de empregar, porque é impossível dizer exatamente onde estão os seus limites. Costuma-se ser tão perigoso ficar aquém deles quanto ultrapassá-los. Os juízes federais não devem ser apenas bons cidadãos (...) É necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo (...)” (A Demo-

desses poderes permitirá seja preservada a crença de cada cidadão em sua segurança jurídica.⁴⁹

Essa interação entre texto e realidade, que a cada dia assume uma dimensão mais ampla e intensa, reflexo necessário da abertura semântica das normas constitucionais e da crescente expansão das áreas de atuação do Estado,⁵⁰ abre um largo campo de expansão ao Tribunal Constitucional, exigindo equilíbrio e sensatez para evitar que, sob os auspícios da *guarda da Constituição*, não se venha a ferir um dos princípios que lhe são mais caros: o princípio democrático. Na vertente oposta, invocar os dogmas da democracia para negar aos juízes a possibilidade de analisar a compatibilidade de uma lei com a Constituição terminaria por sujeitar esta última às maiorias ocasionais, que nem sempre refletem a vontade popular, isto em razão da reconhecida crise de representatividade da classe política.⁵¹ Um ordenamento jurídico baseado na soberania popular possui uma estrutura normativa que expressa essa vertente democrática, encontrando na Constituição o seu *espelho normativo essencial e primário*⁵²: ao proteger a ordem constitucional, o Tribunal estará protegendo a soberania popular em sua mais intensa e importante manifestação.⁵³ A experiência política, aliás, sugere que democracia e constitucionalismo formam um excelente par, com a tendência de que um reforça o outro.⁵⁴

cracia na América (De La Democratie em Amérique), Livro I, trad. de Eduardo Brandão, São Paulo: Editora Martins Fontes, 2004, p. 169/170).

⁴⁹ Cf. Sara MacDonald, "Problems with Principles: Montesquieu's Theory of Natural Justice", in HPT, v. XXIV, p. 109 (128), 2003.

⁵⁰ Cf. Cappelletti, *Un Probleme Majeur...*, p. 241; e *Juizes Legisladores?...*, p. 60.

⁵¹ Cf. Gargarella, *La justicia...*, p. 99.

⁵² Cf. Berti, *Interpretrazione Costituzionale, Lezioni di Diritto Pubblico*, 4ª ed., Verona: CEDA, 2001, p. 77.

⁵³ Nas palavras de Rui Barbosa: "a Constituição é acto da nação em attitude soberana de se constituir a si mesma. A lei é acto do legislador em attitude secundaria de executar a Constituição. A Constituição demarca os seus proprios poderes. A lei tem os seus poderes confinados pela Constituição. A Constituição é criatura do povo no exercicio do poder constituinte. A lei, criatura do legislador como órgão da Constituição. A Constituição é o instrumento do mandato outorgado aos vários poderes do Estado. A lei, o uso do mandato constitucional por um dos poderes instituidos na Constituição" (*Commentarios a Constituição Federal Brasileira*, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1º v., São Paulo: Saraiva & Cia., 1932, p. 19/10).

⁵⁴ Cf. Gavison, "What Belongs in a Constitution?", in CPL, v. 13, nº 1, Março/2002, p. 89 (90).

O atuar do Tribunal será aceitável enquanto (e tão-somente enquanto) suas decisões puderem ser argumentativamente reconduzidas ao liame que une texto e realidade, formando uma norma constitucional consentânea com a ordem de valores vigente na sociedade. Estruturando o seu raciocínio em etapas, o Tribunal permitirá a reconstrução e a adesão do “auditório” a cada uma dessas etapas.⁵⁵ Com isto, busca-se estabelecer uma diretriz de harmonização institucional, permitindo que a liberdade política dos órgãos legislativos e executivos coexista com o primado do direito e o relevante papel desempenhado pelos órgãos jurisdicionais, todos depositários dos legítimos anseios do cidadão. De qualquer modo, sempre que divisado um potencial conflito entre o Tribunal e a vontade da maioria, virá à tona a tensão entre justiça e democracia,⁵⁶ o que tem estimulado o debate em busca de soluções intermediárias, como um possível reenvio do padrão normativo à reapreciação do legislador.

5. A LEGITIMIDADE DAS DECISÕES DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: UMA BREVE REFERÊNCIA

O constante aumento da importância dos Tribunais Constitucionais no Estado moderno frequentemente traz à tona a questão da legitimidade de suas decisões, temática de indiscutível amplitude e que deve ser abordada, ainda que de forma meramente

⁵⁵ Cf. Pascal Binczak, “Le Conseil Constitutionnel et le droit d’amendment”, *in* RFDC nº 47, p. 479 (508), 2001.

⁵⁶ Cf. Gargarella, *La justicia...*, p. 119. Nas palavras do autor, que bem demonstram o alcance da polêmica, “nossos oponentes terão de nos convencer, por exemplo, de que é desejável que juízes não eleitos pela cidadania, nem sujeitos a uma responsabilidade eleitoral imediata, sigam decidindo questões substantivas (por exemplo, decidindo como se regula o aborto, decidindo se é bom ou ruim consumir estupefacientes, distribuindo como se podem distribuir os recursos sociais e como não etc.). Nossos oponentes deverão nos dar razões para outorgar ao poder judicial a última palavra em matéria constitucional quando sabemos (particularmente na América Latina) o quanto a magistratura é permeável à pressão dos grupos de poder. Nossos oponentes deverão persuadir-nos de que a reflexão individual e isolada dos juízes nos garante a imparcialidade de um modo mais certo que a própria reflexão coletiva. Nossos oponentes terão que nos fazer entender que é desejável que o bom exercício judicial siga dependendo do azar de contar com ‘bons juízes’. Nossos oponentes deverão aclarar estas dúvidas a menos que - como tantas vezes - prefiram simplesmente negar-se ou impor as suas razões” (p. 265).

introdutória. Lembrando o questionamento anteriormente posto: seria possível, num regime democrático, que os juízes fizessem sua vontade substituir-se à vontade popular?

Num primeiro plano, cumpre dizer que a inter-relação entre o texto da norma (*programa da norma*) e a realidade (*âmbito da norma*) contribui para demonstrar a distinção entre constitucionalidade e legitimidade.⁵⁷ Será considerada constitucional a norma encontrada a partir de um processo de concretização que se desenvolva com observância do balizamento fixado pelo texto constitucional. A norma, no entanto, apesar de constitucional, pode não refletir um comando que esteja em harmonia com determinados referenciais de aceitação, como os valores aceitos pela sociedade, deles distanciando-se. Nesse caso, a realidade, conquanto direcionadora do processo de concretização, não foi corretamente apreendida, ensejando o surgimento de uma norma dela dissonante. A possibilidade de a norma constitucional distanciar-se dos valores sociais bem demonstra a pertinência da distinção inicialmente referida, pois distintos são os elementos de fundamentação de cada qual.

A constitucionalidade da norma, em sentido lato, consubstancia um conceito formal, enquanto a legitimidade reflete um conceito material. Em outras palavras, a legitimidade é um plus em relação à compatibilidade da norma com o texto constitucional: reflete um relacionamento racional entre o comando emitido e um referencial de aceitação, como o consenso da coletividade.⁵⁸

A textura essencialmente aberta das normas constitucionais, a freqüente colisão entre direitos fundamentais, a recorrente realização de juízos de ponderação e o controle de constitucionalidade tão-somente exemplificam algumas situações em que a atividade da jurisdição constitucional ensejará debates quanto

⁵⁷ A concepção de legitimidade está longe de ser uníssona. Savigny reconhecia a legitimidade na necessidade constante de interpretação das leis, operação intelectual que permitia a passagem das regras de direito para a realidade (*Traité de Droit Romain*, Tome Premier, trad. por M. Ch. Guenoux, Paris: Firmin Didot Frères, Libraires, Imprimeurs de L'Institut, 1840, p. 202/203).

⁵⁸ Cf. Eros Roberto Grau, *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 85/87.

à sua legitimidade. Tal atividade provocará uma inevitável tensão entre dois valores indispensáveis ao correto funcionamento do sistema constitucional: (a) o primeiro indica que o poder de decisão numa democracia deve pertencer aos eleitos, cuja responsabilidade pode ser perquirida, e, (b) o segundo, a existência de um meio que assegure a supremacia e a unidade da Constituição, mesmo quando maiorias ocasionais, refletidas no Executivo ou no Legislativo, oponham-se a ela.⁵⁹

É importante observar que o equilíbrio propiciado pela separação dos poderes, de indiscutível importância na salvaguarda dos indivíduos face ao absolutismo dos governantes, também contém os excessos da própria democracia. O absolutismo, ou mesmo o paulatino distanciamento das opções políticas fundamentais fixadas pelo constituinte, pode igualmente derivar das maiorias ocasionais, as quais, à mingua de mecanismos eficazes de controle, podem solapar as minorias e comprometer o próprio pluralismo democrático. Por tal razão, não se deve intitular uma decisão judicial de antidemocrática pelo simples fato de ser identificada uma dissonância quanto à postura assumida por aqueles que exercem a representatividade popular. Não se afirma, é certo, que a democracia seja algo estático, indiferente às contínuas mutações sociais. No entanto, ainda que a vontade popular esteja sujeita a contínuas alterações, o que resulta de sua permanente adequação aos influxos sociais, refletindo-se nos agentes que exercem a representatividade popular, ela deve manter-se adstrita aos contornos traçados na Constituição, elemento fundante de toda a organização política e condicionador do próprio exercício do poder.

A democracia constitucional, como defende Rawls, deve ser concebida de forma dualista: o poder constituinte se distingue do poder ordinário, do mesmo modo que a lei suprema do povo da lei ordinária dos órgãos legislativos, o que importa na rejeição da soberania parlamentar.⁶⁰ Se o tribunal constitucional desempenha

⁵⁹ Cf. Howard, *op. cit.*, p. 188.

⁶⁰ O Liberalismo Político (Political Liberalism), trad. de Dinah de Abreu Azevedo, 2ª ed., 2ª imp., São Paulo: Editora Ática, 2000, p. 284.

o papel de defesa da Constituição, evitando seja ela corroída pela legislação de maiorias transitórias, não se pode intitulá-lo de antidemocrático. Embora seja antidemocrático no que se refere à lei ordinária, não o é em relação à Constituição, pois a autoridade superior do povo lhe dá sustentação. Basta que suas decisões estejam “razoavelmente de acordo com a Constituição em si, com as emendas feitas a ela e com as interpretações politicamente determinadas”. Também a Constituição, fruto de um processo constituinte democraticamente articulado, é uma forma de manifestação da soberania popular.⁶¹

Como vimos, não merece acolhida a tese de uma possível supremacia da jurisdição constitucional em relação aos demais órgãos de soberania. As suas vocações de mantenedora da *paz institucional* e de garantidora da preeminência da ordem constitucional assumem especial importância no Estado moderno, no qual aumenta a importância do Estado em relação ao indivíduo, com a correlata dependência deste para com aquele, exigindo um controle eficaz dessa relação.⁶² O dogma da separação dos poderes não pode receber leituras parciais. Em outras palavras, não pode permanecer indiferente aos influxos trazidos pela supremacia da Constituição e pela necessidade de ser protegida uma dada esfera jurídica dos cidadãos (*rectius*: os direitos fundamentais) contra a omissão ou o avanço desmedido do aparato estatal. A própria força operativa desses influxos vê-se condicionada à atuação da jurisdição constitucional, evitando venham a elastecer o rol das utopias não realizadas.⁶³

⁶¹ Cf. Francis-Paul Benoit, Montesquieu inspirateur des Jacobins - La théorie de la ‘bonne démocratie’, in RDPSP n° 1, p. 5 (9/10). Sobre a defesa do *judicial review* nos planos democrático-representativo e democrático-deliberativo, vide Bianca Stamato, *Jurisdição Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

⁶² Cf. Bachof, *Jueces y Constitución*, trad. de Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 58. Segundo o autor, o próprio controle, ao reconhecer a atuação em harmonia com o direito, fortalecerá a autoridade dos demais poderes (p. 59).

⁶³ Encampando as palavras de Luzia Marques da Silva Cabral Pinto, “a ‘Constituição justa’ pode ser utópica, mas, como muito bem observou Murgueza (*La razón sin esperanza*), quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas precisamente o facto de não deixar de o ser” (“Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 219).

No direito norte-americano, sempre que suscitado o debate sobre a legitimidade da *judicial review*, é invocada a doutrina de Alexander Bickel, que delineou, com perfeição, os aspectos básicos da controvérsia.⁶⁴ Segundo o autor, sempre que a Suprema Corte declara a inconstitucionalidade de um ato legislativo, ela ocupa uma posição contrária à da maioria, claro indicativo de que a *judicial review* é uma instituição anômala na democracia norte-americana, assumindo contornos contramajoritários.⁶⁵ Em decorrência dessa constatação, a colidência entre democracia e *judicial review* somente é passível de ser atenuada, não eliminada. Essa solução harmonizadora será alcançada na medida em que interpretação e aplicação das disposições constitucionais se tornarem fontes de expressão da vontade popular. Os tribunais, diferentemente dos legisladores e administradores, têm uma maior capacidade para identificar os valores sedimentados em dada sociedade, possuindo o preparo intelectual necessário à sua compatibilização com os fins públicos.⁶⁶

Tomando-se como referencial a teoria de Bickel, constata-se que o debate apresenta múltiplas variantes, cada qual procurando justificar a aproximação entre *judicial review* e vontade popular de uma maneira específica.

Principiando pelo debate entre *originalistas* e *não originalistas*, pode-se afirmar que os primeiros, francamente refratários ao ativismo judicial, defendem a necessidade de se preservar as fundações (*foundations*) da Constituição, que deve ser interpretada em harmonia com o seu intento original, mantendo-se fiel ao pensamento dos seus criadores (*framers*) e à vontade da maioria do presente. Ao juiz caberia tão-somente a realização das investigações relevantes ao caso concreto, descobrindo o sentido originário do texto constitucional: o *argumento central* dessa teoria é o de que *não é preciso ir além da Constituição* para entendê-la, nela sendo encontrados os significados que no momento de sua aplica-

⁶⁴ *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2ª ed., New Haven: Yale University, 1986.

⁶⁵ *The Least Dangerous Branch...*, p. 17/19.

⁶⁶ *The Least Dangerous Branch...*, p. 25/26.

ção não se mostrem claros.⁶⁷ Essa teoria teria a vantagem de evitar que os juízes substituíssem o direito por suas próprias predileções, terminando por inovar na ordem jurídica.⁶⁸ De acordo com os seus defensores, contribuiria para evitar um “*governo dos juízes*”, agentes que passariam a atuar como meros autômatos, transplantando para o plano da realidade uma decisão previamente tomada numa perspectiva abstrata, isto sem olvidar que manteria os tribunais adstritos aos contornos da Constituição, preservando o respeito popular.⁶⁹ Os valores encampados pelo legislador deveriam ser aceitos sempre que não fosse constatada a sua manifesta colidência com as opções feitas quando da edição da Constituição.

Em sentido contrário à tese originalista, tem-se a constatação de que Estado e sociedade assumem contornos nitidamente prospectivos, sendo evolutivos por natureza, o que bem demonstra a impossibilidade de as relações sociopolíticas serem reguladas por padrões normativos que se mostrem indiferentes à realidade e à ordem de valores vigentes no momento de sua aplicação. Uma ideologia dinâmica de interpretação constitucional torna inevitável que o conteúdo da norma deixe de apresentar uma relação de superposição com o respectivo texto constitucional, exigindo seja ela compatibilizada com todas as vicissitudes que se formaram a partir da promulgação da Constituição. A atividade interpretativa do juiz não pode sofrer um balizamento tal que elimine a sua liberdade valorativa e o amarre a um passado muitas vezes longínquo e esquecido. Para os não-originalistas, a Constituição se integra à realidade, não exaurindo o seu conteúdo normativo em aspectos

⁶⁷ Gargarella, *La justicia...*, p. 60.

⁶⁸ A necessidade de se afastarem julgamentos pessoais, nas palavras do *Chief Justice Rehnquist*, decorreria “da inexistência de um meio hábil pelo qual eu possa logicamente demonstrar a você que os julgamentos de minha consciência são superiores aos julgamentos de sua consciência, e vice versa” [“The Notion of Live Interpretation”, in *American Constitutional Interpretation*, org. por Murphy, Fleming and Barber, p. 248, apud Gary Jacobsohn, “Dramatic Jurisprudence”, in *Constitutional Stupidities*, Constitutional Tragedies, org. por William N. Eskridge Jr. e Sanford Levinson, New York: New York University Press, 1998, p. 172 (176)].

⁶⁹ Cf. Raoul Berger, *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*, 2ª ed., Indianópolis: Liberty Fund, 1997, p. 460.

internos e subalternos ao seu texto, de todo indiferentes ao entorno social. Fatores internos e externos se integram de modo a desvendar a norma mais consentânea com o momento de aplicação da Constituição.

John Hart Ely,⁷⁰ por sua vez, em obra de indiscutível profundidade e coerência lógica,⁷¹ começa por delinear aspectos favoráveis e desfavoráveis das teorias que Grey denominou de “interpretativista” e “*não-interpretativista*” (ou “*literalismo*” e “*não-literalismo*”). A teoria interpretativista, na medida em que se restringe à análise do texto constitucional e dos valores ali contemplados, apresenta uma maior adequação às concepções usuais de operação do direito e à teoria democrática, reduzindo a discricionariedade judicial e concentrando nos órgãos que detêm a representação democrática as opções políticas fundamentais. Os interpretativistas defendem que a invalidação de qualquer ato dos órgãos de soberania deve resultar de uma dedução cuja premissa fundamental seja claramente encontrada na Constituição. Quanto aos aspectos negativos, tem-se que o interpretativismo também se distanciaria da democracia ao negar às gerações futuras o direcionamento de suas vidas, isto sem olvidar que a abertura semântica de muitas normas constitucionais (“*disposições de sentido aberto*”, no dizer de Ely)⁷² torna inevitável que as decisões judiciais adotem parâmetros diversos, que não aqueles meramente textuais.

Para a teoria não-interpretativista, caberia aos juízes, de forma consentânea com a vida social, definir os *valores funda-*

⁷⁰ *Democracy and Distrust: a theory of judicial review*, 11^a ed., Cambridge: Harvard University, 1995, p. 1 e ss..

⁷¹ Uma resenha da obra de Ely pode ser obtida em García de Enterría, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, 3^a ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 210/221.

⁷² *Democracy and Distrust...*, p. 43. Como observa Dworkin, esses padrões vagos (“*vague standards*”), apesar de serem escolhidos deliberadamente, causam uma grande onda de controvérsias políticas e legais, que podem assumir um lado “estrito” e outro “liberal” (v.g.: nos casos relacionados à segregação racial, o Supremo Tribunal norte-americano adotou uma postura liberal, enquanto os críticos permaneceram do lado estrito), conforme a interpretação permaneça, ou não, alheia a determinados valores morais que não possam ser facilmente reconduzidos ao texto constitucional e ao pensamento dos “fundadores” (*Taking Rights Seriously*, 17a imp., Massachusetts: Harvard University Press, 1999, p. 132/137).

mentais referidos por Bickel⁷³, e que poderiam ser albergados pela Constituição.⁷⁴ Para os realistas, esses valores seriam encontrados pela própria apreensão do juiz, que empregaria os únicos critérios reconhecidos como reais pelo direito. Como os valores pessoais prestigiados por cada juiz assumem contornos voláteis, ficando à mercê de contingências extremamente variáveis, Ely objeta que essa doutrina carece da objetividade e da certeza inerentes ao direito. Para os jusnaturalistas, deveriam ser utilizados os valores imutáveis inerentes à concepção de direito natural, o que é desaconselhável em razão da falta de objetividade e da dificuldade de se reconhecer uma verdade ética com contornos absolutos e constantes. Quanto aos “*princípios neutrais*” (“*neutral principles*”), apesar de defenderem uma neutralidade dos juízes, que deveriam aplicar um mesmo princípio aos casos similares, não podem assumir o conteúdo substantivo que pretendem, pois a neutralidade na aplicação não propiciaria uma fonte de conteúdo substantivo. A descoberta dos *valores fundamentais* a partir da aplicação do “*método da razão familiar ao discurso da filosofia moral*”, hipótese sustentada por Bickel, é combatida por Ely com os argumentos de que a razão só pode conectar premissas à conclusão, não dizendo nada por si, e que cada indivíduo, em especial das classes mais elevadas, tem a sua própria filosofia moral, o que confere ao argumento acentuados contornos elitistas e antidemocráticos. A utilização da tradição, outro critério sugerido por Bickel, é combatido face à sua debilidade no fornecimento de respostas suficientes e inequívocas, também perdendo em objetividade.

Além dessas considerações, Ely analisa a tese de que os valores sociais a serem considerados pelos juízes devem ser aqueles “amplamente compartilhados na sociedade”, refletindo a idéia de *consenso*.⁷⁵ A utilização dos valores que se refletem no consenso, extraídos de uma opinião majoritária, traz aspectos positivos ao contribuir para afastar o subjetivismo do juiz e render homenagem ao princípio democrático. Opondo-se à tese, observa Ely que, se

⁷³ *The Least Dangerous Branch...*, p. 236 e ss..

⁷⁴ *Democracy and Distrust...*, p. 44/62.

⁷⁵ *Democracy and Distrust...*, p. 63 e ss..

a função do consenso é proteger o direito da maioria, melhor seria seguir o processo legislativo, certamente mais apto a alcançar esse objetivo que o processo judicial; por outro lado, entendendo-se que sua função é proteger a minoria contra a ação da maioria, ter-se-ia a incongruência de empregar os juízos de valor da maioria como mecanismo de proteção da minoria.

Conclui Ely que, independentemente do referencial utilizado, não é tarefa dos tribunais definir e impor valores, acrescentando ser infrutífera a busca de valores que preencham a textura aberta das disposições constitucionais sem tornar o Tribunal um órgão legislativo. Por outro lado, uma postura interpretativista, tomando as disposições constitucionais como um espaço fechado, também seria incapaz de suprir o caráter aberto de muitos dos termos utilizados. Para solucionar esse impasse, sustenta que a melhor construção é aquela desenvolvida pela Suprema Corte norte-americana sob a presidência de Earl Warren, passando a analisá-la. Em apertada síntese, pode-se afirmar que o Tribunal desenvolveu sua jurisprudência na sedimentação da observância dos direitos fundamentais, em especial no processo criminal; na qualificação dos eleitores e no delineamento das circunscrições eleitorais; e na implementação do princípio da igualdade (*equal protection clause*), particularmente em relação aos negros e estrangeiros. O Tribunal assegurou a abertura do processo político e corrigiu algumas discriminações contra as minorias, terminando por estruturar uma razoável teoria da representação política. Com isto, diversamente da teoria que apregoa a imposição judicial dos “valores fundamentais”, essa tese (*representation-reinforcing orientation*), ao evitar que os juízes se substituam aos representantes eleitos, não só é compatível com a democracia representativa como a reforça.⁷⁶

⁷⁶ *Democracy and Distrust...*, p. 100 e ss.. Paulo de Tarso Ramos Ribeiro, discorrendo sobre a justificação dos procedimentos de decisão judicial, observa que “a racionalidade procedimental da justiça só se legitima quando é capaz de institucionalizar mecanismos de permeabilização às reivindicações éticas que incluam: a) a democratização do procedimento pelo acesso à justiça mediante a participação equitativa dos sujeitos de direito; b) a discussão acerca da procura da verdade e sua busca recorrente nos institutos processuais; c) padrões de revisão e controle da racionalidade do processo” (*Direito e Processo: Razão Burocrática e Acesso à Justiça*, São Paulo: Max Limonad, 2002, p.189).

Alexy,⁷⁷ discorrendo sobre a competência do Tribunal Constitucional, em muito contribui para a elucidação da tensão dialética acima enunciada. Segundo ele, “*a chave para a resolução é a distinção entre a representação política e a argumentativa do cidadão*”. Estando ambas submetidas ao princípio fundamental de que todo o poder emana do povo, é necessário compreender “*não só o parlamento mas também o tribunal constitucional como representação do povo*”. Essa representação, no entanto, se manifesta de modo distinto: “*o parlamento representa o cidadão politicamente, o tribunal constitucional argumentativamente*”, o que permite afirmar que este, ao representar o povo, o faz de forma “*mais idealística*” que aquele. Ao final, realça que o cotidiano parlamentar oculta o perigo de que faltas graves sejam praticadas a partir da excessiva imposição das maiorias, da preeminência das emoções e das manobras do tráfico de influências, concluindo que “*um tribunal constitucional que se dirige contra tal não se dirige contra o povo, senão, em nome do povo, contra seus representantes políticos*”.

A argumentação jurídica permite seja aferida a legitimidade e controlada a racionalidade das decisões proferidas,⁷⁸ tendo especial relevância nos casos difíceis (*hard cases*), considerados como tais aqueles que admitem uma pluralidade de soluções, todas lícitas e reconduzíveis ao programa da norma. Quanto maior a abertura semântica da disposição normativa, mais incisivo o papel criativo dos tribunais e mais acentuado o ônus que recai sobre a argumentação a ser desenvolvida. Esse aspecto foi realçado por

⁷⁷ “Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático”, trad. de Luiz Afonso Heck, in RDA n° 217/66, 1999; “Balancing, constitutional review and representation”, in IJCL v. 3, n° 4, p. 572 (578/581), 2005; e Teoria da Argumentação Jurídica (Theorie der Juristischen Argumentation), trad. de Zilda Hutchinson Schild Silva, São Paulo: Landy, 2001, p. 211 e ss..

⁷⁸ Como observou Cristina Queiroz, “esse ‘direito dos juízes’ (*Richterrecht*) deriva a sua autoridade e independência do método científico da fundamentação” (Direitos Fundamentais-Teoria Geral), Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 130). Em outra passagem, observa a autora que, enquanto o legislador não está obrigado a respeitar o “princípio da coerência”, o juiz deve necessariamente decidir os casos que lhe sejam apresentados utilizando os “materiais jurídicos relevantes”, os quais podem ser desconsiderados pelo legislador caso considere que a sua opção é a melhor (*op. cit.*, p. 291).

Dworkin, ao afirmar (referindo-se ao *common law*) que a construção (*construction*) de regras anteriormente não reconhecidas não confere aos juízes uma liberdade idêntica à do legislador: as decisões devem ser tomadas com base em princípios (*principles*), não em políticas (*policies*), indicando os argumentos que levam os juízes a crer que as partes têm novos direitos e deveres jurídicos.⁷⁹

O dever de fundamentação das decisões judiciais busca demonstrar a sua correção, elaborando uma espécie de blindagem às críticas que se voltam contra o padrão de justiça nelas refletidos. Trata-se da “racionalidade” “externa” ou “extrínseca” do raciocínio jurídico”, apresentando extensão e complexidade sensivelmente maiores que a “fundamentação meramente dedutiva”, própria do modelo subsuntivo.⁸⁰

Conferindo-se à Constituição a condição de elemento polarizador das relações entre os órgãos de soberania, torna-se evidente que os mecanismos de equilíbrio por ela estabelecidos não podem ser intitulados de antidemocráticos. Além disso, a ausência de responsabilidade política dos membros da jurisdição constitucional não tem o condão de criar um *apartheid* em relação à vontade popular. Na linha de Bachof, o juiz não é menos órgão do povo que os demais, pois, mais importante do que a condição de mandatário do povo, é a função desempenhada “em nome do povo”,⁸¹ aqui residindo a força legitimante da Constituição. Essa fórmula, aliás, mereceu consagração expressa no art. 202, nº 1, da Constituição portuguesa: “os tribunais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo”.⁸²

Note-se que o dever de respeito à Constituição faz nascer, como contraponto, uma espécie de direito difuso à sua efetiva observância,⁸³ que se espraia entre todos os cidadãos, autorizando e legitimando a atuação do Tribunal Constitucional.

⁷⁹ *Law's Empire...*, p. 244.

⁸⁰ Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais...*, p. 189.

⁸¹ *Jueces...*, p. 59.

⁸² No mesmo sentido: arts. 101 da Constituição italiana de 1947 e 138 da Constituição peruana de 1993.

⁸³ Cf. Berti, *Interpretazione Costituzionale...*, p. 530/531.

6. VETORES DE CONTENÇÃO AO ATIVISMO JUDICIAL

A necessidade de coexistência e equilíbrio entre as noções de interpretação constitucional, democracia participativa e legitimidade democrática torna inevitável que o próprio sistema ofereça mecanismos de recomposição da normalidade institucional. Nessa perspectiva, as decisões do Tribunal Constitucional, além de encontrarem na Constituição um balizamento natural, podem ser diretamente atingidas pelas opções políticas do poder reformador ou, indiretamente, pela legislação infraconstitucional.

Apesar de sua posição de preeminência na interpretação constitucional, os atos do Tribunal Constitucional auferem a sua força e vitalidade na ordem constitucional, fundamento e limite de sua atividade. Incumbe a ele atualizá-la e concretizá-la, atuando como intérprete indiscutível e definidor do conteúdo constitucional, o que permite qualificá-lo como “*poder constituído constituinte*”.⁸⁴ A Constituição somente diz o que o seu intérprete supremo diz, não sendo absurdo afirmar que sua vontade não é essencialmente distinta daquela emanada do constituinte, já que atua como o seu legítimo porta-voz. Apesar dessa indiscutível liberdade valorativa, o Tribunal não deixa de ser poder constituído, devendo render obediência à Constituição, ao que ela é, não àquilo que o Tribunal gostaria que fosse. Nessa perspectiva, quanto maior a abertura semântica das normas constitucionais, maior será a liberdade do Tribunal na *revelação* da vontade constituinte.

Esse dever de respeito à ordem constitucional é igualmente constatado na imperativa observância das normas emanadas do poder reformador, que deve render estrita obediência aos limites fixados pelo constituinte. A adstrição do Tribunal à vontade popular, devidamente refletida no delineamento das normas constitucionais, erige-se como eficaz mecanismo de controle das decisões que destoem dos anseios da coletividade, permitindo sejam elas retificadas ou superadas por uma reforma constitucional. Ao ques-

⁸⁴ Requejo Pagés, *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, p. 78, nota 4, 113, 116 e 128.

tionamento “*qui custodit custodem?*”, responde-se: o poder reformador.⁸⁵

O denominado *direito constitucional jurisprudencial*, em verdade, evidencia um instrumento de aplicação da Constituição, concretizando-a. Instrumento e objeto de aplicação diferem entre si pelas condições de produção e pela força derogatória: diferentemente da reforma constitucional, a decisão do Tribunal, apesar de interpretar a Constituição, não pode modificá-la (ao menos de forma direta, dissociada do processo interpretativo).⁸⁶ O fato de

⁸⁵ O Congresso norte-americano, em inúmeras oportunidades, “passou por cima” (*override*) das decisões do Supremo Tribunal, podendo ser mencionados os seguintes exemplos: a) Décima Primeira Emenda, de 1798, que limitou a competência dos Tribunais Federais, destoando da decisão que a havia ampliado (*Chisholm vs. Geórgia*, de 1793); b) Décima Quarta Emenda, de 1868, que alterou o entendimento fixado pelo Tribunal no caso *Dread Scott vs. Sandford*, de 1857, no qual se entendeu que os americanos descendentes de africanos, quer escravos, quer livres, não poderiam ser considerados cidadãos dos Estados Unidos; c) Décima Sexta Emenda, de 1913, que contornou a declaração de inconstitucionalidade do imposto sobre a renda, a menos fosse ele precedido de uma repartição entre os distintos Estados (*Pollock vs. Farmer’s Loan and Trust Co.*, 158 U.S. 601, 1895); e d) Vigésima Sexta Emenda, de 1971, que fixou a idade comum de 18 anos para participar, como eleitor, das eleições da União e dos Estados, conferindo poderes regulamentares ao Congresso - com isto, foi contornado o entendimento adotado no caso *Oregon vs. Mitchell* (400 U.S. 112, 1970), em que se reconheceu a impossibilidade de o Congresso fixar a idade de voto nas eleições dos Estados. Cf. Tribe, *American...*, p. 50/51; e Scoffoni, “Le Congrès...”, in RFDC n° 16, 1994, p. 675 (682/685). No direito francês, pode ser mencionada a alteração dos arts. 3° e 4° da Constituição de 1958, promovida pela revisão de 08/07/1999, destinada a permitir a existência de cotas, de acordo com o sexo, para as candidaturas às eleições políticas. Com isto, contornou-se a decisão do Conselho, de 18/11/1982, que entendeu inconstitucional norma que consagrava cotas dessa natureza para a composição das listas eleitorais (Decisão n° 82-146, *Recueil*, p. 66, RJC, p. 1-134, JO de 19/11/1982, p. 3475). Cf. Jean-Pierre Camby, “Supra-constitutionnalité: la fin d’un mythe”, in RDPSP n° 3, Maio-Junho/2003, p. 671 (685). Situação idêntica ocorre no direito brasileiro. Exemplo dessa possibilidade pode ser encontrado na Emenda Constitucional n° 20/1998, que, apesar de vedar a percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública - salvo os cargos cumuláveis na forma da Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração -, resguardou a situação daqueles ingressos no serviço público até a publicação da Emenda. Essa alteração contornou a interpretação adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n° 163.204-6, em 9 de Novembro de 1994, que somente permitia a acumulação de proventos e vencimentos em relação a cargos acumuláveis na atividade, alcançando todas as situações constituídas a partir de 1988, ano de promulgação da Constituição. Anotam Favoreu *et alii* que a prática é comum no direito austríaco (*Droit Constitutionnel...*, p. 317).

⁸⁶ Cf. Favoreu *et alii*, *Droit Constitutionnel...*, p. 77.

somente a reforma constitucional poder superar a decisão do Tribunal Constitucional que detectou o vício de inconstitucionalidade numa lei não decorre da natureza constitucional da decisão que o reconheceu, mas, sim, porque tal decisão concretiza a Constituição em vigor: estivessem no mesmo nível a decisão do Tribunal e a norma constitucional em que se apóia, não seria possível uma reforma constitucional.⁸⁷

Essa solução, no entanto, estará normalmente adstrita às hipóteses em que a interpretação do Tribunal destoar de uma opinião verdadeiramente generalizada, não podendo ser utilizada com grande frequência, de modo a contornar toda e qualquer decisão tomada. Não bastasse o elevado número de decisões, o que dificulta a constante utilização do processo de reforma constitucional, normalmente complexo e demorado, ainda se deve lembrar que a própria disposição emanada do poder reformador estará sujeita à interpretação do Tribunal, sendo factível a possibilidade de se obterem significados distintos daqueles imaginados pelos artífices da reforma.

Além dos mecanismos de cunho constitucional, ainda merecem menção os de natureza infraconstitucional, vale dizer, a utilização da legislação infraconstitucional para esvaziar ou tão-somente diminuir a perspectiva de efetividade das decisões do Tribunal Constitucional. Em situações desse tipo, o “alvo” são aspectos circunstanciais à decisão do Tribunal, dificultando o surgimento de um quadro favorável à sua implementação.⁸⁸ Pode-se afirmar que “soluções” desse tipo geram evidente “in-

⁸⁷ Cf. Favoreu *et alii*, *Droit Constitutionnel...*, p. 77. Os autores assinalam que somente de forma excepcional é prevista a possibilidade de o Tribunal Constitucional produzir diretamente uma norma constitucional formal: é o caso do direito austríaco, em que o Tribunal Constitucional pode ser instado pelo Governo, federal ou estadual, a decidir se um projeto de lei diz respeito a um domínio de competência federal ou provincial. Decisão dessa natureza terminará por complementar as disposições constitucionais que regulam a distribuição de competências legislativas.

⁸⁸ Em 1938, o Supremo Tribunal norte-americano decidiu que os indígenas acusados da prática de crimes tinham o direito de serem assistidos por um Conselho situado ao nível dos tribunais federais (*John vs. Zerbst*, 304 U.S. 458, 1938). O Congresso, no entanto, somente em 1964, com o *Criminal Justice Act*, previu a designação ou o reembolso dos honorários dos conselheiros no âmbito dos processos federais. Também a proibição de alocação de recursos federais para a prática do aborto, limitando o exercício desse direito pelas mu-

quietude” em relação à subsistência da própria jurisdição constitucional, que pode ter subtraído o caráter imperativo de suas decisões.⁸⁹

A análise realizada, como se percebe, manteve-se adstrita aos mecanismos de equilíbrio institucional alicerçados no sistema e num mínimo de higidez moral, passando ao largo daqueles que afetem o próprio funcionamento do Tribunal,⁹⁰ comprometendo a sua independência ou impondo constrangimentos de ordem pessoal aos seus membros.⁹¹ Reações dessa natureza assumem um colóquio meramente circunstancial, sendo normalmente movidas por paixões momentâneas.

lheres de baixa renda, pode ser considerado um exemplo de esvaziamento dos efeitos de uma decisão do Supremo Tribunal. Nesse último caso, buscou-se diminuir o alcance da polémica decisão proferida em *Roe vs. Wade* (410 U.S. 113, 1973), que permitiu a realização do aborto até certo período de gestação. Cf. Scoffoni, “Le Congrès...”, in RFDC nº 16, 1994, p. 675 (692/693).

⁸⁹ Cf. Scoffoni, “Le Congrès...”, in RFDC nº 16, 1994, p. 675 (679).

⁹⁰ O Legislativo pode utilizar, como “retaliação” às decisões do Tribunal Constitucional, o expediente de reduzir o seu orçamento, deixar de aprovar diplomas normativos voltados à ampliação do quadro de pessoal ou mesmo limitar os salários dos juizes. Exemplos dessa espécie podem ser colhidos no direito norte-americano. Em 1964, o Senado limitou a 2.500 dólares o aumento anual dos juizes da Suprema Corte, enquanto os demais juizes federais e membros do Congresso receberam 7.500. De acordo com o Senador John Tower, como o Tribunal decidiu legislar e mudar a Constituição, seus membros não deveriam receber um salário mais elevado que aquele dos legisladores (110 *Congressional Records* 15.844, 1964). Pouco depois, como reação à decisão proferida no caso *Baker vs. Carr* (369 U.S. 186, 1962), cogitou-se de reunir uma convenção constitucional encarregada de reformar a Constituição e de instituir um “Tribunal da União”, integrado pelos *Chief Justices* dos 50 Estados, com competência para reformar as decisões do Tribunal Supremo. Essa proposição, em 1967, obteve a aprovação de 32 Assembléias Legislativas estaduais, dentre as 34 necessárias, sendo posteriormente abandonada. Cf. Scoffoni, “Le Congrès...”, in RFDC nº 16, 1994, p. 675 (680/681).

⁹¹ No Brasil, os Ministros do Supremo Tribunal Federal respondem pela prática de crimes de responsabilidade, que se enquadram numa tipologia de considerável amplitude: alterarem decisões já proferidas, proferirem julgamento quando suspeitos, serem desidiosos no cumprimento dos deveres do cargo e procederem de modo incompatível com a honra, a dignidade e o decoro de suas funções (art. 39 da Lei nº 1.079/1050). Como a acusação e o julgamento, de cunho político, são realizados pelo Senado Federal (art. 52, II, da Constituição de 1988), são evidentes os efeitos deletérios que o mau-uso desse instituto pode gerar. No direito norte-americano, fonte inspiradora desse modelo, também os *Justices* da Suprema Corte estão sujeitos ao *impeachment*, sempre que incorrerem em traição, corrupção e outros graves crimes e delitos, sendo acusados pela Câmara dos Deputados e julgados pelo Senado (arts. I e II, Seção 4, da Constituição de 1787).

EPÍLOGO

A sedimentação do constitucionalismo, que se mostrou essencial à estruturação do Estado e à garantia dos direitos da pessoa humana, fez com que a jurisdição constitucional terminasse por trilhar um caminho não passível de retorno. A relevância da Constituição reflete, em última *ratio*, a importância do Tribunal Constitucional. Pôr em dúvida a sua legitimidade significa pôr em dúvida a própria supremacia constitucional, terminando por abalar os alicerces fundamentais do Estado de Direito. De qualquer modo, deve-se reconhecer que o debate sobre os contornos e o alcance da norma constitucional inevitavelmente conduzirá a uma tensão dialética com a esfera de discricionariedade do legislador e a legitimidade democrática que lhe dá suporte, permitindo antever que o debate continuará a ser realimentado por teses e antíteses, estando longe de alcançar uma conclusão imune a críticas. ☰

Arbitragem em Direito Tributário

Aurélio Pitanga Seixas Filho

Professor Titular e Coordenador dos Cursos (Lato Sensu) de Direito Administrativo e de Direito Financeiro e Tributário da UFF, e dos Mestrados em Direito da Universidade Candido Mendes e da Faculdade de Direito de Campos - RJ.

O dever jurídico tributário de pagar um imposto para sustentar a despesa do Estado, provocada pela atividade administrativa genérica (*ut universi*), prévia e anualmente autorizada no Orçamento Público, na medida em que não possa ser compartilhado por todos os cidadãos (imposto por capitação), não deixa de ser uma expropriação de parcela da capacidade financeira ou econômica do contribuinte, pois é dimensionado com base em sua renda ou riqueza (renda auferida, renda consumida, renda poupada e renda circulante).

A renda ou riqueza descrita na lei tributária (fato gerador) muitas vezes, ou quase sempre, tem particularidades ou especificidades que não estão ao alcance do conhecimento comum, como a classificação tarifária para pagar o imposto de importação ou a contabilidade para o imposto de renda.

1. IMPARCIALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Estas singularidades da legislação tributária trazem divergências ou mal-entendidos no cálculo do valor do imposto, o que exige, não poucas vezes, o chamamento de peritos ou expertos no assunto para deslindar a controvérsia. Não é correto chamar esta

discussão de contraditório, pois a verdade investigada pela autoridade fiscal é o fato real praticado pelo contribuinte.

Como já tive oportunidade de esclarecer sobre o exercício da Função Fiscal: “O cumprimento da função atribuída por lei ao órgão fiscal é, conseqüentemente, um imperativo que não tem semelhança, ou guarda alguma compatibilidade com a faculdade ou o interesse de agir que os particulares possuem, em decorrência do livre-arbítrio ou disponibilidade de que são titulares sobre os seus próprios direitos subjetivos. A autoridade fiscal não tem qualquer faculdade ou direito subjetivo de agir, nem tem qualquer interesse próprio ou particular com o exercício de sua função legal.”¹

G.A. Posadas-Belgrano, forte em Trotabas,² lecionou: “O contencioso fiscal não tem por objeto proteger os direitos subjetivos do contribuinte. Não há um conflito de direito subjetivo entre Fisco e Contribuinte. As questões versam sobre as condições do exercício do Poder Fiscal; ao juiz corresponde pronunciar-se acerca de se o ato administrativo que obriga a um particular a pagar um imposto há de ser aplicado conforme a lei; é dizer ‘corresponde apreciar o funcionamento do Poder Fiscal’, o qual, sendo privilegiado está, sem embargo, submetido à legalidade, porém à legalidade fiscal, é dizer, à lei de imposto qual determina objetivamente o estatuto do contribuinte.”³

Entretanto, não é assim que entende corrente majoritária de direito tributário ao doutrinar sobre o contencioso fiscal, ensinando que *a autoridade administrativa não pode ser parte e juiz ao mesmo tempo ou, então, juiz em causa própria*.

Segundo Giuliano Fronrouge: “É uma incongruência conferir funções decisórias à própria autoridade que criou a situação jurídica a elucidar”.⁴ Gilberto de Ulhoa Canto afirmou: “Além de não

¹ Princípios Fundamentais do Direito Administrativo Tributário, Rio, Forense, 1995, p. 9/10.

² “Pode ser enfatizado que, se ele não se desenvolve como um contencioso de excesso de poder propriamente dito, este contencioso não se desenvolve entre partes em litígio... porém entre fórmulas de jurisdição graciosa”. Louis Trotabas e J.M. Cotteret em Finances Publiques, Paris, Dalloz, 1967, p. 607.

³ Em Derecho Tributário, Montevidéo, Editorial Medina, 1959, p. 468/9.

⁴ Derecho Financiero, v. II, Buenos Aires, Depalma, 1970, p. 754.

se compreender como possa uma autoridade isolada cassar aresto de um órgão colegiado, o que humilha e desdoura o tribunal administrativo, é aberrante da lógica que o responsável primordial pela arrecadação da receita tributária seja erigido em juiz de litígios de cujo deslinde ela depende.”⁵

Esta colocação de doutrina de Direito Privado (Direito Civil Obrigacional), e por isso mesmo muito difundida, é resultante de um grave equívoco decorrente de considerar o dever jurídico tributário como regido pelo direito das obrigações, em que uma pessoa (Caio) tem interesses próprios divergentes e incompatíveis com os interesses da outra pessoa (Tício).

No Direito Administrativo e, em especial, no Direito Fiscal, existe uma verdade única que tanto o contribuinte quanto a autoridade fiscal devem perseguir. É lição antiga (1932) de um pioneiro como Ezio Vanoni, porém esquecida ou não levada em consideração, razão de ser rememorada:

*“Segundo os conceitos dominantes no direito público, o Estado apresenta-se como um conjunto de pessoas vivendo num território debaixo de um ordenamento jurídico. Nessas condições, é evidente que o interesse do Estado e o interesse geral dos seus membros são uma só e mesma coisa.... Entre o Estado e o complexo dos cidadãos não existe nenhuma oposição, mas, ao contrário, identidade absoluta.”*⁶

Na Argentina, a questão de o “juiz administrativo” não poder ser juiz em causa própria foi esclarecida por José Maria Martin e Guillermo F. R. Use: “Sem embargo, apesar do reiterado e inapropriado título, se depreende que dito funcionário não exerce uma autêntica função de juiz. A expressão legal juiz administrativo significa, na realidade, simplesmente a faculdade conferida ao diretor-geral para decidir legitimamente nos procedimentos de

⁵ Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n° 36, v. I, Rio, p. 71/2.

⁶ Natureza e Interpretação das Leis Tributárias, tradução de Rubens Gomes de Sousa, Rio, Edições Financeiras, sem data, p.116/7.

determinação de ofício, repetição e de aplicação de multas e de reconsideração.”⁷

Denominar um superior hierárquico de juiz administrativo, em um contencioso fiscal que tem a função natural de controlar a legalidade do ato administrativo praticado por uma autoridade subordinada, acaba levando à confusão doutrinária de considerar a autoridade fiscal como juiz e parte ao mesmo tempo.

2. INVESTIGAÇÃO PERICIAL

Há muito tempo existe Juízo Arbitral no Brasil em matéria tributária, especialmente na área aduaneira, valendo lembrar os seguintes dispositivos da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas e Mesas de Rendas, aprovada por Portaria do Ministro da Fazenda de 13 de abril de 1894:

“Art. 654: Das decisões dos Inspetores das Alfândegas e Administradores das Mesas de Renda, proferidas em matéria contenciosa administrativa, haverá:

1°) recurso ordinário:...

Art. 655: O recurso ordinário assenta:

1°: nas diferenças de qualidade, sobre a importância dos direitos resultantes da diferença, adicionada à da multa que no caso lhe couber;

2°: nas assemelhações, sobre a importância dos direitos que crescerem, segundo a decisão impugnada pela parte;

3°: nos acréscimos de mercadorias, sobre a importância correspondente ao acréscimo e multa respectiva;

4°: nos contrabandos e apreensões, sobre o valor dos objetos apreendidos e multas acrescidas;

5°: nas imposições de multas, sobre a importância destas.

Parágrafo único: O recurso ordinário, que só pode ter lugar quando a decisão não estiver dentro da alçada do Chefe da Repartição, deverá ser interposto nos casos de diferença de

⁷ Derecho Tributário General, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 227/8.

qualidade, classificação, valor e assemelhação, para o Juízo Arbitral e deste para o Ministro da Fazenda, e nos outros casos somente para o Ministro da Fazenda. (Regulamento de 1860, artigo 762)

Seção XII - Do Processo de arbitramento

515: O processo de arbitramento, nos casos marcados pelo presente Regulamento se regulará pelas seguintes:

1°: Os Inspetores das Alfândegas escolherão dentre os empregados fiscais e negociantes de conceituado mérito, domiciliados no lugar em que funcionar a respectiva Repartição Fiscal, os que julgarem mais idôneos para servirem de peritos ou práticos nas questões a que se referem os artigos 492, § 2° ... A relação destes peritos assim escolhidos será publicada e revista em janeiro de cada ano e sua leitura sempre franqueada às partes....

2°: Verificado o caso de arbitramento, a própria parte escolherá dentre as pessoas incluídas na lista de que trata o parágrafo antecedente, dois árbitros, e manifestará por escrito ao Chefe da repartição a sua definitiva escolha. Por sua vez o Inspetor da Alfândega ou Administrador da Mesa de Rendas escolherá do mesmo modo os dois árbitros da Fazenda Pública.

.....

4°: A decisão se regulará pela maioria dos votos; só tendo voto o Inspetor em caso de empate.

Artigo 517: Da decisão da Comissão, quando homologada pelo Inspetor, haverá recurso voluntário interposto pela parte, que também poderá recorrer, quando no caso de empate, a decisão do Inspetor for contra ela proferida.”

3. DIREITO COMPARADO

Na área tributária em diversos países como Itália, Portugal e Alemanha, tem sido utilizado este mesmo sistema de interpretar a legislação tributária para conciliar a divergência entre o Fisco

e os Contribuintes, mesclando as autoridades fiscais com peritos e cidadãos representativos da sociedade, nem sempre com paridade.

Na Itália, o desentendimento com a Alfândega permite ao importador, em primeiro grau, levar a controvérsia a uma Comissão de Peritos, órgão da Câmara de Comércio.⁸ A alternativa é dirigir diretamente ou em segunda instância para o Ministro da Fazenda, que resolve a questão deferindo ou não a decisão de um Colégio Consultivo de Peritos Aduaneiros, composto de 18 membros efetivos e três suplentes, entre os quais três especialistas não governamentais. A decisão desses colegiados não vincula a decisão da autoridade aduaneira, servindo meramente como informação.⁹

A atual legislação italiana (1992) sobre o contencioso tributário não seria nem judicial nem administrativa, porém seria um juízo especial,¹⁰ baseado em Comissões Tributárias, sistema já existente anteriormente,¹¹ cuja legislação de 1972 (n° 636) determinava que metade dos membros constaria de listas formadas pelas Câmaras de Comércio, indústria, agricultura e artesanato e pelos Conselhos dos Colégios de advogados, engenheiros, economistas e contadores,¹² que deveriam preencher os seguintes requisitos: cidadão italiano de boa conduta, sem condenação, com certidão negativa de impostos, com menos de 72 anos, formado, no mínimo, no segundo grau e residente no local da comissão.¹³

Gaspere Falsitta considera que a independência e a imparcialidade das Comissões, conforme a legislação de 1972, são insatisfatórias, bem como a idoneidade técnica e psicológica dos seus membros, que, pela legislação de 1992, devem preencher requisi-

⁸ Achille Cutrera, *Principii di Diritto e Política Doganale*, Padua, Cedam, 1941, p. 96, e Eugenio Lepri, *Istituzioni di Diritto e Técnica Doganale*, Roma, Guido Editore, 1962, p. 128.

⁹ Mario di Lorenzo, *Corso di Diritto Doganale*, Milão, Giuffrè, 1947, p. 163, e Renato Alessi, *Monopoli Fiscali, Imposti di Fabbricazione e Dazi Doganale*, Turim, UTET, 1956, p. 324.

¹⁰ Raffaello Lupi, *Diritto Tributário*, Milão, Giuffrè, 1996, p. 210.

¹¹ Gian Antonio Micheli, *Corso di Diritto Tributario*, Turim, UTET, 1969, p. 209.

¹² G.A. Micheli, *Curso de Derecho Tributario*, Madri, Editoriales de Derecho Tributario, 1975, p. 313.

¹³ Corrado Magnani, *Le Commissioni Tributarie no Trattato di Diritto Tributario*, 3° v., Milão, Cedam, 1994, p. 321.

tos mais exigentes¹⁴. Estes pontos não são considerados suficientes para Lupi, que considera necessária uma preparação específica em direito tributário, além da qualificação formal, assim como uma dedicação maior ao ofício, não existente no momento, já que a remuneração é meramente simbólica.¹⁵

Em Portugal, a legislação aduaneira adotou o julgamento por arbitragem para avaliar a percentagem de avaria das mercadorias importadas, bem como para reconhecer as condições de navegabilidade das embarcações. O interessado poderia indicar um perito e a Alfândega o outro, cabendo aos dois escolherem um terceiro para desempatar.¹⁶

Para outras questões, o Tribunal Técnico Aduaneiro de 1ª instância constituía-se de um representante das atividades econômicas e de duas autoridades aduaneiras. Na 2ª instância o Tribunal era composto por três autoridades aduaneiras, por um professor de ensino técnico superior e por um representante das atividades econômicas, sendo seus acórdãos homologados pelo Ministro das Finanças, que, discordando, decidia a classificação pautal de harmonia com o Presidente do Conselho.¹⁷

4. MUDANÇA DE ALÍQUOTAS

Alberto Xavier dá notícia de um órgão consultivo competente para dar parecer sobre alterações de natureza pautal: a Comissão Revisora de Pautas, composta por três representantes das atividades econômicas, três professores do ensino superior, junto com as autoridades aduaneiras, compondo 20 membros, conforme a Reforma Aduaneira, artigo 30.¹⁸

Um colegiado semelhante para alterar as alíquotas do imposto de importação foi criado no Brasil pela lei n° 3.244 de 14 de

¹⁴ *Manuale di Diritto Tributario*, Pádua, CEDAM, 1997, p. 627/8.

¹⁵ R. Lupi, obra citada, p. 214.

¹⁶ Antonio Augusto Curson, *Lições de Técnica Pautal*, Lisboa, Sá da Costa Editora, 1943, p. 79, e Manuel Gonçalves Monteiro, *Elementos de Direito Aduaneiro e de Técnica Pautal*, v. II, Lisboa, Junta de Investigações do Ultramar, 1964, p. 244.

¹⁷ Curson, obra citada, p. 78/9.

¹⁸ *Manual de Direito Fiscal*, Lisboa, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, 1974, p. 335.

agosto de 1957, o Conselho de Política Aduaneira, cujas principais competências eram:

- 1) modificar qualquer alíquota do imposto, dentro dos limites máximo e mínimo do respectivo capítulo;
- 2) determinar a equivalente específica da alíquota *ad valorem*;
- 3) estabelecer pauta de valor mínimo quando houver dificuldade para apurar o seu valor tributável;
- 4) propor alterações na legislação aduaneira;
- 5) opinar sobre a concessão de favor aduaneiro em convênio internacional
- 6) participar do exame de qualquer outro problema relacionado com a formulação e execução da política aduaneira etc.

Sua composição original era a seguinte:

- 1) um presidente indicado pelo Ministro da Fazenda e nomeado pelo Presidente da República;
- 2) nove membros servidores governamentais do setor econômico e financeiro;
- 3) dois membros indicados pela Confederação Nacional do Comércio;
- 4) dois indicados pela confederação Nacional da Indústria;
- 5) dois indicados pela Confederação Rural Brasileira;
- 6) um indicado pelos representantes dos trabalhadores.

Recente legislação portuguesa (1998) continua adotando o sistema arbitral¹⁹ constituído por um perito indicado pela administração tributária e outro indicado pelo contribuinte, podendo ser sorteado um perito independente entre as personalidades constantes em lista distrital, por solicitação do contribuinte.²⁰

No direito tributário alemão, após o controle administrativo da legalidade dos atos de exigência de imposto, o contribuinte pode recorrer para um órgão judicial de primeira instância, o Tribunal Tributário Superior (*Finanzgericht*) de jurisdição estadual. O colegiado denominado de Senado é composto por três magistrados

¹⁹ José Casalta Nabais, *Direito Fiscal*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 246.

²⁰ J.L. Saldanha Sanches, *Manual de Direito Fiscal*, Coimbra Editora, 2002, p. 313.

de carreira e dois juízes honorários, cidadãos sem conhecimentos jurídicos que decidem com a mesma competência dos juízes togados. A razão dessa instituição consiste em mesclar ou temperar a “tecnalidade” judicial com a intuição do homem comum.²¹

Como visto, assim como no Direito Tributário italiano, o alemão não prioriza o perito ou experto, mas a imparcialidade, escolhendo cidadãos não dotados de saber jurídico tributário, porém de juízo comum.

Seja como for, a amostragem acima revela o interesse dos Estados, não em dirimir litígios ou abrir um contraditório em defesa de interesses individuais do contribuinte, mas em investigar a verdade material. Descobrir como ocorreu realmente o fato gerador do imposto, deslindar as suas particularidades com o uso de peritos ou expertos para criar um sistema especial fora da jurisdição ordinária que, politicamente, priorize a imparcialidade com a escolha de cidadãos comuns para a obtenção de uma decisão menos técnica e, pretensamente, mais equilibrada.

5. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Retornando ao direito brasileiro, o sistema paritário-arbitral utilizado na decisão administrativa de primeiro grau nas Alfândegas e Mesas de Renda, além de seguir um modelo utilizado em sistema aduaneiro europeu, acompanhava a tradição do “juízo arbitral”, que foi amplamente utilizado no período imperial para dirimir controvérsias interpretativas nos atos administrativos de gestão (contratos administrativos).²²

A arbitragem administrativa, apesar da existência de alguma discordância,²³ tinha o apoio do Conselho de Estado, órgão máximo da justiça administrativa, que, após a homologação do Impe-

²¹ Torsten Ehmcke e Diego Marin-Barnuevo, “La Revisión e Impugnación de los Actos Tributarios en Derecho Alemán”, *Revista de Direito Tributario* n° 86, Malheiros, p. 164.

²² Nuno Pinheiro de Andrade, “O Contencioso Administrativo no Império”, Rio, *Jornal do Commercio*, 1916, p. 85.

²³ Henrique do Rego Barros, *Apontamentos sobre o Contencioso Administrativo*, Rio, Laemmert, 1874, p. 231.

rador, tinha o poder de produzir a decisão final nas controvérsias administrativas,²⁴ apesar de não poder ser considerado, realmente, um contencioso administrativo sistematicamente normatizado.²⁵

6. PARIDADE NO REGIME REPUBLICANO

Posteriormente, um projeto de Código Aduaneiro de 1928, preparado por uma comissão constituída em 1922 pelo então Ministro da Fazenda, propôs transferir a decisão arbitral para um colegiado de segundo grau, o Conselho Superior das Alfândegas, cuja composição seria de cinco conselheiros representando as classes empresariais e cinco, a Fazenda Federal, cabendo ao Inspetor Geral das Alfândegas presidir o Conselho, exclusivamente com voto de desempate.²⁶

Este projeto de Código Aduaneiro foi revisto, modificado e ampliado no ano seguinte, sendo o Conselho Superior das Alfândegas mantido nos mesmos moldes.²⁷

A extensão do regime paritário para decidir os recursos dos contribuintes abrangendo os impostos federais e não só o imposto de importação foi autorizado pelo Congresso Nacional nos seguintes termos do Decreto nº 5.157 de 12 de janeiro de 1927:

“O Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil:

Faço saber que o Congresso Nacional decretou e eu sanciono a seguinte resolução:

Art. 1º: Fica o Governo autorizado a rever os regulamentos das Repartições Fiscais subordinadas ao Ministério da Fazenda, para o fim especial e exclusivo de estabelecer que os recursos dos contribuintes em matéria fiscal, sobretudo no tocante aos impostos de consumo, sejam julgados e re-

²⁴ J. Guilherme de Aragão, *La Jurisdiction Administrative au Brasil*, Rio, DASP, 1955, p. 87.

²⁵ Eduardo Lobo Botelho Gualazzi, *Justiça Administrativa*, São Paulo, RT, 1986, p. 141.

²⁶ A comissão tinha como relator Paulo Martins, além de Victor Viana, Elpidio Boamorte, Ângelo Bevilaqua, Carlos da Silva Costa, sob a presidência de James Darcy. O projeto de Código Aduaneiro foi publicado no Rio de Janeiro pela imprensa Nacional em 1928.

²⁷ A revisão foi efetuada por João Lindolpho Camara e o novo projeto foi publicado no Rio de Janeiro pela Imprensa Nacional em 1929.

solvidos por um Conselho constituído em partes iguais, por funcionários da Administração Pública e por contribuintes, nomeados estes pelo Governo por proposta das principais associações de classe, representativas do comércio e da indústria, o qual funcionará sob a presidência do Ministro da Fazenda ou da autoridade fiscal por este designada. Parágrafo único: As deliberações do Conselho não poderão obrigar as decisões finais do Ministro da Fazenda, sempre que este não se conformar com aquelas deliberações.”

7. CONSELHO DE CONTRIBUINTES

O Conselho de Contribuintes para decidir em segunda instância os recursos envolvendo questões fiscais federais, menos sobre o imposto de renda, foi criado pelo Decreto nº 20.350 de 31-8-1931, cabendo ao Representante da Fazenda Pública recorrer ao Ministro da Fazenda quando a decisão for manifestamente contrária à lei ou à prova constante do procedimento administrativo, ou não houver obtido votação unânime.

Posteriormente, pelo Decreto nº 24.036 de 26 de março de 1934, o Conselho de Contribuintes foi desdobrado em três, sendo o 1º para decidir questões sobre o imposto de renda, imposto de selo e imposto sobre venda mercantis; o 2º, sobre questões do imposto de consumo, taxas e contribuições internas; cabendo ao Conselho Superior de Tarifa as questões aduaneiras.

O regime paritário tem sido mantido pela legislação posterior e com aprovação geral, apesar de alguns senões permanentes, como observou Tito Rezende, participante desde o início do sistema, ao apresentar um “Substitutivo” a um anteprojeto governamental de reforma dos Conselhos de Contribuintes e de Tarifa:²⁸

“Sem embargo do meu enlevo pelos Conselhos, não vou pretender que a sua atuação venha sendo ótima; mas deficiências não se enraízam na própria natureza do instituto, - são

²⁸ Palestra proferida em 1949 publicada no livro *Justiça e Processo Fiscal*, Rio, Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, 1954, p. 72.

oriundas de falhas da lei que podem e devem ser corrigidas, - ou de escolha infeliz de certos elementos para a delicada função de juízes em matéria fiscal.”²⁹

Outro especialista favorável ao sistema paritário, Carlos da Rocha Guimarães, afirmou: “Eles são verdadeiros tribunais, só não tendo, realmente, suas decisões o efeito de coisa julgada, porque isso está sempre reservado aos Tribunais Judiciários. A constituição não permite que se retire a estes a competência para examinar qualquer litígio entre particulares..... Se são Tribunais paritários, com competência para decidir de acordo com o direito, e se a maioria decide num determinado sentido, não vemos motivo nenhum para passar o litígio novamente a ser de competência de órgãos da Administração Ativa, e que esta possa modificar o que foi decidido pelo Conselho de Contribuintes.”³⁰

Rubens Gomes de Sousa, em seu anteprojeto de Código Tributário Nacional, no artigo 311, adotou o regime paritário para os Conselhos Regionais de Justiça Tributária, tendo sido decidido pela Comissão Especial que relatou o projeto que uma lei especial sistematizaria o procedimento administrativo tributário.³¹

Outro anteprojeto de Processo Tributário foi elaborado por Gilberto de Ulhoa Canto, por incumbência da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda e da Fundação Getúlio Vargas, sendo paritários os Conselhos de Recursos Fiscais.³²

Com base na Emenda Constitucional n° 7, outorgada em 13 de abril de 1977, que autorizou a criação de um Contencioso Administrativo Fiscal da União, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional redigiu um anteprojeto, enquanto um segundo foi elaborado por uma comissão designada pelo Ministro da Fazenda, composta

²⁹ O sistema paritário do Substituto foi aprovado pelo Instituto Brasileiro de Direito Financeiro, em Assembléia Geral, no decorrer de 1951, com proposições alterando vários dispositivos do Substituto. Obra acima, p. 265/285.

³⁰ O Processo Fiscal em Problemas de Direito Tributário, Rio, Edições Financeiras, 1962, p. 112/3.

³¹ Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional, Rio, Ministério da Fazenda, 1954, p. 253 e 346.

³² Revista de Direito Público n. 7 e 8, São Paulo, RT, 1969.

por Gilberto de Ulhoa Canto, Geraldo Ataliba e Gustavo Miguez de Mello, sendo em ambos mantida a paridade na composição do Contencioso.

8. PARIDADE E COISA JULGADA

Caio Tácito, ao comentar este Contencioso Administrativo, observou:

“De logo, impõe-se salientar que aludir-se a contencioso administrativo e, ao mesmo tempo, negar-lhe poder jurisdicional é uma contradição em termos. Importa subtrair-lhe um de seus elementos conceituais que, como vimos, é a definitividade do julgamento, ou, de forma precisa, a existência de coisa julgada.”

*“A Mensagem Presidencial que antecedeu a outorga da Emenda Constitucional n° 7 (Mensagem n° 81, de 1976; Proposta n° 347/76 na Câmara e n° 29/76 no Senado) usou de melhor técnica e coerência quando se referiu à criação de ‘órgãos colegiados, federais e estaduais, sem poder jurisdicional para a decisão de questões fiscais e previdenciárias.”*³³

Como exposto, o recurso administrativo natural, isto é, o controle hierárquico dos atos administrativos, tem sido substituído pelo sistema de paridade do Conselho de Contribuintes e adotado por muitos dos Estados e Municípios, produzindo uma discutida definitividade na esfera administrativa, já que, desde a Constituição de 1891, cabe a real jurisdição ao Poder Judicial, cujas decisões produzem coisa julgada.

Com a normatização do Juízo Arbitral pela Lei n° 9.307 de 1996, o sistema de solução de conflitos por árbitros desenvolveu-se muito no Brasil, principalmente com o entendimento judicial no sentido de que a adoção da cláusula compromissória pelas partes interessadas significa uma renúncia ao recurso judicial. Tal jurisprudência concedeu, assim, definitividade à decisão dos árbitros.

³³ “Contencioso administrativo” na *Revista Forense* n°267 de julho/setembro de 1979, p.98.

Alguns professores de Direito Tributário³⁴ têm defendido a arbitragem³⁵ como método apropriado para dirimir divergências entre os contribuintes e o fisco.

Considerando, então, a existência antiga e a aceitação geral dos Conselhos de Contribuintes, cujo sistema paritário é um modelo similar à arbitragem, bastaria então, a legislação conceder o efeito de coisa julgada a essas decisões, significando, assim, que o recurso dirigido aos mencionados colegiados administrativos teria o mesmo efeito da cláusula compromissória.

Ficaria, desta maneira, o contribuinte frente a um verdadeiro Contencioso Administrativo, porém, não obrigatório, podendo escolher o sistema de decisão que considere mais adequado para qualificar o fato gerador (exame pericial), e competente para interpretar a legislação tributária.

Não tem sentido retirar da administração fiscal o controle hierárquico do lançamento tributário, criando um colegiado paritário, *um órgão administrativo, mas não, um órgão da administração*, conforme Carlos da Rocha Guimarães,³⁶ com poderes de tomar uma decisão definitiva, exclusivamente quando favorável ao recurso do contribuinte, sendo-lhe permitido, ainda, duplicar e prolongar o exame da legalidade do ato administrativo quando a decisão colegiada não atender aos seus interesses.

Com um sistema de arbitragem decidindo definitivamente a controvérsia, dentro também de um verdadeiro Contencioso Administrativo, o contribuinte poderá escolher livremente o caminho para constituir o seu dever jurídico tributário.

Como já mencionado, a administração pública tem o dever de controlar a legalidade dos atos administrativos por sua forma jurídica natural por meio da hierarquia, podendo o cidadão recor-

³⁴ Heleno Taveira Torres, “Transação, Arbitragem e Conciliação Judicial como Medidas Alternativas para Resolução de Conflitos entre Administração e Contribuintes”, na *Revista de Direito Tributário* n° 86, Malheiros, p. 40/64.

³⁵ Leon Szklarowsky, “Arbitragem - Uma Nova Visão”, na *Revista Tributária e de Finanças Públicas* n° 58, RT, setembro/outubro de 2004, p. 227/257.

³⁶ Obra citada, p. 113.

rer ao Judiciário quando lhe for mais conveniente e obedecendo aos prazos prescricionais.

O que demonstra não ser mais conveniente é a existência de um simulacro de Contencioso Administrativo, desnaturando o recurso administrativo apropriado com o desvio para o colegiado paritário, e sendo permitido, ao mesmo tempo, ao descontente a prorrogação da discussão no Poder Judiciário, e, em regra geral, sem qualquer garantia de que a dívida tributária seja cumprida com a decisão final.

Portanto, o contribuinte, ao escolher um verdadeiro sistema de arbitragem, como numa cláusula compromissória, renunciará ao processo judicial. Se, por outro lado, preferir o processo do Judiciário, não poderá mais se socorrer do sistema paritário, recolhendo, desta forma, o tempo para solucionar as divergências tributárias. 

A Polêmica do Bem de Família Ofertado

Flávio Tartuce

Advogado. Professor da EMERJ, da ESA/OAB-SP, de outros cursos de pós-graduação e de outras Escolas de Magistratura.

O Bem de Família está situado no centro de importantes discussões do Direito Privado Contemporâneo.¹ Como é notório, o instituto recebe atualmente um duplo tratamento legislativo, tanto no Código Civil de 2002 quanto na Lei 8.009/1990.

De início, o Código Civil de 2002 disciplina o que convém denominar como *Bem de Família Voluntário* ou *Convencional*, aquele que é instituído por escritura pública ou testamento, e que deve ser devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis. O instituto estava previsto na Parte Geral do Código Civil de 1916, entre os arts. 70 a 73. O Código Civil de 2002 o deslocou para a Parte Especial, no livro que regulamenta o Direito de Família, entre os arts. 1.711 a 1.722, o que é plenamente justificável do ponto de vista metodológico.² Além da proteção da impenhorabilidade, o Código Civil de 2002 reconhece a inalienabilidade como

¹ Diante de sua importância para a perpetuação da pessoa humana, as iniciais serão sempre maiúsculas.

² Quanto à instituição dependente de ato voluntário, é claro o art. 1.711, *caput*, do Código de 2002 ao prever que “Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”. Com o intuito de proteger os credores, o legislador limitou o *Bem de Família Voluntário* a um terço do patrimônio do instituidor. A sua constituição depende, ainda, do registro imobiliário, como estatui o art. 1.714 da mesma codificação.

regra do *Bem de Família Voluntário*, conforme o seu art. 1.717.³ Nos termos ainda do Código Civil de 2002, as exceções à sua impenhorabilidade constam do art. 1.715, abrangendo as dívidas anteriores à instituição, as dívidas posteriores de tributos e as dívidas posteriores de condomínio.⁴

Além dessa modalidade, continua em vigor o tratamento que já constava da Lei 8.009/1990, cuja origem está no trabalho acadêmico de Álvaro Villaça Azevedo, Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, que desenvolveu os seus estudos a partir do conceito de *homestead*, do Direito Norte-Americano.⁵

Essa importante norma, com apenas oito artigos, mas enorme amplitude prática, protege, e de forma automática, o imóvel de residência da entidade familiar (*Bem de Família Legal*). A impenhorabilidade abrange os bens móveis que guarnecem a residência, desde que essenciais à família.⁶ As

³ CC/2002. “Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem de família não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público”.

⁴ CC/2002. “Art. 1.715. O bem de família é isento de execução por dívidas posteriores à sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio, ou de despesas de condomínio. Parágrafo único. No caso de execução pelas dívidas referidas neste artigo, o saldo existente será aplicado em outro prédio, como bem de família, ou em títulos da dívida pública, para sustento familiar, salvo se motivos relevantes aconselharem outra solução, a critério do juiz”.

⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Bem de família*. São Paulo: RT, 5ª Edição, 2002.

⁶ Lei 8.009/1990. “Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei. Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados”. O art. 2º da lei exclui alguns bens do *manto da impenhorabilidade*, caso dos veículos de transporte, das obras de arte e dos adornos suntuosos. Quanto aos móveis essenciais à entidade familiar, podem ser retirados alguns exemplos da obra de Theotônio Negrão, a partir da experiência jurisprudencial (*Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. Atualizador: José Roberto F. Gouvêa. São Paulo: Saraiva, 37ª Edição, 2005, p. 1212). Assim, são considerados *impenhoráveis*: a antena parabólica, aparelho de televisão, armários de cozinha, dormitório, estofados, fogão, geladeira, guarda-roupas, jogo de jantar, jogo de sofás, secadora de roupas e toca-fitas. Por outro lado, são bens móveis *penhoráveis*: aparelho de ar condicio-

exceções à impenhorabilidade constam do art. 3º da Lei n. 8.009/1990.⁷

Como se iniciou o presente artigo, várias são as polêmicas relativas ao Bem de Família, sobretudo quanto à última modalidade, que acaba por prevalecer na prática.⁸ E é assim, porque o instituto está relacionado com uma das fundamentais necessidades do ser humano: a moradia.⁹ Vejamos algumas dessas questões controvertidas que constituíram *pano de fundo* do recente cenário civilístico nacional.

Como primeira questão controvertida, pode ser citada a discussão acerca da proteção do imóvel em que reside pessoa solteira. O Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar o entendimento de que o *fim teleológico* da Lei 8.009/1990 não é proteger um grupo de pessoas, mas a *pessoa*: a sua dignidade e o direito

nado, aparelhos elétricos sofisticados, bicicleta e piscina de fibra de vidro. Há divergência jurisprudencial em relação a bens como microondas, rádio-gravador e videocassete (quanto ao último, o entendimento do STJ é pela penhorabilidade: REsp 162.998/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4.ª Turma, julgado 16.04.1998, DJ 01.06.1998, p. 141).

⁷ Lei n. 8.009/1990. “Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III -- pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens. VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)”.

⁸ É de se discutir a viabilidade prática do *Bem de Família Convencional* ou *Voluntário*. Primeiro, pela desnecessidade de sua instituição, já que a proteção do Bem de Família Legal é automática. Segundo, porque o *Bem de Família Convencional* traz despesas de escritura e registro ao instituidor, o que não ocorre quanto ao instituto que consta da lei específica. Terceiro e por último, diante da clara limitação à autonomia privada existente no *Bem de Família Convencional*, já que o imóvel passa a ser também inalienável, como regra. Todos esses pontos fazem com que o Bem de Família Legal prevaleça na prática jurídica.

⁹ Prevê o art. 6º da Constituição Federal de 1988, conforme redação que foi dada pela Emenda Constitucional n. 26: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

constitucional à moradia, o que ampara a impenhorabilidade do imóvel de residência do solteiro. Dos vários julgados, destaca-se o seguinte, pelo teor de sua ementa: “*Processual - Execução - Impenhorabilidade - Imóvel - Residência - Devedor solteiro e solitário - Lei 8.009/1990. A interpretação teleológica do art. 1.º, da Lei 8.009/1990 revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. É impenhorável, por efeito do preceito contido no art. 1.º da Lei 8.009/1990, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário*” (STJ, REsp 182.223/SP, julgado 06.02.2002, Corte Especial, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, rel. acórdão Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07.04.2003, p. 00209, REVJUR, vol. 00306, p. 00083; Veja: STJ, REsp 276.004/SP (RSTJ 153/273, JBCC 191/215), REsp 57.606/MG (RSTJ 81/306), REsp 159.851/SP - LEXJTACSP 174/615 -, REsp 218.377/ES - LEXSTJ 136/111, RDR 18/355, RSTJ 143/385).

Outra aplicação prática a ser citada é que a jurisprudência tem ampliado o conceito de família para os fins da impenhorabilidade da referida lei. Isso porque, nos termos do art. 226 da Constituição Federal, a família seria decorrente do casamento, da união estável ou da entidade monoparental (constituída entre ascendentes e descendentes).¹⁰ Reconhecendo que esse rol constitucional é meramente exemplificativo (*numerus apertus*), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o imóvel em que residem duas irmãs é Bem de Família e, portanto, impenhorável: “*Execução. Bem de família. Ao imóvel que serve de morada as embargantes, irmãs e solteiras, estende-se a impenhorabilidade de que trata a Lei*

¹⁰ CF/88. “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. § 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração. § 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei. § 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes”.

8.009/1990” (STJ, REsp 57.606/MG, rel. Min. Fontes de Alencar, 4.^a Turma, julgado 11.04.1995, DJ 15.05.1995, p. 13.410).

Questão também a ser comentada é que toda essa tendência de proteção da moradia é confirmada pelos julgados que apontam que mesmo o imóvel locado a terceiro é Bem de Família, desde que os seus aluguéis sejam utilizados para a locação de um outro, destinado à residência da família: *“Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Bem de família. Locação a terceiros. Renda que serve a aluguel de outro que serve de residência ao núcleo familiar. Constrição. Impossibilidade. Lei 8.009/1990, art. 1.º. Exegese. Súmula 7-STJ. I. A orientação predominante no STJ é no sentido de que a impenhorabilidade prevista na Lei 8.009/1990 se estende ao único imóvel do devedor, ainda que este se ache locado a terceiros, por gerar frutos que possibilitam à família constituir moradia em outro bem alugado. II. Caso, ademais, em que as demais considerações sobre a situação fática do imóvel encontram obstáculo ao seu reexame na Súmula 7 do STJ. III. Agravo improvido”* (STJ, AGA 385.692/RS, julgado 09.04.2002, 4.^a Turma, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 19.08.2002, p. 177. Veja: STJ, REsp 114.119/RS, 302781/SP, 159.213/ES (RDR 15/385) e 183.042/AL).

Por fim, como último ponto de discussão recente, é fundamental salientar a que permeou o Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.000/1990, pelo qual o fiador de locação pode ter o seu imóvel de residência penhorado. A inconstitucionalidade da norma já foi defendida por este autor, mas, infelizmente, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entendeu pela sua constitucionalidade, por maioria de votos, diante da preocupação de proteção do mercado.¹¹

¹¹ TARTUCE, Flávio. “A penhora do Bem de Família do fiador de locação. Abordagem atualizada”. Texto publicado na *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 40, mar. abr/2006, p. 11-15. O julgado que concluiu pela constitucionalidade da norma tem a seguinte ementa: “FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março,

A todas essas questões instigantes deve ser somado o debate acerca do oferecimento do bem de família à penhora pelo próprio devedor, o que pode ser denominado como a polêmica do Bem de Família Ofertado.

Pois bem, melhor explicando, imagine-se o caso em que um devedor, executado, ainda sem advogado constituído ou que lhe oriente, ofereça o próprio Bem de Família, imóvel de sua residência, à penhora.¹² Depois, devidamente orientado por seu procura-

de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República” (STF, RE 407688/SP - SÃO PAULO, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator: Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 08/02/2006). Juntando-se ao coro daqueles que defendem a inconstitucionalidade da norma, podem ser citadas Rosalice Fidalgo Pinheiro e Katya Isaguirre, jovens expoentes da escola do Direito Civil Constitucional do Estado do Paraná. São suas as seguintes conclusões, em comentários ao julgado do STF: “Em conformidade com argumentos lançados, a prevalência do voto vencido, proferido pelo Min. Eros Grau, na decisão do STF, impõe-se em um Estado que se queira democrático de direito. Considerando-se que este deposita na dignidade da pessoa humana, os contornos de sua axiologia material, torna-se imprescindível o reconhecimento de direitos fundamentais. Eis que a democracia concretiza-se na promoção de direitos sociais, compreendidos da designação de direitos fundamentais, perfazendo a dimensão social do Estado. Por fim, há de se recordar a que a realidade de mercado não possui força para subverter a tutela existencial da pessoa. A negativa à penhora do bem de família do fiador é postura necessária para a busca de um verdadeiro equilíbrio de valores na sociedade contemporânea. Sob este aspecto, há de se ressaltar que o Estado pode e deve estabelecer meios mais adequados à proteção do mercado imobiliário, por meio de regras que, por exemplo, tornem o seguro-fiança mais atrativo e protetivo ao direito de crédito do locador. Não se trata, portanto, de ‘postura acadêmica voltada à inviabilizar o direito de moradia’, mas de uma construção que demonstra a nova função da doutrina e sua contribuição para o processo evolutivo do Direito. Para além da tradicional função de simples mediação dos conflitos, a doutrina tem o dever de assumir uma postura crítica de condições positivas para a transformação qualitativa do homem” (“O direito à moradia e o STF: um estudo de caso acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador”. In *Diálogos sobre Direito Civil*. Volume II. Org. Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 162).

¹² A reforma processual introduziu alterações quanto à nomeação de bens a penhora. Quanto ao *cumprimento de sentença*, é a redação do atual art. 475-J do CPC, alterado pela Lei 11.232/2005: “Caso o devedor, condenado ao pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação, não o efetue no prazo de quinze dias, o montante da condenação será acrescido de multa no percentual de dez por cento e, a requerimento do credor e observado o disposto no art. 614, inciso II, desta Lei, expedir-se-á mandado de penhora e avaliação. § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. § 2º Caso o oficial de justiça não possa proceder à avaliação, por depender de conhecimentos especializados, o juiz, de imediato, nomeará avaliador, assinando-lhe breve prazo para a entrega do laudo. § 3º O *exequente* poderá, em seu requerimento, indicar desde

dor, o próprio devedor opõe embargos à penhora, alegando tratar-se de um imóvel impenhorável, por força da Lei n. 8.009/1990.

Surgem duas correntes bem definidas em relação ao tema.

Para uma primeira corrente, os embargos opostos pelo devedor devem ser rejeitados de imediato.

O primeiro argumento que surge está relacionada com aquela antiga regra pela qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, corolário da boa-fé subjetiva, aquela que existe no plano psicológico, intencional (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*). Como reforço para esse primeiro argumento, surge a tese pela qual se deve dar interpretação restritiva à Lei 8.009/1990.¹³

O segundo argumento utilizado por aqueles que sustentam que os embargos do devedor devem ser rejeitados se houver o efe-

logo os bens a serem penhorados. § 4º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no caput deste artigo, a multa de dez por cento incidirá sobre o restante. § 5º Não sendo requerida a execução no prazo de seis meses, o juiz mandará arquivar os autos, sem prejuízo de seu desarmamento a pedido da parte”. Como se pode perceber pelo destaque, a prioridade é que a indicação e bens à penhora seja feita pelo exequente. No tocante à *execução de título extrajudicial*, o raciocínio é o mesmo, pela atual redação do art. 652 do CPC, devidamente atualizado pela Lei n. 11.382/2006: “O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. § 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. § 2º O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655). § 3º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicar bens passíveis de penhora. § 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. § 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências”.

¹³ Entre os doutrinadores que propõem essa interpretação restritiva, pode ser citado Daniel Amorim Assumpção Neves. É até interessante a simbologia por ele utilizada: “Há aspecto ainda pior; penhorado o bem, abre-se discussão sobre sua impenhorabilidade em sede de embargos de execução ou mesmo ‘exceção de pré-executividade’, o que pode significar anos de debates para que no fim se determine que o credor deve voltar a ‘estaca zero’, já que aquele bem que garantia o juízo era impenhorável. A tristeza e melancolia com que o credor recebe tal informação de seu patrono só são comparáveis as perplexas faces dos torcedores derrotados em final de campeonato com gol impedido e de mão nos descontos”. (“Impenhorabilidade de bens. Análise com vistas à efetivação da tutela jurisdicional”. Disponível em http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosf/Daniel_impenhorabil.doc. Acesso em 17 de outubro de 2007).

recimento do Bem de Família e posterior insurgência está fundado na alegação da vedação do comportamento contraditório (***venire contra factum proprium***), que também mantém relação com a boa-fé, mas aquela de natureza objetiva, que existe no plano da lealdade dos participantes da relação negocial.¹⁴ Esse entendimento já chegou a ser adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para que os embargos do devedor fossem repelidos: “**CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. LEI Nº. 8.009, DE 1990. A impenhorabilidade resultante do art. 1º da Lei nº 8.009, de 1990, pode ser objeto de renúncia válida em situações excepcionais; prevalência do princípio da boa-fé objetiva. Recurso especial não conhecido**” (STJ, REsp 554.622/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 17.11.2005, DJ 01.02.2006 p. 527).

Da ementa por último transcrita decorre o terceiro argumento para se penhorar o Bem de Família Ofertado, o de que a proteção constante da Lei n. 8.009/1990 é passível de renúncia, pois está na parte disponível dos direitos pessoais.¹⁵ Em suma e em outras palavras, trata-se de um justo e legal exercício da autonomia privada a renúncia à impenhorabilidade do bem de família, o que ocorre quando o devedor o oferece à excussão.¹⁶

¹⁴ Na IV *Jornada de Direito Civil*, evento promovido pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em outubro de 2006, foi aprovado o Enunciado n. 362, prevendo que “A vedação do comportamento contraditório (***venire contra factum proprium***) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”. Sobre o tema, na civilística nacional, destaca-se o trabalho de Anderson Schreiber (**A proibição de comportamento contraditório. Tutela da confiança e *venire contra factum proprium***. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2007). Na ótica instrumental, já surgem defensores da aplicação do conceito ao processo civil (DIDIER JR., Fredie. “Alguns aspectos da aplicação da proibição do ***venire contra factum proprium*** no processo civil”. In *Leituras complementares de Direito Civil. O Direito Civil-Constitucional em concreto*. Org. Cristiano Chaves de Farias. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 199-207).

¹⁵ Em sentido muito próximo: “**Execução. Bem de família. Aval. Penhorabilidade. Muito embora seja impenhorável o bem de família, se o executado fez cair o gravame sobre dito imóvel, perdeu, sponte sua, o benefício legal. Recurso especial não conhecido.**” (STJ, REsp 249.009/SP, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 16.08.2001, DJ 17.03.2003 p. 225)

¹⁶ A autonomia privada, consagradora de um dos mais importantes princípios do Direito Privado Contemporâneo, constitui um regramento básico, de ordem particular - mas influenciado por normas de ordem pública -, pelo qual, na formação dos atos e negócios jurídicos, além da vontade das partes, entram em cena outros fatores: psicológicos, políticos, eco-

Apesar dos notáveis esforços para amparar esses três argumentos, não há como com eles concordar, em hipótese alguma. E a premissa basilar para a tese contrária é aquela pela qual o *Bem de Família Legal* envolve um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia.

Ora, muito se tem dito a respeito da dignidade humana como propulsora da tendência de constitucionalização do Direito Civil e da possibilidade de aplicação das normas constitucionais protetivas da pessoa nas relações privadas (*eficácia horizontal*). Em realidade, parece-nos que um dos modos de especializar essa máxima proteção se dá justamente pela proteção da moradia, como ocorre nos casos envolvendo o *Bem de Família Ofertado*. A amplitude de proteção, para esses casos, é justa, razoável e proporcional, concretizando o Texto Constitucional.¹⁷

Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, a dignidade humana é “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida a cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”.¹⁸ Do ponto de vista *constitucional*, esse feixe de *direitos mínimos* ou *mínimo*

nômicos e sociais. Trata-se do direito indeclinável da parte de auto-regulamentar os seus interesses, decorrente da sua própria dignidade humana, mas que encontra limitações em normas de ordem pública (TARTUCE, Flávio; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. “O princípio da autonomia privada e o direito contratual contemporâneo”. In *Direito Contratual. Temas Atuais*. Coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Flávio Tartuce. São Paulo: Método, 2008, p. 49). Sobre o tema, é essencial a obra de Francisco Amaral (*Direito Civil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 5ª Edição, 2003).

¹⁷ Expressão inspirada na obra coletiva *A Constituição concretizada* (Org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000).

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. “As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível”. In *Dimensões da dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 37. Nesse trabalho o autor desenvolve muito bem a idéia do *mínimo existencial*.

existencial mantém relação com o direito à moradia, previsto no art. 6º da Constituição, um direito social e fundamental.¹⁹ Já sob o prisma *civil*, esse feixe de direitos representa o direito à *propriedade mínima*: o direito ao imóvel próprio como um direito mínimo para o livre desenvolvimento da pessoa.²⁰ Como se sabe, nos meios populares, o sonho da casa própria povoa a mente de milhões de brasileiros. É na casa própria que a pessoa humana se concretiza, se aperfeiçoa e se relaciona; é *nela* que exerce plenamente a sua dignidade.

A partir dessa idéia, que serve como *tronco fundamental*, decorrem os contra-argumentos ao que antes foi exposto, para gerar a conclusão de que os embargos à penhora devem ser acolhidos na hipótese do oferecimento do *Bem de Família*.

Primeiro, quanto à alegação de quem ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, não se pode atribuir má-fé presumida àquele que oferece o *Bem de Família* à penhora. O Direito, em certo sentido, acaba por ser uma *ciência endêmica*, que surge para solucionar conflitos humanos. Sendo assim, não se pode presumir que as mentes das pessoas também estão doentes. Ademais, o argumento de torpeza, baseado na boa-fé subjetiva e, por isso, essencialmente privado, não pode prevalecer sobre a proteção do *Bem de Família Legal*, que envolve ordem pública. Assim é em todos os julgados do STJ que reconhecem *ser a proteção do Bem de Família Legal questão de ordem pública*:

¹⁹ Entre os autores que defendem a aplicação dos direitos sociais de forma imediata nas relações privadas, pode ser citado Daniel Sarmiento (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 333-342). Como exemplo de saudável aplicação desses direitos, o autor aponta o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o imóvel em que reside pessoa solteira é impenhorável pela proteção da Lei 8.009/1990.

²⁰ A inspiração dessa conclusão vem da leitura da brilhante tese de Luiz Edson Fachin, *O Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo* (Rio de Janeiro: Renovar, 2ª Edição, 2006, p. 140-154). Em certo trecho do trabalho, ao escrever sobre a proteção do *Bem de Família Legal*, conclui o jurista: “É possível o reconhecimento da impenhorabilidade de ofício pelo juiz (quando há provas ou indícios nos autos), embora, em geral, o ônus da prova para a incidência da impenhorabilidade seja do devedor. *Não se afigura possível a renúncia válida ao benefício, quando o devedor citado nomeia o bem de família à penhora, ou se o exequente nomeia o bem de família, mesmo que o devedor concorde expressamente com a nomeação*”. (destacamos). (*Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, ob. cit., p. 150).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO À PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO ASSEGURADO PELA LEI. 8.009/90. IMPOSSIBILIDADE. 1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ. 2. Destarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes: REsp 684.587 - TO, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175 - PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2.000; REsp 205.040 - SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1.999) 3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal. 4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial. (AgRg no REsp 813.546/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10.04.2007, DJ 04.06.2007 p. 314). A relação com a ordem pública fica clara pela possibilidade da Lei n. 8.009/1990 retroagir, conforme reconhece a Súmula 205 do mesmo STJ: ‘A LEI 8.009/90 APLICA-SE À PENHORA REALIZADA ANTES DE SUA VIGENCIA’” (Órgão Julgador: CORTE ESPECIAL. Data da Decisão: 01/04/1998. Fonte DJ DATA:16/04/1998 PG:43. RDDT VOL.:33 PG:236, RSTJ VOL.:108 PG: 145, RT VOL.: 752 PG:131). 0181).

Segundo, a prevalência do direito à moradia sobre a boa-fé serve para afastar o argumento de aplicação da vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). A partir da idéia de *ponderação* ou *pesagem* deve entender que o primeiro direito tem prioridade e prevalência sobre a boa-fé objetiva.²¹

²¹ Sobre a técnica de ponderação, merece ser destacado artigo recentemente publicado no Brasil por Robert Alexy (“Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular”).

Terceiro e por fim, não restam dúvidas de que a renúncia ao *Bem de Família Legal* é inválida e ineficaz, pois constitui um exercício inadmissível da autonomia privada por parte do devedor. Eis aqui mais um exemplo possível de dirigismo negocial nas relações subjetivas.²² Desse modo, a suposta *renúncia* não afasta a possibilidade de se argüir posteriormente a impenhorabilidade do imóvel de residência.²³

In A Constitucionalização do Direito. Fundamentos teóricos e aplicações específicas. Coord. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento. Rio de Janeiro: 2007, p. 295-304). Explica o jurista alemão que “Um dos tópicos mais importantes no debate corrente sobre a interpretação dos direitos fundamentais é o papel da ponderação ou pesagem. Na efetiva prática de muitas cortes internacionais, a ponderação ocupa um lugar central. No direito constitucional alemão a ponderação é um aspecto daquilo que é exigido por um princípio mais compreensivo: o princípio da proporcionalidade (...). O princípio da proporcionalidade consiste de três subprincípios: os princípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade. Todos esses princípios expressam a idéia de otimização. Interpretar direitos fundamentais à luz do princípio da proporcionalidade é tratar os direitos fundamentais como mandados de otimização, ou seja, como princípios, não simplesmente como regras. Enquanto mandados de otimização, princípios são normas que exigem que algo seja realizado na máxima medida possível, diante das possibilidades fáticas e jurídicas” (“Ponderação, jurisdição constitucional e representação popular”, ob. cit., p. 295).

²² Como também são exemplos de dirigismo estatal as previsões relativas à função social do contrato (art. 421 do CC) e à função social da propriedade (art. 5º, inc. XXIII da CF/88 e art. 1.228, § 1º, do CC).

²³ Dentro dessa idéia, também do STJ: “*AGRAVO REGIMENTAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. EXECUÇÃO. BEM DE FAMÍLIA. INDICAÇÃO À PENHORA. - Não merece provimento recurso carente de argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada. - O fato de o executado oferecer à penhora o imóvel destinado à residência da família não o impede de argüir sua impenhorabilidade (Lei n.º 8.009/90)”. (STJ, AgRg no REsp 888.654/ES, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 03.04.2007, DJ 07.05.2007, p. 325). “*RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE TERCEIRO - DESCONSTITUIÇÃO DA PENHORA DO IMÓVEL NO QUAL RESIDEM OS EMBARGANTES - LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM - MEMBROS INTEGRANTES DA ENTIDADE FAMILIAR - NOMEAÇÃO À PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA - INEXISTÊNCIA DE RENÚNCIA AO BENEFÍCIO PREVISTO NA LEI Nº 8.009/90 - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL - JULGAMENTO DESTA - PERDA DE OBJETO - PREJUDICIALIDADE - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM EXAME DO MÉRITO. 1 - Os filhos da executada e de seu cônjuge têm legitimidade para a apresentação de embargos de terceiro, a fim de desconstituir penhora incidente sobre o imóvel no qual residem, pertencente a seus genitores, porquanto integrantes da entidade familiar a que visa proteger a Lei nº. 8.009/90, existindo interesse em assegurar a habitação da família diante da omissão dos titulares do bem de família. Precedentes (REsp nºs 345.933/RJ e 151.238/SP). 2 - Esta Corte de Uniformização já decidiu no sentido de que a indicação do bem de família à penhora não implica renúncia ao benefício garantido pela Lei nº. 8.009/90. Precedentes (REsp nºs 526.460/RS, 684.587/TO, 208.963/**

Encerrando e resumindo, servem como sustento as palavras de Jorge Miranda, para quem “a dignidade humana é da pessoa concreta, na sua vida real e quotidiana; não é de um ser ideal e abstracto. É o homem ou a mulher, tal como existe, que a ordem jurídica considera irreduzível, insubsistente e irrepetível e cujos direitos fundamentais a Constituição enuncia e protege”.²⁴ Essa dignidade humana é que ampara a proteção da habitação como um direito fundamental e social no sistema português.²⁵

A conclusão deve ser a mesma no sistema brasileiro, pois interesses essenciais ao desenvolvimento social do nosso País devem prevalecer sobre interesses formais, antenados à rigidez do processo. O dogma da *justiça segura* cede espaço à *justiça justa*. Com essa idéia de justiça está se construindo o Direito Contemporâneo, sempre a partir de um diálogo interdisciplinar. Sobre essa dicotomia, são contundentes as críticas da Professora da Universidade de São Paulo Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka: “Acabamos por aprender que as *verdades inteiras* são perigosas, exatamente porque querem fechar suas muralhas sobre o construído, de molde a não permitir re-organizações, re-modelações, re-arranjos. É mais seguro, por certo, não mexer muito nas coisas ou nas idéias, pois tudo que se contém dentro de um formato imutável, ten-

PR e 759.745/SP). 3 - Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos de terceiro, afastando a constrição incidente sobre o imóvel, invertendo-se o ônus da sucumbência, mantido o valor fixado na r. sentença. 4 - Tendo sido julgado, nesta oportunidade, o presente recurso especial, a Medida Cautelar nº 2.739/PA perdeu o seu objeto, porquanto foi ajuizada, exclusivamente, para conferir-lhe efeito suspensivo. 5 - Prejudicada a Medida Cautelar nº 2.739/PA, por perda de objeto, restando extinta, sem exame do mérito, nos termos do art. 808, III, c/c o art. 267, IV, ambos do CPC. Este acórdão deve ser trasladado àqueles autos”. (STJ, REsp 511.023/PA, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 18.08.2005, DJ 12.09.2005, p. 333).

²⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Coimbra: Coimbra, p. 53.

²⁵ Quando do II Seminário Luso-Brasileiro: Direito Público e Direito Privado, promovido pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa, naquela instituição, entre 3 e 4 de maio de 2007, interrogamos ao Professor Jorge Miranda a sua opinião a respeito da polémica brasileira acerca do *Bem de Família Ofertado*. Respondeu-nos o jurista que, a partir das experiências portuguesas de proteção de direitos trabalhistas e da aplicação da dignidade humana nas relações privadas, para ele prevalece o direito social à moradia, que deve ser equiparado a um direito fundamental. Vale ressaltar que o tema de sua conferência naquele seminário foi *Direitos fundamentais e interpretação constitucional*.

de a parecer mais seguro. Na percepção de justiça, por exemplo, aquilo que se apresentar de modo repetitivo, encaixado em formulações preestabelecidas, aquilo que se multiplicar tantas vezes quanto seja desejável fazê-lo, tende a parecer mais seguro e, daí então, deve decorrer a idéia de *segurança jurídica*, este padrão aprisionador de concepções, este denominador comum de repetição, este paradigma inacreditavelmente inamovível... Numa idéia assim - restrita e fechada, e por isso mesmo segura - não há lugar para se pensar o novo, para se adequar o tempo, para fazer fluir apenas o justo. Parece que, neste tipo de concepção mais restritiva de justiça, tenha sido preferível a *justiça segura à justiça justa...*" ²⁶ 

²⁶ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. "Sobre peixes e afeto - um devaneio sobre a ética no Direito de Família". In *Família e dignidade humana*. Coord. Rodrigo da Cunha Pereira, Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006, p. 426.

Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação

Eduardo Ribeiro Moreira

Advogado no Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da EMERJ e da pós-graduação da Universidade Candido Mendes.

1. UMA APRESENTAÇÃO DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O tema que desenvolvo nesse artigo foi iniciado na pesquisa de minha tese “os direitos fundamentais em tempos de neoconstitucionalismo” sob orientação da professora Maria Garcia. Sem dúvida alguma seu trabalho inspira muitos alunos, desde o início da graduação até depois do término do doutorado. Isso é facilmente percebido em suas aulas no Grupo de Estudos Constitucionais (GEC) realizado um ou dois sábados por mês, onde compartilha, gratuitamente, sua pesquisa e temas de interesse com seus alunos, os quais se encontram em diversas faixas de idade, estudo e titulação. A harmonia encontrada permite que amigos se reúnam e até profissionais de outras áreas aprendam e dêem sua contribuição para nós juristas. Essa é apenas uma de suas atividades e que leva sua marca de promover estudos interdisciplinares para todos os verdadeiramente interessados.

Entre as linhas de pesquisas da professora Maria Garcia, talvez a mais antiga - dentre as que continua a desenvolver - seja a interpretação constitucional. Não é, portanto, à toa a pertinência do trabalho escolhido. A interpretação constitucional tem pontos de aprofundamento e redimensionamento com o neoconstitucionalismo. A ponto de se dizer, sem exagero, que o desenvolvimento do neoconstitucionalismo apontará o paradigma jurídico deste início de século.

Tal afirmação categórica não é nem um pouco leviana; ao contrário, caracteriza o movimento atual do direito. Hodiernamente, muitas teorias constitucionais vêm sendo veiculadas como uma descoberta individualmente considerada; todavia, elas são partes de um todo, isto é, uma estrutura jurídica que congrega vários elementos comuns em uma mesma direção. A teoria de direito que reúne as novas transformações constitucionais é o neoconstitucionalismo.

Poder-se-ia chamar de constitucionalismo contemporâneo ou simplesmente traduzir o vocábulo por ‘o novo constitucionalismo’, mas optamos por manter o vocábulo comum adotado no direito europeu-continental. Na verdade, a expressão ‘constitucionalismo contemporâneo’ poderia levar à falsa impressão de que estamos tratando de direito constitucional, quando o objeto é bem maior, traduzindo-se por um ambicioso projeto jurídico.

A revolução operada na atualidade com o implemento do Estado Constitucional-Democrático de Direito partiu do direito constitucional, o qual com sua capacidade unificadora e textura aberta permite caminhar com outros saberes, em especial a filosofia do direito. É por esse atrelamento - filosofia do direito e direito constitucional - que se vislumbra, no neoconstitucionalismo, uma teoria do direito que seja simultaneamente integradora e útil. Integradora, porque não se separa da política, das decisões, da sociedade e da ética-moral, todos elementos presentes em um saber cultural. Neste início de século, retoma-se o direito como expressão da justiça, agora com parâmetros de racionalidade bem trabalhados, os quais permitem falar em uma dimensão axiológica dentro da metodologia jurídica.

Assim, o direito do século XXI distancia-se das propostas de teorias de direito, até então, dominantes. Em primeiro lugar, é oposto ao positivismo, naquilo em que este mais se apoiava. Como todos sabem a estrutura do positivismo sustentava-se pela separação do direito com a moral e a política (e porque não em relação à economia, que não ocupava o papel que ocupa hoje). Em segundo lugar, também se afasta das inconsistências do jus-

naturalismo e nos poucos pontos em que poderia ser confundido com ele, pois o neoconstitucionalismo é fundado em propostas de incremento de racionalidade, como a festejada ponderação. Finalmente, e em terceiro lugar, o realismo jurídico e a sua dimensão sociológica não ficam descurados em uma proposta que age sobre o direito útil.

A dita utilidade encontra-se em voga, por exemplo, no papel que a jurisprudência - sobretudo a jurisprudência constitucional - emana como fonte do direito. Em uma classificação positivista, como a encontrada no art. 4º da LICC, a jurisprudência não seria verdadeira fonte do direito¹; entretanto os costumes e a analogia, práticas bem diminutas na nossa tradição jurídica, seriam fontes secundárias estabelecidas em lei.

As fontes do direito atreladas às práticas constitucionais ficam mais bem disciplinadas sob uma teoria do direito útil e integradora. Ao falarmos em jurisprudência e fontes do direito, caminhamos para um sentido da globalização que tardou a chegar ao direito: a fusão de horizontes. O modelo norte-americano, de estudo de casos e força dos precedentes e de mecanismos jurídicos efetivos, de primazia da Suprema Corte, une-se ao sistema europeu-continental, de previsão de um catálogo de direitos fundamentais, de constitucionalismo forte e rígido e de controle de constitucionalidade abstrato das leis. No momento em que o direito, na prática, reuniu todas essas características, começamos a dar forma a uma teoria do direito que serve de proposta para os países ocidentais democráticos.

No espaço geográfico não se trata de uma teoria geral - como fora concebido o positivismo jurídico - mas, sim, de uma teoria adequada às democracias ocidentais² com pressupostos encontra-

¹ Até a Constituição de 1988 a jurisprudência recebia tratamento secundário, sendo estudada apenas para formalizar os recursos para o Supremo Tribunal Federal e aqueles que exigissem divergência entre tribunais ou turmas. Sua verdadeira potencialidade não tardaria a ser descoberta na virada constitucional, assumindo a partir de então o papel de fonte.

² E assim, o neoconstitucionalismo, escapa também das problematizações acerca do universalismo vs. multiculturalismo.

dos na dita fusão de horizontes (defesa dos direitos fundamentais, constituição rígida, mecanismos de separação de poderes e de freios e contra-pesos etc.). Estes podem ser lidos como pressupostos do neoconstitucionalismo que aparece, com força e definição neste início de século, o seu marco temporal. É bem verdade que os seus pressupostos apareceram no pós-2ª Guerra Mundial, porém eles vieram se desenvolvendo desde então, até germinarem no neoconstitucionalismo, assim batizado por diversas publicações no início do século XXI.

2. AS POTENCIALIDADES DO NEOCONSTITUCIONALISMO

A proposta unificante apresenta-se primeiro - e nisso quase todos os que escreveram sobre o tema concordam - *como uma teoria de direito lida a partir do direito constitucional, e que é maximizada por elementos de filosofia de direito e de filosofia política, que permitem repensar os alicerces jurídicos: a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes e, por fim, as transformações ocorridas nos diversos campos jurídicos (constitucionalização do direito).*

A teoria da norma não é mais a mesma, após o estudo de regras, dos princípios e dos critérios jurídico-procedimentais. Aquela que partia da lei e de seus estudos estáticos fica completamente transformada no neoconstitucionalismo. Somente o estudo aprofundado dos critérios jurídico-procedimentais (como a ponderação e a coerência) e sua repercussão na prática, aponta para um novo caminho, bem distante daquele encontrado na teoria da norma. Este é apenas um exemplo dessa mudança.

Distante ainda mais ficou a teoria das fontes do direito. Os princípios, última fonte no sistema positivado - art. 4º da LICC³ -

³ Art. 4º da Lei de Introdução do Código Civil: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do Direito.” A ordem em que aparecem as fontes subsidiárias à lei foi relacionada de forma decrescente que não poderia ser invertida; posição típica de um pensamento positivista.

passaram a ser a primeira fonte e, de forma antecedente, a reger a lei. Outros estudos, como o das normas de integração, perdem a importância para a jurisprudência e a irradiação dos direitos fundamentais. O que se dirá do estudo das antinomias entre regras, hoje colocadas em segundo plano em relação ao conflito de princípios - a ponderação. Mais um - *e apenas um* - exemplo da referida transformação.

A teoria da interpretação alcançou outro *status*, quando recebeu influências da filosofia do direito como: a tópica (e a retomada em se pensar o estudo de casos a partir dos problemas neles suscitados), a hermenêutica (e todos os métodos de interpretação conhecidos e incrementados pela metodologia constitucional contemporânea) e a argumentação jurídica (no tocante à justificação do intérprete) ficam integradas no neoconstitucionalismo. A partir daí se descobrem técnicas - como a derrotabilidade - e teorias ficam mais bem explicadas - como a que diz que toda interpretação jurídica, é antes de tudo interpretação constitucional. Estes dois pontos estudaremos, detalhadamente, mais à frente.

As transformações percorridas nos diversos campos jurídicos, lidas sob um dos subtítulos do neoconstitucionalismo: a constitucionalização do direito está em contínua expansão. Também, a título exemplificativo, poderíamos citar a possibilidade de ponderação no campo penal; o controle judicial das políticas públicas e da eficiência dos atos administrativos; as influências do direito comunitário na soberania constitucional; as respostas às questões sociais pelo direito civil-constitucional, hoje, uma realidade. Estes são, entre diversos outros, exemplos de temáticas práticas e integradas pelo neoconstitucionalismo que, por ser prático e útil, faz uma melhor leitura da sociedade, já que as teorias de direito tradicionais não são suficientes para dar conta da complexidade teórica e das novas práticas jurídicas que se desenvolveram. Constatemos apenas algumas dessas mudanças⁴:

⁴Tais mudanças foram percebidas ao longo dos últimos 50 anos e o quadro foi elaborado em boa parte com base em conversa com Alfonso Figueroa.

Tema	Como é tratado pelas Teorias Tradicionais do Direito	Como é tratado pelo Neoconstitucionalismo
Sociedade	Homogênea	Plural e Global
Moral	Monista, (sem correlação com o direito no positivismo jurídico) ou dos Valores (absoluta no jusnaturalismo)	Construtivista, com Parâmetros de Racionalidade prática e pretensão de Correção, que vai guiar todo o discurso jurídico e romper com a ordem daquilo que é.
Política	Estado de Direito (com especial atenção à coerção exercida pelo Poder Judiciário e aos atos do poder público)	Estado Constitucional (acrescenta uma especial atenção para as emanações do poder constituinte e do constituído - reformas constitucionais - e para o papel desempenhado pelo Tribunal Constitucional. Em primeiro plano, aparece a constante vigilância em torno dos direitos fundamentais, que permitem o direito como um todo alcançar novo status)
Desenho Institucional das Fontes do Direito	Lei em primeiro plano e demais fontes tidas como secundárias	Primazia da Constituição e da Jurisprudência emanada pelo Tribunal Constitucional
Teoria da Norma	Conjunto de Normas com configurações de regras	Primazia dos princípios preenchidos pela argumentação jurídica. Existência das normas políticas e dos critérios jurídico-procedimentais, além de regras e princípios com morfologia peculiar.
Teoria da interpretação	Regras para interpretação e quando estas não existirem, o intérprete é livre para julgar.	Metodologia constitucional apurada, considerando valores e criando conceitos como a derrotabilidade. Toda interpretação jurídica é interpretação constitucional.
Teoria do Direito	Positivismo (exclusivo ou inclusivo)	Neoconstitucionalismo

Por esta construção, o *neoconstitucionalismo como teoria do direito*, pode ser compreendido como paradigma que revisa a teoria da norma, a teoria da interpretação, a teoria das fontes, suplantando o positivismo, para, percorrendo as transformações teóricas e práticas nos diversos campos jurídicos, integrá-las sob uma base útil e transformadora.

A afirmação de transformação poderia soar exagerada se fosse considerado apenas aquilo que já vem, separadamente, sendo debatido. O neoconstitucionalismo, entretanto, não se encerra em proposta de teoria de direito, pois também deseja ser proposta de filosofia do direito e proposta de teoria política⁵. São nestas duas últimas, onde se revela a ambição do neoconstitucionalismo e em que aparecem inúmeras divergências. Muitos somente vêem possibilidade de um neoconstitucionalismo como teoria de direito e não querem que o direito invada campos como a moral ou a política. Existem muitos argumentos contrários, mas todos partem da maculação destas associações⁶ e da ambigüidade teórica⁷.

Na outra posição, aqueles que apóiam a integração da teoria do direito às duas outras potencialidades vislumbradas no neoconstitucionalismo totalizante - de filosofia política e de filosofia do direito -, desejam que o direito ultrapasse fronteiras jamais trabalhadas com profundidade pelas demais teorias do direito. Nada mais fazem, estes autores, do que maximizar os postulados da conexão entre o direito e a moral - no neoconstitucionalismo como filosofia do direito - e da conexão entre o direito e a política - no neoconstitucionalismo como filosofia política. O campo a ser explorado a partir de então é vasto.

Exemplos do neoconstitucionalismo como filosofia do direito restariam na superação dos estudos das normas meramente descritivas e prescritivas; no papel do cientista do direito como observador externo; na separação entre direito e moral (seja ela

⁵ Para ver uma classificação próxima, porém com temas debatidos na Europa - tripartindo o neoconstitucionalismo em teoria do direito, em filosofia política e em teoria do estado - ver Antonio Maia, "As Transformações dos Sistemas Jurídicos Contemporâneos: Apontamentos acerca do neoconstitucionalismo". In: *Revista do Direito do Estado* n° 5, Jan-Mar 2007.

⁶ Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta, 2003.

⁷ Suzana Pozzollo, "Un Constitucionalismo Ambiguo". In: Carbonel, Miguel (coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Ed. Trotta, 2005.

total ou contingente), enfim de tudo aquilo que representa o *direito exclusivamente como ele é*. Desvincula-se também do direito como deve ser, da moral subjetiva, da filosofia dos valores e das fontes extrajurídicas. A filosofia do direito do neoconstitucionalismo é preocupada: com o cientista do direito conectado ao que ocorre no mundo; com as derivações concretas das leis; com a conexão do direito através de parâmetros de racionalidade e intersubjetivos; com a relação necessária com a moral e com a política, estas guiadas por uma pretensão de correção; com a preocupação de um direito avaliado por critérios de coerência e de proporcionalidade; com o direito exposto por uma sólida teoria da argumentação, enfim um direito que alcança outros patamares até onde ele pode ser. Todos estes conceitos-chave remontam às principais pesquisas em filosofia do direito também integradas pelo neoconstitucionalismo que lhes dá destinação útil⁸, verificadas, sobretudo, na fase de aplicação judicial⁹. Por tudo isso, o neoconstitucionalismo na dimensão de filosofia do direito é atraente tanto para juristas encantados com a filosofia, como para filósofos com vocação para o direito.

Já o neoconstitucionalismo como filosofia política redefine o papel dos elementos do estado num mundo cosmopolita; também tem orientação para ver o impacto das decisões constitucionais na população de uma maneira especial, a participação popular, que surge, por vezes, de uma (ainda crescente) cultura constitucional, já trabalhada no sentido de um sentimento ou patriotismo constitucional. Elementos de Estado, da crise de representatividade, de blocos continentais e de multiculturalismo, tudo isso é debatido dentro e a partir do viés constitucional na dimensão de filosofia política do neoconstitucionalismo¹⁰.

⁸ Ao fazer isso o neoconstitucionalismo retira uma dos principais pesos da filosofia do direito, as inverossímeis acusações de sua pouca aplicabilidade prática.

⁹ Não que essa seja a preocupação exclusiva do Direito, pois a fase de produção jurídica - até a fase pré-constitucional - deve ser cuidada pelo neoconstitucionalismo, sobretudo na vertente da filosofia política.

¹⁰ Também podemos enxergar por outro viés, pois pensar, na atual conjuntura, a filosofia do direito ou mesmo a filosofia política dissociadas do direito constitucional é não saber como emergem as questões jurídicas, o que é o mesmo que não "saber o que é Filosofia do Direito, hoje". Cf. Marcelo Cattoni, *Direito Política e Filosofia*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 136.

Entre essas múltiplas hipóteses de pesquisa, por hora, vamos nos ater a uma em particular, que representa um dos primeiros e mais importantes desenvolvimentos do neoconstitucionalismo: a teoria da interpretação.

3. NO NEOCONSTITUCIONALISMO TODA INTERPRETAÇÃO É INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

O primeiro dos elementos que se fez notar foi a sobre-interpretção (que é mesmo que a interpretação das leis face a Constituição, no neoconstitucionalismo), que pode ser entendida como a interpretação no neoconstitucionalismo¹¹. Foi a produção da hermenêutica constitucional que conformou as estruturas reais de poder à matéria constitucional jusfundamental e sustentou o desenvolvimento de uma produção constitucional de vanguarda. A evolução da interpretação constitucional, acentuadamente marcada nos últimos 60 anos, não parou no tempo, já que continua em expansão como elemento chave do pensamento crítico do direito. Os princípios operaram grande parte dessa transformação, antes última fonte subsidiária, hoje fonte principal, regendo a aplicação das leis. Por isso, toda e qualquer norma jurídica - não só as leis, mas a sua concretização, a jurisprudência - deve condicionar-se à sobre-interpretção dos princípios jusfundamentais. Essa é a característica mais importante do processo de constitucionalização do direito, em suma, a “teoria da interpretação a partir da Constituição parece que já não pode ser a mesma que a teoria da interpretação a partir da lei: as normas constitucionais estimulam outro gênero de raciocínio jurídico.”¹²

A teoria de interpretação constitucional e as técnicas de controle de constitucionalidade misturam-se no exercício da jurisdição constitucional, sobretudo, na tarefa de julgar a constitucionalidade de uma lei, e na tarefa interpretativa acerca dos direitos fundamentais.

¹¹ Em oposição à tese da interpretação promovida pelo positivismo jurídico. Cf. Prieto Sanchis, *Positivismo y Constitucionalismo*, México: Ed. BEMP, 1999, p. 37.

¹² Cf. Luis Prieto Sanchis, *Positivismo y Constitucionalismo*, citado, p. 22.

A interpretação no neoconstitucionalismo tem um significado ainda mais abrangente. Toda decisão legislativa¹³ ou judicial¹⁴ está pré-regulada por uma norma constitucional. A produção legislativa, como todos sabem, é aberta ao controle de constitucionalidade, momento em que a interpretação constitucional mais se manifesta¹⁵.

Já o fenômeno que ocorre com a interpretação nas fases de aplicação judicial revela que toda interpretação jurídica - direta ou indiretamente - é interpretação constitucional, de forma que ela não deixa espaços vazios.

A vinculação do texto constitucional, como tarefa de interpretação, dá-se (1) *de forma direta*, quando a decisão judicial se baseia em um princípio ou em qualquer norma constitucional, aplicada no caso - mencionando-se expressamente o dispositivo constitucional. Aí, aparece a Constituição concretizada.

A interpretação é *indireta em dois momentos*. No primeiro, por um juízo negativo sempre presente, que ocorre quando não se faz menção a uma inconstitucionalidade, o que significa que o dispositivo legal que fundamenta a decisão passou por um juízo negativo com sucesso; em confronto com as normas constitucionais, o dispositivo legal, base para a decisão, sobreviveu - não é com a Constituição incompatível -, juízo antecedente ao próprio exame do mérito concreto.

No segundo momento, *é indireta a interpretação constitucional, por um juízo finalístico*, já que toda decisão deve cumprir a Constituição e se orientar pelos objetivos nela destacados. Em tese toda decisão deveria orientar-se por atender a um fim constitucional. Como no caso brasileiro da dignidade da pessoa humana e a redução das desigualdades sociais que aparecem respectivamente como princípios estruturantes e objetivos da nação e que devem pautar os resultados das produções jurídicas.

¹³ Cf. Riccardo Guastini, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano". In Carbonel, Miguel (coord). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid, Ed. Trotta, 2005, p. 54.

¹⁴ Cf. Luís Roberto Barroso, Prefácio - "O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Redefinição da Supremacia do Interesse Público", p. XII-XIII. In: *Interesse Público vs. Interesse Privado*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2007.

¹⁵ Aí lembramos a atuação da comissão de constituição e justiça, o veto do Presidente da República pela lei contrária à Constituição e todos os demais momentos em que a Constituição é invocada para obstruir ou direcionar um projeto de lei.

Desses três exercícios de hermenêutica - o direto, o indireto negativo e o indireto finalístico - é que se extrai a inescapável conclusão de que toda interpretação jurídica é antes de tudo uma interpretação constitucional.

4. MEDIDA DA INTERPRETAÇÃO: INTEGRAÇÃO DO INTÉRPRETE COM O MÉTODO E COM O TIPO DE CASO

O acentuado avanço da interpretação constitucional permite que se desenvolvam teorias e metodologias constitucionais construtivistas, aptas a responder aos anseios das relações sociais, o que revela o grau de integridade da interpretação no neoconstitucionalismo.

É confiando na capacidade de interpretação do texto constitucional, com força transformadora, que a moldura dos princípios se mostra aberta ao preenchimento e às gradações. A Constituição, com espaços para a sua conformação, leva a uma otimização do texto constitucional, pela capacidade do intérprete e melhor uso do direito, sem excessos.

Interessante realizar juízo de sobre-interpretação acerca do que se entende por *preceito fundamental*. Sabe-se que não é o mesmo que direito fundamental, pois não teria sentido atribuírem-se duas terminologias com significado unívoco. Há quem sustente que preceitos fundamentais, a serem resguardados pela ação de descumprimento, são todas as cláusulas pétreas, acrescidas dos demais direitos fundamentais e dos princípios sensíveis¹⁶. Esse é um bom ponto de partida, mas que não pode ficar fechado, como aponta Nagib Slaibi, que deixa a cargo da interpretação constitucional a delimitação do que é preceito fundamental¹⁷, porque tal conteúdo é tópico e pode mudar no tempo - o que não é fundamental pode passar a ser considerado no futuro, em verdadeira mutação constitucional. A expressão *preceito fundamental* possui um conteúdo mínimo, mas sua delimitação é preenchida por via da sobre-interpretação (neo)constitucional.

¹⁶ Cf. Guilherme Peña de Moraes, *Direito Constitucional - Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2003, p. 291.

¹⁷ Cf. Nagib Slaibi, *Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 338.

“Ora, os chamados preceitos constitucionais fundamentais carregaram para a dogmática brasileira a discussão acerca da importância das normas constitucionais, obrigando a que se procedesse a uma distinção pautada não na estrutura interna, mas sim na relevância (externa, axiológica) das normas constitucionais.”¹⁸

O preceito fundamental está muito ligado à proteção fundamental do mínimo existencial que o Estado deverá garantir a todo custo - muitos desses preceitos não podiam constar no controle concentrado, como os advindos de lei municipal, ou de leis anteriores à Constituição. Essa é a tarefa dos intérpretes da Constituição. O papel do intérprete deu uma guinada rumo à importância maior, após os trabalhos realizados pela argumentação jurídica que verifica se as opções tomadas pelo intérprete estão de acordo com a justificação produzida. A hermenêutica constitucional, por sua vez, verifica as metodologias utilizadas e os procedimentos aplicados. Vê-se que uma não se aperfeiçoa sem a outra; mais do que nunca, hermenêutica e argumentação jurídica devem ser estudadas de forma conectada, pois a justificação representada pelo intérprete e o processo interpretação, representado pela metodologia constitucional adequada ao caso, se complementam. A eles se junta o problema, isto é, o tipo de caso que deve ser julgado. O tipo de caso estudado, a partir do problema apresentado, passando pelas soluções já apresentadas e eliminando aquelas que não servem, é típico pensamento tópico. Tal raciocínio, comum nos Estados Unidos, ganhou importância desde a tópica e, com a fusão de horizontes, passou a ser uma realidade do nosso direito, o que pode ser verificado com o aumento do interesse pelos precedentes. O tipo de caso, o intérprete e sua argumentação e o método absorveram, respectivamente, com o passar dos anos, elementos de filosofia do direito, como a tópica, a argumentação jurídica e a hermenêutica filosófica.

¹⁸ Cf. André Tavares, *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, São Paulo: Método, 2006, p. 97.

Os momentos de deliberação constitucional são, para muitos, mais importantes do que os momentos de mudança formal do texto constitucional, pois esses momentos extraordinários resultam em transformações constitucionais que devem ser adotadas pelos Tribunais.¹⁹ Mais do que nunca se estudam os casos julgados pelo STF, com as mais variadas análises. Hoje, a tarefa de interpretar o Direito está muito ligada à Constituição e às figuras dos seus intérpretes, a ponto de não se falar quase em hermenêutica jurídica, mas, sim, em interpretação constitucional.

5. INTERPRETAÇÃO E METODOLOGIA CONSTITUCIONAL

A hermenêutica constitucional é o campo de estudo da tarefa da interpretação por natureza. A abertura do texto constitucional enterrou, de uma vez por todas, a noção de que somente o texto legal, que não fosse claro, deveria ser interpretado²⁰. Toda norma carrega, direta e potencialmente o elemento disposicional de ser interpretado à luz da Constituição. A tarefa de interpretação, como o conhecimento melhor do texto, equivale à tarefa de aplicação do Direito²¹. Não são dois momentos separados, como se imaginava nos estudos da hermenêutica clássica.

O processo de concretização do texto constitucional, sob análise filosófica, nada mais é que o fechamento do círculo hermenêutico, e não de indeterminação como se fazia crer. A concretização da norma constitucional²², antes de ser estudada como metodologia constitucional²³, deve ser vista como finalidade da atividade interpretativa melhor explorada no neoconstitucionalismo.

A metodologia dos trabalhos de interpretação constitucional, embora não ocupe mais o centro do debate constitucional,

¹⁹ Cf. José Ribas Vieira, *Teoria da Mudança Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 92.

²⁰ Konrad Hesse divaga sobre a necessidade de interpretação constitucional toda vez que a Constituição não permita de plano dar uma resposta concludente. Cf. Konrad Hesse, *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 35.

²¹ Cf. Hans Gadamer, *Verdade e Método I*, 5ª ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2003, p. 406.

²² Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 2ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 1998, p. 1221.

²³ Cf. Konrad Hesse, *A Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sergio Antonio Ferris, 1991, p. 58.

merece cuidados e adequamentos. Não existem meta-regras de uso correto das metodologias constitucionais; isso seria um sobreplano metodológico exagerado, em que se daria tanta importância ao conhecimento das metodologias que estariam em um sobreplano, além do direito substancial, dos princípios e das normas constitucionais, que, por sua vez, ainda têm de ser correlacionados aos fatos, pela argumentação jurídica, pelas normas processuais e os demais conhecimentos multidisciplinares, em cada caso; verdadeiro trabalho do juiz Hércules²⁴. Estes estudos completos devem ser exigidos dos juizes e representantes da partes nas Cortes Supremas e nos Tribunais, na solução dos casos difíceis e trágicos.

As metodologias de interpretação constitucional devem estar, sim, adequadas à teoria do direito adotada para eliminarem-se, a partir de então, as incoerências entre elas. Nesse sentido, podem perfeitamente ser diferentes as metodologias aplicadas em um mesmo contexto, até em um mesmo caso (caso a decisão seja tomada por órgão colegiado). Bom exemplo é a aplicação do princípio da unidade constitucional, que prega a coerência e a leitura integrada das normas constitucionais, de um lado, com a ponderação, que é critério²⁵ (para muitos, método²⁶; para outros princípio²⁷; para outros, regra²⁸) para a solução de conflito entre normas constitucionais. Em uma interpretação constitucional mais tradicional, a convivência entre as duas metodologias²⁹ não era

²⁴ No sentido de juiz Hércules, usado por Ronald Dworkin, *Levando os Direitos a Sério*.

²⁵ No sentido de se entender como postulado, cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios* (3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003), já como critério de Legitimação, tese defendida por Ricardo Lobo Torres, se aproxima da idéia de critério procedimental, sem conteúdo próprio.

²⁶ Cf. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*. Citado.

²⁷ Cf. Luis Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 2ª d. São Paulo. Editora Saraiva, 1998.

²⁸ Cf. Jane Reis, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Editor Renovar, 2006, p. 362.

²⁹ Continuamos a considerar a ponderação de interesses critério argumentativo-procedimental, porém, na prática, ela é trabalhada, muitas vezes, como método de trabalho constitucional, além de ser argüida, outras inúmeras vezes, como princípio constitucional. O que importa é utilizá-la corretamente, com o trabalho de suas fases - subprincípios da ponderação -, o seu preenchimento argumentativo, a verificação de direitos fundamentais realmente existentes e não alegados ao vazio. O estudo de parâmetros para limitar os exageros da ponderação e as reais possibilidades de confronto complementam a teoria. A leitura de Alexy parece estruturar norma jurídica em três vertentes, pois além de princípios

tida como possível³⁰, ou ao menos questionável. Quando se quer criticar o uso de metodologias constitucionais, aponta-se a unidade e a ponderação como determinantemente antagônicas, o que não corresponde à potencialidade das duas metodologias. Isso se explica pela teoria do direito constitucional, que revela a concepção dos limites da efetividade constitucional em dado momento. Sob uma teoria do direito restritiva e deveras positivista tais metodologias não conseguem conviver no ordenamento. Diversamente, hoje, em uma concepção neoconstitucional, ponderação e unidade constitucional convivem, harmoniosamente, trabalhando-se as duas até em um mesmo caso concreto, sem qualquer prejuízo. O purismo metodológico-constitucional não faz parte da tradição luso-brasileira nem resulta, necessariamente, em aprimoramento jurídico.

Canotilho, por exemplo, ao tratar da interpretação das normas constitucionais, vai ao outro extremo ao elencar todas as metodologias encontradas em outros autores, acrescentando as dimensões da tópica, da argumentação jurídica, da sociologia jurídica (método científico-espiritual), da estrutura da linguagem, com a pragmática, e, ainda um catálogo de princípios da interpretação constitucional, que se misturam a pressupostos constitucionais - como a força normativa da Constituição, a justeza constitucional ou a supremacia da Constituição -, enfim³¹, mistura que revela

e regras, aparecem os critérios procedimentais, como, por exemplo, a própria ponderação ou a universalidade. Essa valiosa divisão tripartida da norma é uma das mais valiosas contribuições de Alexy, ainda que ele não tenha incluído as *policies* - normas de políticas públicas - para nós complemento essencial para a consideração da norma em quatro fases: princípios, regras, políticas públicas e procedimentos a elas inerentes.

³⁰ Para tanto, vale ver as críticas de Konrad Hesse quanto à reunião entre a unidade constitucional e a ponderação entre normas constitucionais em conflito (**A Força Normativa da Constituição**, citado, p. 49). Na época que Hesse escreveu a ponderação, tida por ele como metodologia constitucional, não havia sido desenvolvida e aplicada como foi posteriormente aos trabalhos desenvolvidos por Alexy e seus seguidores. O *status* alcançado depois da divulgação da **Teoría de los Derechos Fundamentales** reformulou a aplicação do instituto, visto com outros olhos, a qual, por sua vez, colaborou, e muito, para a instauração do atual momento do neoconstitucionalismo.

³¹ Para ver o extenso rol anunciado, vale confrontar, Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, citado, p. 201 a 245. O próprio Canotilho, ao tratar dos princípios da interpretação constitucional estabelece três critérios tão abrangentes, que quase toda a matéria constitucional pode ali ser enquadrada. São os princípios: "(1) relevantes para a decisão (=

que muito do conhecimento acerca da interpretação constitucional pode se transformar em metodologias de trabalho, com uma adaptação do intérprete.

O neoconstitucionalismo não defende critérios de cientificidade metodológica, mas não os despreza. A erudição acerca das diversas metodologias constitucionais aumenta a capacidade de encontrar meios que traduzam com maior respeito possível a força normativa da Constituição e a vontade constitucional. Usar somente os métodos clássicos - interpretação gramatical, histórica, sistêmica e teleológica, resulta em limitar o raio de ação dos intérpretes. A escolha dos métodos traduz as preferências do intérprete até por outros ramos do conhecimento, como a história, a sociologia, a filosofia, a economia, entre outros, que se encaixam, respectivamente, a título sugestivo, nas metodologias histórica, científico-espiritual, tópica e o pragmatismo-conseqüencialista. O intérprete da Constituição mais preparado deverá utilizar as metodologias mais aptas a defender e tornar efetivo o texto constitucional. Em matérias multidisciplinares, como as que são levadas ao Supremo Tribunal Federal, o correto conhecimento das diversas metodologias constitucionais representará grande reforço na melhor decisão dentre as possíveis. As metodologias múltiplas não são um mal em si, mas seu uso distorcido e abusivo poderá resultar em prejuízo interpretativo.

Um aviso necessário: as metodologias devem ser argumentativamente justificadas, e, quando em um caso similar adotar-se outra metodologia constitucional, em respeito ao princípio da universalidade³² e da coerência, deve ser justificada, expressamente,

resolução) do problema prático (princípio da relevância); (2) metodicamente operativos no campo do Direito Constitucional, articulando Direito Constitucional formal e material, princípios jurídicos funcionais (princípio da interpretação conforme a Constituição) e princípios jurídicos materiais (ex: princípio da unidade da Constituição, princípio da efectividade dos direitos fundamentais); (3) constitucionalmente praticáveis, isto é, susceptíveis de ser esgrimados na discussão de problemas constitucionais dentre da 'base de compromisso' cristalizada nas normas constitucionais (princípio da praticabilidade)". A metodologia não é muito rigorosa, preferindo o mestre português arrolar todo o catálogo sobre interpretação constitucional encontrada, para dar suporte técnico aos estudantes. Cf. Gomes Canotilho, **Direito Constitucional**, citado, p. 1186.

³² Cf. Robert Alexy, **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy Editora, 2001.

a nova opção, que pode levar a uma mutação da jurisprudência constitucional. A fidelidade à metodologia utilizada, reiteradamente, em casos similares, e a justificação de maior carga argumentativa adequada no uso de novas metodologias são muito mais importantes, no exercício da prática forense, do que criar novas metodologias de interpretação.

Um dos motivos pelo qual a metodologia constitucional perdeu a hegemonia no discurso jurídico foi a percepção de que metodologias diversas podem levar a um mesmo resultado - embora isso não aconteça repetidamente - e, mais, uma mesma decisão, que não mencione expressamente a metodologia constitucional utilizada, ao ser analisada por diferentes intérpretes, pode apontar leituras metodológicas distintas sobre o mesmo texto. Daí assiste razão a Gadamer quando afirma que, depois de escrito, o texto não pertence ao autor, pois o texto “fala” com o intérprete. E tal se verifica nos livros, artigos, sentenças proferidas que, muitas vezes, ganham destinação para além - quando não diversamente - da vontade original do autor³³.

A sobre-interpretação da Constituição -, com essa gama de metodologias existentes -, a ser exercida com liberdade e responsabilidade, é defendida em um estágio de alto desenvolvimento constitucional. No neoconstitucionalismo este estágio é alcançado com o correto aproveitamento dos critérios argumentativo-procedimentais, como a razoabilidade, a proporcionalidade, a coerência e a universalidade, não só no mérito e no direito processual, mas também no debate sobre a metodologia constitucional, sobretudo, quando ela for diferente da costumadamente usada, mal-aplicável, ou de contexto duvidoso. Tal debate encerra um ciclo constitucional de mais alto refinamento, como já foi observado na Suprema Corte dos Estados Unidos.

³³ Cf. Hans Gadamer, *Verdade e Método II*, Petrópolis, Editora Vozes, 2002, p. 507. Vale lembrar que Gadamer, até pelo momento histórico vivido, é grande crítico da importância do método, isto é, do exagero metodológico que impregnava as ciências, em especial a hermenêutica. Cf. *Verdade e Método I*, citado, p. 29 e *Verdade e Método II*, p. 389.

6. INTERPRETAÇÃO NEOCONSTITUCIONAL E A DESCOBERTA DA DERROTABILIDADE

Um importante tema identificado com a interpretação constitucional, a *interpretação conforme a Constituição merece ampliações e (três) possibilidades de usos no neoconstitucionalismo*. Tais usos serão de grande aplicabilidade no direito constitucional brasileiro. Trata-se de ver as possibilidades de interpretar as leis à luz da Constituição.

É, sem dúvida, terminologia polissêmica e pouco explorada a interpretação conforme a constituição - ao menos em suas outras duas acepções. Para começar, alguns entendem que é apenas técnica de controle de constitucionalidade, já outros alegam que é matéria de interpretação constitucional, antes de tudo. Sobre a impropriedade em se identificar a interpretação conforme a Constituição como regra de interpretação constitucional, André Tavares afirma:

*“A interpretação conforme a Constituição haveria de ser melhor entendida como um método de trabalho desenvolvido dentro da atividade de controle de constitucionalidade do que como, propriamente, mais uma fórmula puramente interpretativa.”*³⁴

Luis Roberto Barroso entende diversamente, pois considera a interpretação conforme antes de tudo, técnica de interpretação constitucional. Alega o autor que qualquer interpretação que tenha como parâmetro a Constituição é interpretação constitucional, portanto, ao se excluírem interpretações de um dispositivo, a Constituição é a verdadeira fonte da valoração.

Para o neoconstitucionalismo, a interpretação conforme a Constituição tem três significados e o *primeiro deles é literal*, ou seja, o de interpretar as leis à luz da Constituição. Esse significado tem sido esquecido, equivocadamente, pois a menção de um dispositivo à luz de sua direção constitucional é interpretação conforme a Constituição, ainda que a única extraível da norma. O

³⁴ Cf. André Tavares, *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*, citado, p. 135.

contrário seria negar o sentido lingüístico da expressão: o de que toda lei deve passar por um crivo de constitucionalidade, ou como afirmamos anteriormente, um juízo indireto negativo. Este exercício, na maioria das vezes imperceptível e não expresso, é interpretação conforme a Constituição. A doutrina, todavia, somente lembra o segundo sentido.

O *segundo sentido* é o da interpretação conforme ocorre quando está presente mais de uma hipótese interpretativa, momento em que o tribunal competente dirá qual delas está mais apropriada ao texto constitucional. É uma maneira de salvar a norma legal e firmar orientação constitucional. Este é o sentido freqüentemente atribuído pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Exemplos podem ser pensados em lei que tenha mais de uma possibilidade interpretativa, quando o tribunal aponta qual interpretação é inconstitucional - e, portanto, não pode mais ser realizada - e assim salva o teor da norma. A norma escrita é preservada e uma interpretação é proibida. Bom exemplo brasileiro ocorreu com a promulgação do Estatuto do Idoso. Os artigos 75-77 regulavam a necessária participação do Ministério Público em todos os processos em que pessoa com mais de 60 anos fosse parte.³⁵ Isso levaria a um prejuízo para o Ministério Público e atrasaria todos os processos em que idosos estivessem envolvidos. Ao julgar a questão, o STF decidiu que se tratava do caso de interpretar conforme a Constituição, os dispositivos - art. 75-77 do Estatuto do Idoso -, para dar sentido a intervenção por parte do Ministério Público somente nas lides em que o idoso se encontrasse desprotegido ou com necessária atenção especial. Os dispositivos restaram preservados, apenas a interpretação que entendesse obrigatória a participação do Ministério Público em todos os feitos de idosos é que não poderia mais ser aplicada.

³⁵ Lei nº 10.741/2003: Art. 75. Nos processos e procedimentos em que não for parte, atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer diligências e produção de outras provas, usando os recursos cabíveis.

Art. 76. A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Art. 77. A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

O terceiro sentido da interpretação conforme a Constituição é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente os efeitos da regra são retirados, por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*). O terceiro uso da interpretação conforme a Constituição é sinônimo de derrotabilidade da norma-regra, que funciona como uma propriedade disposicional que aparece no neoconstitucionalismo. Lembrando as lições de Alfonso Figuera³⁶, a propriedade disposicional não se manifesta de forma plena, somente quando dadas certas circunstâncias *post factum*, ela poderá se manifestar. Distinta é uma propriedade categórica, que é imanente, automática e plena e sempre se manifestará. A disposicionalidade dos princípios vem sendo argüida, e quanto a isso não há dúvida pela sua abertura e gradação. O que defendemos, contudo, é permitir ir além com a disposicionalidade das regras. Sempre se ensinou que elas valem no tudo ou nada e que não são decididas por ponderação e isso continua valendo. Ocorre que as regras em situações excepcionais, que não cumpram o objetivo ou a finalidade constitucional, devem ser derrotadas, e como consequência devem ser afastadas do caso concreto e não formar jurisprudência.

Esse é um dos grandes avanços sustentados pelo neoconstitucionalismo, pois afasta as exceções que combatem a ponderação, sobretudo para aqueles que se afirmam em (errada) concepção de que as regras se resolvem por ponderação. Esse raciocínio - de que as regras se resolvem por ponderação - advindo da filosofia analítica desconstrutivista, no fundo almeja afastar o uso da ponderação e limitar a principiologia constitucional. São, na verdade, exemplos excepcionais, buscados para romper com a ordem da ponderação, dos princípios da lógica neoconstitucional. Mas, na verdade, esses exemplos têm carga de derrotabilidade e ficam encaixados na teoria de direito neoconstitucionalista pelo terceiro sentido da interpretação conforme a constituição. A derrotabilidade ou terceiro sentido de interpretação conforme a constituição mantém o funcionamento do sistema (neo)constitucional, sem abalos. Muitas das afirmações para deslegitimar a ponderação,

³⁶ Cf. Alfonso García Figuera, “La Teoría del Derecho en Tiempos del Neoconstitucionalismo”. In: Carlos, Miguel (coord.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid. Editora Trotta, 2005.

como as realizadas por Humberto Ávila, no Brasil,³⁷ ou os exemplos trazidos por Frederick Schauer,³⁸ caem por terra. Eles são, na verdade, hipóteses de derrotabilidade da norma.

7. CONCLUSÃO

O caminho trilhado para a construção e aceitação de uma teoria do direito não é nada fácil. A reconstrução exposta apresenta o neoconstitucionalismo como a teoria de direito mais afeiçoada às propostas jurídicas existentes no Brasil. De uma só vez dá uma opção aos críticos da teoria *geral* do direito, fornecendo uma proposta de direito útil, que satisfaz os anseios da sociedade, ao apresentar um direito transformador e que reúne dispersas construções da doutrina e da jurisprudência constitucional, formando uma proposta integradora. Ademais, as meramente citadas potencialidades do neoconstitucionalismo desdobram-se em fascinantes possibilidades de pesquisa. Já era hora de pensar o direito constitucional conectado à filosofia.

Destacamos neste *paper* o papel revitalizado da interpretação no neoconstitucionalismo, o qual é significativo, pois atesta a capacidade dos intérpretes da Constituição de um país, afasta-se do positivismo jurídico - que veda a interpretação fora da moldura - e do jusnaturalismo - que busca valores externos ao sistema - e concretiza a pretensão de correção.

A concretização das transformações na interpretação se dá nos momentos de aplicação, legitimação e fundamentação dos seus elementos práticos. O neoconstitucionalismo postula uma interpretação da Constituição, em todos os momentos, pois toda interpretação jurídica é interpretação constitucional, como cabalmente ficou demonstrado, seja nos momentos diretos, seja nos momentos indiretos (negativo e objetivo).

A teoria da interpretação não pode ser vista com olhar fragmentado, pois os intérpretes - da constituição aberta e axiológica - devem estar em igual grau de importância às metodologias, ao

³⁷ Cf. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, citado.

³⁸ Cf. Frederick Schauer, *Playing by the rules*. Claredon Press, Oxford, 2002.

caso e aos precedentes considerados. Todos estes elementos interpretativos devem ser integrados pela filosofia do direito.

A derrotabilidade deve ser difundida como um conceito-chave que afeta a prática e impõe revisão das críticas dirigidas ao aproveitamento de uma teoria pró-princípios. A derrotabilidade ou terceira forma de interpretação conforme a constituição começa a ser desenvolvida, e tem tudo para alcançar as cortes constitucionais.

Resta dizer que tudo aqui foi afirmado com base em um conteúdo jurídico existente, contextualizado na Constituição, enfim, basta que se divulgue e aplique o Direito direito. 📄

Prova Ilícita: Uma Reflexão

DIOGO CIUFFO CARNEIRO

Advogado, Mestrando em Direito Processual Civil pela PUC/SP.

1. INTRODUÇÃO

Conforme posição doutrinária hoje indiscutível, temos que analisar os institutos do Processo Civil tomando como ponto de partida a Constituição Federal. De fato, todas as normas legais deverão ser lidas e interpretadas a partir do modelo processual que restou traçado em nossa Carta Magna. É o que se chama de constitucionalização do processo. Dessa forma, para um estudo que se pretenda atualizado sobre as provas no processo, devemos iniciá-lo com as algumas considerações acerca do tratamento da matéria em nível constitucional.

Após a análise da extensão e dos limites da garantia constitucional à prova, daremos a nossa definição de prova ilícita, tentando uniformizar o tratamento do tema. Veremos o que a doutrina entende por prova ilícita para, em seguida, dizer o que entendemos.

Trataremos, ainda, do problema da prova moralmente ilegítima, que vem encartada no art. 332 do Código de Processo Civil, analisando se tal prova se enquadraria em nosso conceito de prova ilícita.

É essa, em pouquíssimas linhas, a síntese do que será tratado nas próximas.

2. A DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DO TEMA

2.1. A Garantia da Prova como Corolário da Garantia da Ação e da Ampla Defesa

Ao garantir, em seu art. 5º, XXXV, que o Poder Judiciário não deixará de apreciar qualquer lesão ou ameaça a direito, a

Constituição Federal quis garantir que o Judiciário apreciará adequada e efetivamente toda lesão ou ameaça a direito.

De fato, não basta que seja aberta abstratamente a possibilidade de se ingressar em juízo; é necessário que, além da garantia de um efetivo acesso ao Judiciário, o processo possua mecanismos efetivos para tutelar os interesses em jogo.

É o que se convencionou chamar de efetividade do processo, que há muito é defendida por Chiovenda em lição tão repetida: *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello e proprio quello ch’egli ha diritto di conseguire.”*¹

Modernamente pode-se afirmar, na esteira das lições de Dinamarco, que *“o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais.”*². Em outras palavras, e conforme a sintética acepção de Proto Pisani³, a efetividade do processo consiste na sua aptidão de alcançar os fins para os quais foi instituído.

Nesse passo, a doutrina não ousa discordar de que, para a garantia da efetividade do processo, é necessário *“assegurar condições propícias à exata e completa reconstituição dos fatos, a fim de que o convencimento do julgador corresponda, tanto quanto puder, à realidade”*⁴, nas palavras de Barbosa Moreira.

Com efeito, para que um processo possa ser efetivo, da maneira que acima foi definido, é necessário que garanta às partes a possibilidade de produção de todas as provas necessárias à comprovação dos fatos relevantes de determinada demanda.

Daí se afirmar que o direito à produção de provas decorre da garantia constitucional da ação. Nesse exato sentido, afirma Comoglio que é garantido a todos um poder, derivado do exercício

¹ *Apud* BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, in *Ajuris*, volume 29, Porto Alegre, 1983, página 79.

² DINAMARCO, Cândido Rangel, *A instrumentalidade do Processo*, 10ª edição, Malheiros, São Paulo, 2002, página 330.

³ *Apud* FUX, Luiz. *Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*, São Paulo, Saraiva, 1996, página 139/140.

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Op cit.*, p. 79.

da garantia da ação, de exercer qualquer atividade de alegação, dedução, argumentação e prova⁵.

Se, por um lado, o direito à produção de provas decorre da garantia da ação, é necessário convir que, até mesmo para a preservação da isonomia, há de haver um direito contraposto que garanta a produção de provas ao réu.

Trata-se, justamente, da garantia da ampla defesa, que, em contraponto à garantia da ação, confere ao réu o poder de se utilizar e de produzir todas as provas necessárias para rebater os fatos tais como narrados pelo autor.

Desse modo, portanto, o direito à prova (*rectius*, garantia) deriva do art. 5º, XXXV e LV, da Constituição Federal, que versam, respectivamente, sobre a inafastabilidade do controle jurisdicional e da garantia à ampla defesa, conforme seja direito do autor ou do réu. Veja-se, nesse sentido, a lição de Eduardo Cambi⁶, *in verbis*:

“O direito à prova é uma manifestação essencial da garantia constitucional da ação e da defesa, porque ‘agir e defender-se provando’ é uma condição necessária para a atuação dessas garantias. Conseqüentemente, a restrição excessiva do poder de alegar os fatos relevantes e o direito de prová-los, em juízo, tornam sem efeito a expressão dinâmica dessas garantias. (...)

Por isso, pode-se concluir que o direito à prova é uma decorrência da ampla garantia do devido processo legal, ou que, especificamente, é um dos elementos constitutivos das garantias constitucionais da ação e da defesa. Caso contrá-

⁵ Segue, no original, a lição de Comoglio, consignando as decorrências da efetividade técnica da garantia de ágil em juízo: “*il potere , derivato dal primo, di attivarsi nelle forme consntite durante il corso del giudizio, per farvi opportunamente valere le proprie ragioni, cioè el potere i compiere nel processo tutte quella attività (di alegazione, dideduzione, di argomentazione e di prova) e quali siano necessarie (o comunque utili) al concreto ottenimento della richiesta tutela*”. (COMOGLIO, Luigi Paolo. “Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali”, in *Rivista trimestral di diritto processual civil*, volume 67, ano 1994, página 1072).

⁶ CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, páginas 112/113.

rio, as garantias constitucionais da ação e da defesa teriam alcance restritivo e limitado, o que contradiria o sentido justo e democrático da Constituição brasileira de 1988”.

Necessário consignar nesse capítulo, ainda, que, apesar de o direito à prova assentar raízes em diferentes garantias, conforme se trate de autor ou réu da demanda, o direito à prova, independente do princípio que o garanta, é idêntico em extensão e profundidade para ambos, até mesmo em respeito à garantia constitucional da isonomia (art. 5º, *caput*, da CF).

Sendo assim, pode-se concluir que o direito à prova é uma garantia constitucional assegurada a todos os litigantes em processo judicial, decorrente das garantias maiores da ação e da ampla defesa.

2.2. As Limitações do Direito à Prova

Conforme analisado no parágrafo acima, o direito à prova é constitucionalmente assegurado às partes litigantes, mas seria ele absoluto e ilimitado? Podem as partes litigantes produzir quaisquer provas que entendam necessárias?

Para qualquer um que possui um pouco de visão sistemática, a resposta a tal indagação é um ressonante não.

Em lição que extrapola o presente tema, há muito se vem afirmando que não existem garantias ou princípios absolutos. Ou seja, não existe qualquer garantia constitucional que, em determinado caso, não possa sucumbir em face de outra garantia.

Nesse exato sentido, se referindo especificamente ao direito à prova, podemos nos valer, mais uma vez, das lições do Professor paranaense Eduamdo Cambi⁷, *in litteris*:

“O direito à prova está sujeito às restrições que decorrem da necessidade que o ordenamento jurídico tem de tutelar outros valores e interesses igualmente dignos de proteção.

⁷ CAMBI, Eduardo. A prova civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, páginas 37/38.

O direito à prova não é absoluto, comportando limitações jurídicas (que se dão pelo crivo do juízo de admissibilidade, cuja finalidade é a proteção de outros valores fundamentais) e lógicas (por intermédio dos juízos de relevância e de pertinência, que almejam proporcionar a economia e a celeridade processuais, evitando a perda de tempo e a confusão no raciocínio do juiz)”.

Por mais que o raciocínio do Professor Cambi seja irrefutável, ousamos apresentar nossa pequena discordância, no sentido de que não existe razão para se limitar o direito à prova em dois planos distintos: jurídico e lógico.

Todas as razões para limitação do direito à prova são, em última análise, jurídicas, eis que o juízo que se faz acerca da pertinência da prova para o deslinde da demanda (art. 130 do Código de Processo Civil), na verdade, pretende garantir valores fundamentais de nosso ordenamento, tais como a duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) e a própria efetividade da tutela jurisdicional.

De acordo com o afirmado, não haveria necessidade de qualquer previsão constitucional acerca da proibição da produção de determinadas provas, na medida em que e estas esbarrassem em outras normas, ou melhor, em outras garantias. O problema se resumiria, portanto, simplesmente na análise dos princípios e garantias em jogo no caso concreto, mediante a técnica da ponderação de interesses.

De toda sorte, visando reafirmar o limite à produção de provas, nos termos aqui aduzidos, o constituinte introduziu em nossa Carta Magna a precisão constante do art. 5º, LVI, que taxa de inadmissíveis as provas obtidas por meio ilícitos.

Deixando de lado, no momento, o problema da conceituação da prova ilícita, que será visto em capítulo posterior, podemos afirmar que a interpretação que melhor se coaduna com o aludido dispositivo constitucional seria a de que a Constituição veda a admissão das provas que de alguma maneira violem outras garantias.

Para que não pequemos por omissão, abriremos um pequeno parêntese para afirmar que admissão da prova é o ato do magistrado que, sem valorar tal prova, admite o seu ingresso no processo para que futuramente, no momento de decidir a demanda, possa dela se utilizar.

Existem provas cuja admissão é necessariamente anterior à sua produção, como é o caso da prova testemunhal e da pericial, e existem também as provas cujo juízo de admissão pode ser proferido em momento posterior ao da sua produção, como é o caso da prova documental.

De toda sorte, o que importa deixar claro, nesse momento, é que o direito à produção de prova não é absoluto, e comporta restrições na medida em que esbarre em outras garantias, como a privacidade e a intimidade.

Essas provas que esbarram em outras garantias são as chamadas provas ilícitas, que, pela redação constitucional, são inadmissíveis em processo.

2.3. O Princípio da Proporcionalidade

A Constituição Federal foi clara ao determinar a proibição da prova ilícita, através do disposto no art. 5º, LVI, assim concebendo tal vedação como uma verdadeira garantia ao direito à intimidade e privacidade (entre outros), constantes do rol inalienável dos direitos da personalidade.

Diante do impositivo texto constitucional, a primeira reação da doutrina pátria foi inadmitir qualquer utilização das provas ilícitas. Ou seja, qualquer prova que violasse uma garantia seria inadmissível no processo, independentemente das circunstâncias concretas do caso em exame pelo Judiciário.

Ocorre que o cotidiano dos operadores do direito começou a fornecer exemplos em que tal vedação expressa mereceria temperos, mormente em se tratando de processo penal, onde havia o bem ‘liberdade’ em jogo na balança da Justiça.

Nesse sentido, embora o processo não seja *“um campo de batalha no qual fosse permitido a cada contendor o emprego de todos os meios úteis e capazes de conduzir ao triunfo sobre*

o inimigo”⁸, como advertia Enchadia, também é de se reconhecer que, em muitos casos o juiz não pode, com consciência tranqüila, desconsiderar completamente determinada prova esclarecedora, como bem adverte Bedaque⁹, cuja lição ora se transcreve:

“Imagine-se a situação do magistrado que, sabendo da existência de provas que permitirão o esclarecimento dos fatos sobre os quais ele deverá decidir, não possa determinar a sua produção. Ou se elas já se encontrarem nos autos, deverá ignorá-las e decidir de forma diametralmente oposta àquela decorrente de sua convicção?”

Se é certo que a vedação absoluta da prova ilícita pode gerar situações de grave injustiça, também é certo afirmar que a admissão de qualquer prova, em total desprezo às regras legais e constitucionais, significaria completo desrespeito aos direitos dos cidadãos, em especial, mas não exclusivamente, os direito à privacidade e à intimidade.

Seria permitir o que já se chamou, nos Estados Unidos, de *“Rambo litigation”*¹⁰, em alusão ao truculento personagem de Sylvester Stallone, que se utilizava de técnicas pouco ortodoxas para chegar aos seus objetivos.

Portanto, estamos diante de uma situação com dois lados opostos, ambos com conseqüências drásticas. Dessa forma, tentando conciliar tais situações antagônicas e injustas, a doutrina concebeu no princípio da proporcionalidade a saída para o problema. Segundo esse raciocínio, caberá ao julgador sopesar os bens jurídicos em jogo para, dependendo das peculiaridades do caso

⁸Apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de direito processual civil, volume I, 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 356.

⁹BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. Poderes instrutórios do juiz, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, página 143, nota 141.

¹⁰MARCUS, Déjà vu all over again? An American Reaction to the Woolf Report apud MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Duelo e Processo”, in Temas de direito processual, oitava série, São Paulo: Saraiva, 2004, página 216.

concreto, autorizar a utilização da prova ilícita. Trata-se da tão famosa ponderação de interesses.

A adoção do princípio da proporcionalidade como resposta ao conflito entre o direito à intimidade e privacidade, de um lado, e, de outro lado, o direito à ampla defesa e, inclusive, à própria Justiça, é amplamente admitido pela doutrina, como destacam, a título de exemplo, os Professores Nelson Nery Junior, José Roberto dos Santos Bedaque, Ada Pellegrini, Celso Ribeiro Bastos etc.

O grande problema está em se saber os critérios objetivos para a aplicação do princípio da proporcionalidade. Sem qualquer pretensão, podemos imaginar tais critérios nos três subprincípios decorrentes do princípio da proporcionalidade, quais sejam: necessidade, adequação e razoabilidade.

Em outras palavras, para que a ilicitude de determinada prova possa ser desconsiderada, é necessário que se averigue a necessidade de tal prova, pois se a parte pode demonstrar a veracidade de suas alegações por outro meio que não ilícito, não existe razão para se permitir a prova ilícita.

Além disso, a prova ilícita deverá ser adequada, o que quer dizer que ela tem que ser conclusiva para o deslinde da demanda, pois não há razão prática em se permitir a violação ao direito à intimidade e privacidade ou qualquer outro direito para obtenção de uma prova que não esclarecerá o mérito da demanda.

Por fim, a ilicitude da prova deverá ser razoável, no sentido de que o direito ou princípios sacrificados para a obtenção de tal prova deverão se dar na menor medida possível para que a prova possa ser obtida.

O importante é não confundir aqui a aplicação do princípio da proporcionalidade em relação ao problema da visualização se a prova é ilícita ou não.

Como visto no capítulo anterior, toda prova que viola texto expresso de lei ou garantia é ilícita. Isso é objetivo. A aplicação do princípio da proporcionalidade se dá em momento posterior, ao se perquirir se uma prova obtida mediante violação de direitos ou garantias (prova ilícita) pode, ainda assim, ser utilizada em determinado processo judicial.

3. IMPRECIÇÕES TERMINOLÓGICAS

A par do que já se adiantou, impende a pergunta: o que é prova ilícita?

Nesse passo, é sempre bom ter em mente que, embora a doutrina seja convergente em muitos aspectos, a terminologia usada pelos autores é quase sempre singular, sempre a depender da ótica sob a qual analisam o fenômeno.

A título de exemplo e de forma a guiar nossa argumentação, vejamos a definição de prova ilícita dada pelo Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra¹¹, *in verbis*:

“Chama-se prova ilícita a fonte de prova obtida com infração das normas e princípios colocados pela Constituição e pelas leis em geral para a proteção das liberdades públicas, especialmente dos direitos da personalidade.”

Ocorre que, tal como posta, a definição do Professor do Largo de São Francisco parece fazer crer que só existe prova ilícita quando violada norma de direito material, olvidando-se que existem “duas modalidades muito diferentes pelas quais uma prova pode ser ilícita”, conforme ensina o Professor Celso Ribeiro Bastos. Nesse sentido, e para uma melhor compreensão do tema, cumpre transcrever a lição do Professor Celso Ribeiro Bastos¹², onde estão sintetizadas as modalidades da ilegalidade da prova, em textual:

“A primeira refere-se à forma de geração da prova, isto é, a ilicitude resultaria toda vez que não se cumprissem os dispositivos previstos para a produção de determinada prova ou então se adotassem os meios não autorizados pela lei, o que, de certa forma, é a mesma coisa. (...) Mas há outro título pelo qual a prova pode ser ilícita: isso ocorre quando, nada obstante se adotarem procedimentos

¹¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Comentários ao Código de Processo Civil*, volume IV, Rio de Janeiro: Forense, 2002, página 12.

¹² BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*, volume II, 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001, página 294.

aceitos pelo direito, do ponto de vista adjetivo ou processual, atente-se contra um direito individual.”

À primeira modalidade de prova ilícita, o Professor Celso Ribeiro chama de ilicitude, ou ilegalidade extrínseca. Já à segunda modalidade, denomina-a de ilegalidade, ou ilicitude intrínseca.

Para o aludido doutrinador, tal distinção é de extrema importância, tendo em vista que, enquanto a violação de normas processuais, ilicitude intrínseca, teria caráter absoluto, a violação de normas de direito material poderia ser relativizada no processo penal (exclusivamente), desde que atendidos 3 (três) critérios, a saber: (i) a indispensabilidade da prova para a defesa de um direito mais valorizado do que o direito violado, (ii) somente poder ser feita a favor do réu, e (iii) o beneficiário da prova não poder estar envolvido no evento inconstitucional que a ensejou.

Sem querer desviar do objeto proposto no presente capítulo, deixe-se apenas registrado que tais critérios, *data maxima venia*, são de todo inadmissíveis, vez que extremamente rígidos, praticamente vedando a utilização da prova ilícita no processo através do princípio da proporcionalidade. Voltemos à nossa análise.

Nesse passo, cumpre ressaltar que, embora a Professora Ada Pellegrini Grinover tenha visualizado essa distinção quanto à vedação da admissibilidade da prova, só entendeu por denominar de ilícitas as primeiras, enquanto as segundas seriam ilegítimas. Ou seja, as provas que violarem uma norma de direito material são ilícitas, enquanto as que violarem uma norma de direito processual são ilegítimas.

A esse propósito, transcreva-se trecho do artigo da Professora Patrícia Azevedo da Silveira¹³, que resume a posição da Professora Ada Pellegrini, *in verbis*:

“Conforme relata Ada Pellegrini Grinover, foi adotado pela

¹³ SILVEIRA, Patrícia Azevedo da. “A prova ilícita no cível”, in *Prova cível*, organizador Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, Rio de Janeiro: Forense, 1999, página 193.

Constituição terminologia empregada pela doutrina ‘que distingue a prova chamada ilegítima, da prova ilícita ou obtida por meios ilícitos. Segundo tal doutrinadora, define-se como prova ilegítima a que, se admitida, viola normas de direito processual; enquanto prova ilícita, é a que, ao ser colhida, infringe normas de direito material, sobretudo as referidas na Carta Constitucional.’”

Esses são apenas alguns ângulos de se encarar o problema, havendo tantas outras classificações quanto à inadmissibilidade das provas. Nesse sentido, acentua o Professor Nelson Nery Júnior¹⁴ que *“há alguma confusão reinando na literatura a respeito do tema, quando se verifica o tratamento impreciso que se dá aos termos prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova obtida ilegalmente.”*

Concordando com a observação do Professor Nelson Nery, e na tentativa de simplificar o estudo do tema, ousamos propor um conceito nosso de prova ilícita, que seria aquela que viola alguma norma ou princípio, legal ou constitucional.

Olhando o fenômeno por um prisma eminentemente prático, não existe nenhuma vantagem em se estabelecer se a ilegalidade se manifesta na produção, na obtenção da prova, ou se a violação da lei ou do princípio se refere ao direito material ou ao direito processual. Em todos esses casos a prova seria ilícita e, a princípio, não poderia ser usada no processo.

Como já consignado acima, não nos parece correta a posição do Professor Celso Ribeiro Bastos, pois, independente de onde esteja a ilegalidade, a prova ilícita poderá ser usada, pois o critério para a sua admissão é casuístico, dependendo da aplicação do princípio da proporcionalidade ao caso concreto, jamais do fato da violação ter ocorrido em face de direito material ou processual.

Ora, se todas essas espécies de provas inadmissíveis (prova ilegítima, prova ilícita, prova ilegitimamente admitida, prova

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, 8ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, página 199.

obtida ilegalmente etc.) estão submetidas ao mesmo tratamento legal, qual o sentido em distingui-las?

Também não nos aparece interessante a terminologia proposta por Nuvolone, e referida por Nelson Nery Júnior¹⁵, segundo a qual existiria “prova vedada em sentido absoluto (quando o sistema jurídico proíbe a sua produção em qualquer hipótese) e em sentido relativo (há autorização do ordenamento, que prescreve, entretanto, alguns requisitos para a validade da prova)”, vez que, como já vimos, a relativização da prova ilícita depende do caso concreto, com a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, inválida a classificação de Nuvolone, vez que toda classificação deve ser genérica e abstrata, não podendo depender dos fatos, interesses, direitos e princípios envolvidos no caso concreto.

Portanto, diante de tudo que se viu, podemos concluir, com vistas a uma melhor compreensão do tema, que prova ilícita seria aquela que viola alguma norma ou princípio, legal ou constitucional.

É bom que se ressalte, entretanto, que talvez o único trabalho que fizemos aqui foi transportar para o nosso conceito de prova ilícita o conceito de prova vedada estabelecido por Ada Pellegrini, como um gênero do qual a prova ilícita seria espécie, junto com a prova ilegítima. Eis a lição da Professora¹⁶:

“A prova ilícita (ou obtida por meios ilícitos) enquadra-se na categoria de prova vedada. A prova é vedada sempre que for contrária a uma específica norma legal, ou a um princípio do direito dispositivo”

Dessa forma, podemos afirmar que não há substancial novidade em nosso conceito, apenas uma tentativa de facilitar a com-

¹⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Op cit.*, página 199.

¹⁶ GRINOVER, Ada, Pellegrini. *In Processo em evolução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, página 47.

preensão do tema, que, pela diversidade de classificações, torna-se por demais denso. Trata-se de simplificar o que foi complicado, eis que o próprio texto constitucional (art. 5º, LVI, da CF) reputa como provas vedadas aquelas a que denominam de “provas ilícitas”.

4. SOBRE A PROVA MORALMENTE ILEGÍTIMA

Sobrou-nos, ainda, discorrer sobre a existência ou não de diferença entre a chamada prova ilícita e a chamada prova moralmente ilegítima.

Sobre o tema, o Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra¹⁷ parece ter opinião formada, salientando, ainda, que, nas hipóteses de meios moralmente ilegítimos de prova, não seria sequer possível a utilização do princípio da proporcionalidade. Eis o teor da lição:

“Anote-se, ainda, que não se pode confundir os meios de prova moralmente ilegítimos com as fontes de prova ilícitamente obtidas que, em virtude do disposto no inciso LVI do artigo 5º da Constituição Federal, são inadmissíveis no processo. Acontece, porém, que a ilegitimidade moral a que se refere o artigo 332 atinge a própria essência do meio de prova, enquanto a licitude da obtenção da fonte da prova como aparente lhe é extrínseca. (...)

Nem há que se falar em proporcionalidade para eventual admissão do meio de prova moralmente ilegítimo, pois sua inadmissibilidade é absoluta.”

Com as devidas vênias ao grande doutrinador, ousamos discordar. Com a petulância comum aos jovens, acreditamos que há dois erros nas assertivas acima transcritas. O primeiro consistiria na afirmação de que a admissibilidade do meio de prova moralmente ilegítimo seria absoluta.

Como tentamos demonstrar acima, as condições que levam à relativização da inadmissibilidade da prova são de ordem prá-

¹⁷ CINTRA, *Op cit.*, páginas 18/19.

tica, ou seja, dependem única e exclusivamente do caso concreto. Portanto, uma prova, mesmo que obtida por meio moralmente ilegítimo, dependendo das circunstâncias da hipótese, pode ser admitida em determinado processo.

Nesse sentido, interessante frisar que, como não resta qualquer dúvida na doutrina, não existem direitos absolutos, e, por via de consequência, também não podem existir proibições absolutas. Aqui vale a advertência de Barbosa Moreira¹⁸, no sentido de que os direitos e deveres processuais “*merecem reverência na medida em que sirvam à consecução dos fins do processo, e apenas em tal medida.*”.

Além disso, e com todas as vênias devidas, se confunde o Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra, pois interpreta muito estritamente o art. 332 do Código de Processo Civil, acreditando que o que é vedado por esse dispositivo legal seriam apenas os meios de prova moralmente ilegítimos, entendendo meio de prova unicamente como espécie de prova.

Em primeiro lugar, é necessário transcrever a lição do Professor Ovídio Baptista¹⁹, segundo a qual o termo meio de prova possui duas conotações diferentes:

“O conceito de meios de prova pode ser entendido de dois modos. Pode significar a atividade desenvolvida para produzir a prova. (...) Num segundo sentido, podem considerar-se meios de prova não a atividade, mas os instrumentos de que as partes e o juiz se valem para obter o conhecimento dos fatos a provar. Ou tanto a atividade como os instrumentos”

O Professor Antonio Carlos de Araújo Cintra tomou o termo *meio de prova* como se significasse apenas os instrumentos de prova (documental, oral, pericial, e inspeção pessoal), sem se atentar para o fato de que *meio de prova* também pode significar a atividade desenvolvida para a obtenção da prova.

¹⁸ *Apud* BEDAQUE, Jose Roberto dos Santos. *Op cit.*, página 143, nota 161.

¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de direito processual civil*, volume I, 5ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, páginas 352/353.

Nesse passo, apesar de estarmos saindo do tema, seria interessante afirmar que não acreditamos na doutrina que afirma a existência das provas atípicas, ou seja, provas que não fossem documental, oral, pericial e inspeção pessoal. As únicas espécies de provas existentes são aquelas elencadas pelo Código de Processo Civil. Qualquer prova que se possa produzir ou imaginar se enquadra nessas espécies ventiladas pelo legislador.

Os exemplos trazidos pelos arautos das provas atípicas nem de longe servem para validar sua posição, tendo em vista que, ou se enquadram nas espécies admitidas em lei, ou não são provas. Ordinariamente, os exemplos trazidos são a prova emprestada e as presunções.

Quanto às provas emprestadas, as mesmas são típicas provas documentais. Não passam de fotocópias de outros autos, que ingressam naqueles autos na qualidade de documentos. O fato de se tratarem de cópia de outro processo judicial não desqualifica a sua natureza de prova documental. Aliás, a própria prova pericial emprestada ingressa nos autos não como prova pericial, mas como prova documental.

Nesse sentido, afirma a Professora Ada Pellegrini Grinover²⁰ que *“quanto à forma, a prova emprestada é sempre documental, e assim tem sido considerada em via legislativa pelos ordenamentos que dela expressamente se ocupam (v.g. art. 238 do CPP italiano).”*

As presunções tampouco servem para justificar a existência das provas atípicas, pois, com efeito, são a verdadeira negação da prova. Sobre as presunções não incidem as provas, apenas quando para afastá-las. A presunção é, verdadeiramente, a dispensa de produção de prova naquele sentido.

Portanto, tendo-se fechado o parêntese acima aberto, podemos afirmar, sem medo de errar, que o art. 332 do Código de Processo Civil veda a produção de provas moralmente ilegítimas, não se referindo apenas à sua espécie (até porque não existem

²⁰ GRINOVER, Ada, Pellegrini. *In Processo em evolução*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, página 62.

meios de provas que não especificados em lei), mas à sua própria obtenção, produção e admissibilidade.

Dessa forma, qualquer prova (independente da espécie) moralmente ilegítima, independente da imoralidade ter se manifestado na sua obtenção ou na sua produção, é ilegal, vez que, segundo o conceito acima consignado, violadora do art. 332 do Código de Processo Civil.

Nesse exato sentido está a lição do Ministro e Professor Luiz Fux²¹, que ora se transcreve:

“A prova que não preenche o requisito da legitimidade moral denomina-se prova ilícita, um dos temas de maior evidência na atualidade. Renomado tratadista já afirmou que ‘o processo civil não é um campo de batalha em que se permite a cada contendor o emprego de todos os meios capazes de conduzir ao triunfo sobre o inimigo.’ Na verdade, não é a espécie de prova que, em si, se revela ilícita, mas, antes, a forma de obtê-la é que incide na infração em branco do art. 332 do CPC. Assim, v.g., o depoimento de testemunha, em regra, se revela legítimo, mas transmuda-se em prova ilícita se a declaração é obtida mediante coação física.”

Embora o exemplo escolhido pelo Professor Fux talvez não seja o melhor, vez que, nesse caso, haveria um vício na manifestação de vontade da testemunha, violando diversas regras de direito material, a idéia central é de todo acertada.

Nosso exemplo seria o de parte no processo que obra no sentido de que pessoa de sua confiança conseguisse emprego, de forma a trabalhar junto à parte contrária, para que, depois, pudesse testemunhar contra a mesma. Nesse caso, não há qualquer violação a dispositivo legal, a não ser o do art. 332 do Código de Processo Civil, devendo, por isso, tal prova ser vedada no processo, exceto nas hipóteses de utilização do princípio da proporcionalidade.

²¹ FUX, Luiz. *In Curso de direito processual civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 698.

Portanto, em breve síntese, toda prova moralmente ilegítima é ilegal, vez que violadora do art. 332 do Código de Processo Civil.

5. CONCLUSÃO

É chegada a hora de concluir, oportunidade em que devemos traçar um pequeno resumo do que analisado no presente texto.

Como já analisado, a possibilidade de produzir provas em um processo judicial é uma garantia constitucional conferida a todos os litigantes. Entretanto, devemos ter em mente que tal garantia comporta limites, em razão da existência de outras garantias que também carecem de proteção, tendo o constituinte impedido a utilização das provas a que denominou de ilícitas.

Seguindo esse raciocínio, afirmamos que a prova ilícita seria aquela que viola norma legal ou principiológica, independente de ser constitucional ou não, e independente de se referir a direito material ou processual.

O que fizemos, portanto, não foi nada mais do que dar nossa modesta contribuição para acabarmos de vez com o excesso de classificações e conceitos que permeiam os textos doutrinários afetos à prova, transportando para o conceito de prova ilícita o antigo conceito dado às provas vedadas.

De acordo com essas premissas, podemos concluir que não existem provas moralmente ilegítimas, pois qualquer prova que seja produzida por meio moralmente ilegítimo violaria a regra do art. 332 do Código de Processo Civil, que afirma serem permitidas apenas as provas produzidas por meios moralmente legítimos. 📄

Decadência do Direito à Revisão de Benefício Previdenciário (Uma Análise de Direito Intertemporal)

Carlos Côrtes Vieira Lopes

Procurador Federal. Especialista em Direito Público e Tributário pelo Instituto A Vez do Mestre; Especialista em Direito Público e Direito Privado pela EMERJ/UNESA.

1 - INTRODUÇÃO¹

O presente artigo visa abordar um tema que a partir de agosto de 2007 tornou-se relevante para as ações judiciais que tenham por objetivo a revisão de benefícios previdenciários. Trata-se de discussão a respeito do termo *a quo* da aplicação do instituto da decadência e se este instituto aplica-se aos benefícios previdenciários concedidos antes da entrada em vigor da referida norma.

Conforme determina o *caput* do art. 103 da L. 8.213/91, é de 10 anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação objetivando a revisão do benefício previdenciário, por parte do segurado.

Acerca deste dispositivo farei uma análise histórica e abordarei as decisões judiciais a respeito do tema, principalmente as

¹ Antes de iniciar a abordagem do tema gostaria de agradecer ao Chefe da PFE-INSS em Volta Redonda/RJ, Dr. Gustavo Augusto Freitas de Lima, por toda a ajuda na elaboração e pesquisa desse estudo.

do Estado do Rio de Janeiro, onde atuo profissionalmente. Deixo, contudo de analisar a controvérsia se o prazo de 10 anos para revisão de benefício previdenciário teria natureza prescricional ou decadencial, por não ser este o foco principal do presente estudo, até mesmo porque, com a modificação legislativa trazida pela Lei 11.286/2006 (que alterou o art. 219, § 5º, do CPC e revogou o art. 194, do CC), o magistrado passou a ter o poder de declarar de, ofício, tanto a decadência, quanto a prescrição.

2 - HISTÓRICO

Na sua redação original, o art. 103 da Lei nº 8.213/91 dispunha que *“Sem prejuízo do direito ao benefício, prescreve em 5 (cinco) anos o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria, resguardados os direitos dos menores dependentes, dos incapazes ou dos ausentes”*. Assim, de fato, inicialmente, a Lei Básica da Previdência Social não contemplava, para os benefícios previdenciários do regime geral, a figura da “prescrição de fundo de direito”, no caso de revisão do ato de concessão, posição esta reiterada na Súmula 85 do Colendo STJ.

Pois bem, ocorre que, em 28 de junho de 1997, com a publicação da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, hoje convertida na Lei nº 9.528/1997, a mencionada pretensão revisional passou a se sujeitar ao prazo decadencial de dez anos, conforme dispositivo ora transcrito:

“Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.” (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997)

De fato, o prazo decenal em tela teve alterações em 23 de outubro de 1998, quando, através da Medida Provisória nº 1.663-15,

de 23.10.1998, foi ele reduzido para 5 (cinco) anos. Note-se bem: *o prazo em análise não foi extinto e sim reduzido, vale dizer, seu curso não sofreu suspensão ou interrupção, até porque, trata-se de prazo decadencial.*

Posteriormente, a retromencionada medida provisória veio a se convolar na Lei nº 9.711/1998. Com a edição da Medida Provisória nº 138, de 19.11.2003, *o prazo decadencial decenal foi restabelecido*, estando hoje assentado pela Lei nº 10.839, de 05.02.2004. Sem dúvida, há um CONFLITO APARENTE DE NORMAS, a ser resolvido aplicando-se os princípios de direito intertemporal. Isto porque atualmente existem quatro períodos regidos por normas distintas, que se sucederam temporalmente:

1. até 27.6.1997 - *não havia previsão legal de prazo decadencial para a revisão dos benefícios previdenciários;*
2. 28.6.1997 a 20.11.1998 - *revisões sujeitas a prazo decadencial de 10 anos;*
3. 21.11.1998 a 19.11.2003 - *revisões sujeitas a prazo decadencial de 5 anos;*
4. a partir de 20.11.2003 - *revisões submissas a prazo decadencial de 10 anos.*

A partir deste conflito de direito intertemporal surgem 3 entendimentos, que serão abordados a seguir.

3 - ENTENDIMENTOS A RESPEITO DO TEMA

3.1 - Superior Tribunal de Justiça (STJ)

A posição do STJ entende que a regra decadencial, prevista no art. 103, *caput*, da LBPS, não poderia ser aplicada aos benefícios concedidos anteriormente à sua vigência, por se tratar de aplicação retroativa da lei, o que seria vedado pelo ordenamento jurídico, conforme demonstra a ementa do acórdão abaixo transcrito:

“AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO. LEI Nº 9.528/1997. BENEFÍCIO ANTERIORMENTE CONCEDIDO. DECADÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUÊNAL.

1. Esta Corte já firmou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor.

2. Na hipótese dos autos, o benefício foi concedido antes da vigência da inovação mencionada e, portanto, não há falar em decadência do direito de revisão, mas, tão-somente, da prescrição das parcelas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da ação.

3. Agravo regimental improvido.”²

Contudo, esta decisão contraria o entendimento do próprio STJ, que se destacou ao julgar o MS 9.112, a Corte Especial definindo que o prazo decadencial do art. 54 da Lei 9.784/99, instituído em favor do administrado e contra a Administração, tinha aplicação aos eventos já em curso, orientação reiterada recentemente pela 5ª Turma no Resp 696.308:

“(...)1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão segundo a qual os atos administrativos praticados anteriormente ao advento da Lei 9.784/99 também estão sujeitos ao prazo decadencial quinquenal de que trata seu art. 54. Todavia, nesses casos, tem-se como termo a quo a entrada em vigor de referido diploma legal, ou seja 1º/2/99. Hipótese em que o ato impugnado data de 2000, pelo que não há decadência na hipótese.(...)”

A despeito da ocorrência de sucessão de normas, no período anterior a 28 de junho de 1997, não há que se falar em fluxo de prazo decadencial de 10 anos, por inexistência de norma legal que

²AgRg no Ag 846.849/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12.02.2008, DJ 03.03.2008 p. 1

previsse a causa extintiva em foco. A prevalecer a tese contrária, significaria, efetivamente, a promoção de retroatividade máxima de norma criadora de decadência, permitindo, com efeito, que esta produzisse efeitos em período anterior à sua vigência, o que é vedado pelo sistema constitucional de 1988. Neste sentido, inclusive, já se manifestou o STF, em sede da ADIN 493, relatada pelo saudoso Ministro Moreira Alves.

Todavia, dizer que, antes de 28 de junho de 1997, não se aplicava o prazo decadencial não se confunde com se conceder um pretense direito adquirido aos segurados, cujos benefícios foram concedidos antes da referida data, a jamais se submeterem a qualquer prazo de prescrição ou decadência previsto em leis posteriores. Não existe um direito adquirido a realizar revisões *ad eternum*. Diga-se de passagem, *o ordenamento jurídico brasileiro privilegia o princípio da segurança jurídica, o qual repele a existência de pretensões eternas a revisões e modificações de atos já acabados*. Tanto é assim que a ação rescisória tem prazo para ser exercida; o Código Civil prevê prazos de prescrição e decadência; até mesmo a punição penal, medida extrema do Estado, deve ser promovida dentro de determinado período de tempo.

Desta maneira, suprida a *omissão legislativa*, os prazos decadenciais devem ser contados a partir da sua previsão legal para todos os benefícios: para os concedidos anteriormente à edição da MP nº 1.523-9/1997, o prazo se iniciaria tão-somente após a sua entrada em vigor; para os concedidos posteriormente, o prazo decadencial teria início a partir da data da concessão do benefício. Até mesmo porque, *a lei nova é aplicável a todos os fatos e situações presentes e futuras (retroatividade mínima), ressalvadas apenas as hipóteses já incólumes, cobertas pelo véu da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido*. Não havendo coisa julgada, direito adquirido ou ato jurídico perfeito a ser a ser tutelado, não há que se restringir os efeitos da norma.

Assevere-se que, *in casu*, não há que se falar em coisa julgada, ato jurídico perfeito ou direito adquirido. Em primeiro lugar, porque inexistente um pretense direito adquirido do segurado ter o seu benefício revisto *ad eternum*. Em segundo lugar, porque o

objetivo da parte adversa, precisamente, é afastar o ato jurídico perfeito, não tutelá-lo. O prazo decadencial, no caso concreto, não afeta o ato jurídico perfeito. Pelo contrário: o prazo decadencial visa, precisamente, dar segurança jurídica e conferir imutabilidade ao ato jurídico, após a passagem de razoável decurso de tempo, a saber, dez anos. Finalmente, em terceiro lugar, a criação de um prazo decadência é modalidade de alteração do regime jurídico previdenciário e, que, como maciçamente decidido pelo Pretório Excelso, não existe direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Neste sentido, confira-se o precedente abaixo colacionado:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DECRETO 89.312/84 E LEI 8.213/91. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DE DIREITO ADQUIRIDO. Esta Corte de há muito firmou o entendimento de que o trabalhador tem direito adquirido a, quando aposentar-se, ter os seus proventos calculados em conformidade com a legislação vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria, o que, no caso, foi respeitado, mas não tem ele direito adquirido ao regime jurídico que foi observado para esse cálculo quando da aposentadoria, o que implica dizer que, mantido o quantum daí resultante, esse regime jurídico pode ser modificado pela legislação posterior, que, no caso, aliás, como reconhece o próprio recorrente, lhe foi favorável. O que não é admissível, como bem salientou o acórdão recorrido, é pretender beneficiar-se de um sistema híbrido que conjugue os aspectos mais favoráveis de cada uma dessas legislações. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, RE 278.718-SP, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 14/06/2002)

Verifica-se, contudo, que a tese da parte adversa realiza interpretação do art. 5º, XXXVI da CRFB/88 de forma não condizente com a hermenêutica de nosso ordenamento jurídico. A parte adversa postula o equivocado entendimento de que os fatos anteriores a 28 de junho de 1997, data de início de vigência da

MP 1.523/97, não estariam sujeitos a qualquer prazo prescricional ou decadencial, uma vez que a norma trata de direito material e não é expressamente retroativa. Esta interpretação é equivocada, pois, como dito acima, não há que se falar em retroatividade da norma e nem em direito adquirido, no caso. O que ocorre, em verdade, é a aplicação imediata da norma para os fatos posteriores, ou seja, ao decurso de tempo posterior a entrada em vigor da MP 1.523/97.

Sendo assim, não procede a alegação de aplicação retroativa da Lei, *devendo ser aplicado o prazo decadencial a partir da legislação que o instituiu*, mesmo para benefícios concedidos anteriormente a ela.

NEGAR ESTA INTERPRETAÇÃO SERIA A MESMA COISA QUE AFIRMAR QUE AQUELES QUE SE CASARAM ANTES DA LEI DO DIVÓRCIO NÃO PODERIAM SE DIVORCIAR, *tendo em vista que o ato jurídico perfeito (casamento) se realizou antes da lei que permitiu a sua extinção (divórcio). Tal interpretação conduziria ao peculiar resultado de que as pessoas casadas antes da Lei do Divórcio tivessem o direito, ad eternum, de jamais de divorciarem. Ora, se não há direito adquirido a ser tutelado, não pode o interessado recusar-se a se sujeitar ao novo regime jurídico, aplicável a todos.*

Importante salientar que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a eficácia normativa das disposições introduzidas no ordenamento jurídico por meio de medida provisória, posteriormente convertida em lei, é contada a partir da vigência da medida provisória e não da lei em que esta se converteu. Desta feita, o momento em que se deve ter por introduzida no ordenamento jurídico disposição instituidora da decadência na seara previdenciária é aquele em que entrou em vigor a MP nº 1.523-9/1997, ou seja, *28 de junho de 1997.*

Se o fundamento da decadência é o valor da segurança jurídica, não há que se cogitar qualquer hipótese de sua inaplicabilidade às prestações continuadas. *O sistema previdenciário de regime geral tem caráter contributivo e preserva o equilíbrio financeiro e atuarial (art. 201, da CRFB/88).* Caso as demandas judiciais possam ser interpostas a qualquer tempo, sem observar

o prazo decadencial previsto em lei, será impossível estabelecer um sistema previdenciário capaz de atender a sua demanda, que cresce a cada dia, pois o equilíbrio financeiro e atuarial nunca será atingido, ou mesmo passível de ser previsto. DESSA FORMA, A INTERPRETAÇÃO DE QUE OS FATOS ANTERIORES A 28 DE JUNHO DE 1997, DATA DE INÍCIO DE VIGÊNCIA DA MP 1.523/97, NÃO ESTARIAM SUJEITOS A QUALQUER PRAZO DE DECADÊNCIA É INCONSTITUCIONAL, POR AFRONTAR TAMBÉM O ART. 201 DA CRFB/88 E O VALOR DE SEGURANÇA JURÍDICA.

Relembre-se, por oportuno, de que inexistem, por exemplo, qualquer objeção às alterações de prazos prescricionais e decadenciais estabelecidos pelo novo Código Civil, de modo a excluir de sua regulação os atos jurídicos em sentido amplo produzidos em momento anterior a sua vigência. Dito diversamente, os atos jurídicos firmados em período anterior ao advento do Código Civil de 2002 obedecem, em regra, aos prazos fixados pelo novel diploma. E por que os benefícios previdenciários deveriam ter regime diverso? Não há razão jurídica para tanto.

Por fim, assevere-se que interpretação que exclui do campo de incidência das normas em análise os benefícios que lhe são anteriores *viola diretamente o princípio constitucional da isonomia*, tendo em vista a falta de interesse público que possa servir de pilar para a *distinção de tratamento entre os titulares de benefícios concedidos antes e depois das normas em questão*. Pelo contrário, a segurança jurídica impõe que as relações jurídicas se estabilizem no curso tempo, não havendo que se privilegiar as relações mais antigas, as quais estariam num patamar de mutabilidade superior às relações mais recentes, ou seja, posteriores à MP em comento.

3.2 - Turmas Recursais do RJ

As Turmas Recursais do Estado do Rio de Janeiro, por sua vez, firmaram o entendimento quase unânime de que a decadência somente seria aplicável a partir de 2013, 10 anos após a data em que a MP 183/2003 prorrogou o prazo de decadência de 5 para 10 anos, vide ementa abaixo transcrita:

“PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. REVISÃO RENDA MENSAL INICIAL DO BENEFÍCIO APLICAÇÃO DOS NOVOS TETO DO ART. 14 EC 20/98 E DO ART. 5º DA EC 41/03. BENEFÍCIO CONCEDIDO ANTERIORMENTE AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 20/98. TEMPUS REGIT ACTUM, SALVO EXPRESSA RESSALVA LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE DAS PORTARIAS MPAS 4883, DE 16 DE DEZEMBRO DE 1998 E MPS 12, DE 06 DE JANEIRO DE 2004.

Em relação à prescrição, aplica-se a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de Justiça.

Quanto à decadência, a MP 183/2003 aumentou o prazo para dez anos. Sendo assim, somente haverá decadência do direito à revisão dos benefícios a partir de 21 de novembro de 2013, quando se completar o prazo previsto na MP 183, de 20/11/2003.

Concessão regular de benefício previdenciário deve obedecer, quanto aos critérios de cálculos da renda mensal inicial RMI, a legislação então em vigor. Aplicação do princípio tempus regit actum.

As Portarias MPAS 4883/98, no seu art. 6º, e MPS 12/2004, no seu art. 2º, apenas regulamentam a aplicação imediata dos novos tetos aos benefícios com DIB em 16/12/98 e 31/12/2003, ou seja, a partir da vigência das EC n.º 20/98 (art. 14) e EC n.º 41/03 (art. 5o), respectivamente.”³ (MEUS GRIFOS)

Por este entendimento, seria possível a aplicação do prazo decadência aos benefícios concedidos antes da entrada em vigor da lei. Contudo, este entendimento esquece que já havia norma anterior estabelecendo o prazo decadencial de 5 anos e simplesmente conta 10 anos a partir da Medida Provisória que somente prorrogou este prazo, MP 183/2003.

³ Proc.: 2006.51.52.000466-8/01, julgado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relatora Juíza Federal Bianca Stamato Fernandes, julgado em 23/10/2007.

Trata-se de um entendimento que fere a lógica jurídica e, até mesmo, o princípio da razoabilidade. Há quem entenda que isto é uma questão de Justiça Social. Entendo justamente ao contrário. Justiça Social não se confunde com Justiça Assistencial. Justiça Social deve atender ao que for de melhor interesse para a sociedade, para o interesse público, e não para fazer caridade com o patrimônio alheio, como vem ocorrendo em detrimento do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

Apesar da alteração do prazo de 10 anos para 5, e posterior retorno para 10, desde 28.06.1997 sempre existiu o referido prazo decadencial. Para os casos em que o benefício da parte tenha sido concedido após a vigência da MP 1.523-9, de 27/06/1997, não há dúvidas quanto à aplicação do prazo decadencial de 10 (dez) anos ao direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão, estando o tema pacificado perante a doutrina e jurisprudência, tendo se formado o convencimento de que as sucessivas MPs não interromperam o prazo decadencial.

Já para os benefícios cuja concessão antecedeu à publicação da medida provisória, o primeiro pagamento a ela posterior se deu até o dia 14 de julho de 1997. Assim, o prazo decadencial de dez anos começou a fluir em 01/08/1997, que é o dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação (art. 103, LBPS).

A *mens legis* da MP 183/2003 não foi o de criar um novo prazo decadencial, mas apenas o de prorrogar o prazo já existente em mais 5 anos, tanto que foi editada, estrategicamente, para entrar em vigor um dia antes de o prazo decadencial anterior começar a ter aplicabilidade prática. Só relembrando, a MP 183/2003 foi editada em 19/11/2003 e publicada em 20/11/2003, enquanto o prazo decadencial de 5 anos passaria a ter aplicabilidade em 21/11/2003.

Encontrei duas únicas decisões das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais no Rio de Janeiro que entendem que o prazo de decadência começa a ser contado de 1997 e não de 2003, aplicando, a meu ver, corretamente, a interpretação do art. 103, da L. 8.213/91. Contudo só não foi declarada a decadência porque

ainda não havia transcorrido o prazo de 10 anos, vide trechos da ementa que abaixo transcrevo:

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. INCAPACIDADE LABORATIVA PARCIAL E PERMANENTE. DECADÊNCIA. PRESCRIÇÃO. CONDIÇÕES SÓCIO-ECONÔMICAS QUE TORNAM INVIÁVEL A REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. RECURSO PROVIDO.

Trata-se de recurso interposto pelo INSS contra sentença que o condenou a restabelecer auxílio-doença em favor da recorrida desde a data da cessação do benefício (10/5/1994).

O recorrente aventa, em preliminar, a decadência do direito ao restabelecimento do benefício previdenciário, pois entre a data da decisão administrativa final que fez cessar o pagamento do auxílio-doença (17/9/1995) e a da propositura desta ação (25/1/2006) passaram-se do que os dez anos previstos no art. 103, caput, da Lei n.º 8.213/91. Sob o mesmo tópico, argumenta que as parcelas vencidas há mais de cinco anos antes do ajuizamento da demanda estão irremediavelmente alcançadas pela prescrição, conforme dispõe o art. 103, §1º, da Lei n.º 8.213/91.

(...)

A análise cronológica do caso rechaça a idéia de prescrição do fundo de direito.

Na época em que foi cessado o benefício, vigorava a redação original do art. 103 da Lei de Benefícios da Previdência Social que trazia duas regras diferentes quanto à prescrição administrativa: a primeira, referente à prescrição do fundo de direito (“sem prejuízo ao direito do benefício...”), e a segunda, relativa à prescrição dos efeitos financeiros (“... prescreve em cinco anos o o direito às prestações não pagas nem reclamadas na época própria...”).

O texto legal só foi alterado em 1997, mas até então o direito a benefício previdenciário não estava sujeito à prescrição do fundo de direito - o que o INSS equivocadamente denomina decadência. Não era sequer caso de aplicar o art. 1º do Decreto n.º 20.910/32, pois a Lei Previdenciária não

era omissa no que respeita à qualquer das duas espécies de prescrição administrativas.

Acontece que a Lei n.º 9.528/97, resultado da conversão da MP n.º 1.523-9, de 26/6/1997, alterou o art. 103, caput, da Lei n.º 8.213/91, e criou o prazo de 10 anos de prescrição para as hipóteses de violação de direito subjetivo em que estejam em jogo relações previdenciárias. A modificação legislativa teve influência direta sobre a pretensão da recorrente, de modo que criou a prescrição de fundo de direito para a pretensão de revisão de ato de concessão ou rejeição de benefício previdenciário. Somente a partir de 26/6/1997 começa a correr tal modo de prescrição.

Em 22/10/1998, o prazo em questão foi reduzido para 5 anos pela Medida Provisória n.º 1.663-15. Como a diminuição do prazo não poderia surpreender os segurados, de forma a prejudicar o exercício do direito à revisão de ato administrativo, assentou-se o entendimento que a contagem do prazo supostamente decadencial passou a ser iniciada na data da vigência dessa MP.

Em 19/11/2003 foi editada a Medida Provisória n.º 138/2003, convertida na Lei n.º 10.839/2004, que aumentou o prazo prescricional para 10 anos. O restabelecimento do prazo anteriormente fixado deve ser compreendido de maneira a se contar 10 anos do fato que supostamente violou direito subjetivo de segurado - no caso, o ato de indeferimento do benefício.

Considerando que o ato do INSS foi tomado em setembro de 1995, ainda que se despreze o momento da intimação, e que o prazo de 10 anos de prescrição só se iniciou em 26/6/1997, é evidente que a exigibilidade do direito à revisão do ato administrativo não foi prejudicada uma vez que entre essa data e a do ajuizamento da demanda (25/1/2006) não passou mais de 10 anos. (...)"⁴ (MEUS GRIFOS)

⁴ Proc.: 2006.51.51.001892-0/01, julgado pela 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relator Juiz Federal Marcelo Luzio Marques Araújo, julgado em 23/10/2007.

A outra decisão é a seguinte:

*“REVISÃO DA RMI DO BENEFÍCIO DE PENSÃO POR MORTE. INCIDÊNCIA DA VARIAÇÃO OTN/ORTN NO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO DO BENEFÍCIO INSTITUIDOR. DECADÊNCIA DO DIREITO. APLICAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS 1523-9/1997, 1663-15/1998 E 138, CONVERTIDAS NAS LEIS 9.528/1997, 9.711/1998 E 10.839/2004 RESPECTIVAMENTE, BEM COMO DO ARTIGO 103 LEI Nº 8213/1991. RECURSO NÃO PROVIDO POR FUNDAMENTAÇÃO DIVERSA.”*⁵

Nesta decisão, o Juiz Federal relator, Dr. Silvio Wanderley do Nascimento Lima é enfático ao afirmar:

“Outra conclusão que nos parece evidente é a de que, em que pese a sucessão de normas tratando do tema, em verdade, a Medida Provisória nº 138/2003 não institui o prazo decadencial decenal, mas, tão-somente, o restabeleceu. Desse modo, o termo inicial do fluxo decadencial, como dito, deve ser contado da vigência da MP nº 1.523-9/1997. Destarte, para os benefícios concedidos anteriormente à edição da Medida Provisória nº 1.523-9/1997, o termo inicial do prazo decadencial deve ser fixado no momento em que a aludida MP passou a ter vigência, ou seja, 28 de junho de 1997. Por seu turno, com a devida vênia, não comungo do entendimento no sentido de que as disposições que instituíram o prazo decadencial para revisão darenta mensal inicial dos benefícios previdenciários somente sejam aplicáveis aos benefícios que lhes são posteriores. Como cediço, a lei nova é aplicável a todos os fatos e situações presentes e futuras, ressalvadas apenas as hipóteses já estabilizadas e consolidadas sob o manto da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do direito adquirido.

⁵ Proc.: 2007.51.51.072756-0/01, julgado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relator Juiz Federal Silvio Wanderley do Nascimento Lima, julgado em 07/05/2008.

Ora, no caso não há que se falar em coisa julgada, ante a ausência de qualquer pronunciamento judicial anterior. De proteção ao ato jurídico perfeito também não se trata, eis que a pretensão autoral não é de ver afirmada a regularidade do ato concessório do benefício, mas sim de reconhecimento de que este foi produzido em desacordo com a ordem jurídica então vigente e, por conseguinte, deve ser revisto. Por fim, de direito adquirido também não se trata, uma vez que as hipóteses de prescrição ou de decadência incidentes sobre a relação previdenciária se encontram insertas no contexto do regime jurídico a que se sujeita tal relação e, como sabido, a Suprema Corte, bastas vezes, asseverou inexistir direito adquirido a regime jurídico previdenciário.”⁶ (MEUS GRIFOS)

3.3 - Juizados Especiais Federais de Volta Redonda/RJ e Duque de Caxias

Os 1º e 2º Juizados Especiais Federais de Volta Redonda e 2º e 3º de Duque de Caxias têm reconhecido a decadência do direito de revisão dos benefícios previdenciários aos benefícios concedidos antes da MP que instituiu o prazo decadencial, a meu ver de forma correta.

Contudo, de acordo com a minha pesquisa, o primeiro Juiz Federal, ao menos no estado do Rio de Janeiro, que declarou a decadência ao direito de revisão mesmo aos benefícios concedidos antes de 1997 foi o Dr. Lório Siqueira D’ Alessandri Forti, que menciona inclusive posição do STF a respeito da aplicação das leis que modifiquem prazos prescricionais ou decadenciais:

“A questão tem por base a interpretação do art. 5º, XXXVI, da Constituição, devendo-se seguir a jurisprudência do STF para afirmar que os novos prazos são plenamente aplicáveis

⁶ Voto proferido no Recurso Inominado de nº 2007.51.51.072756-0/01, julgado pela 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Rio de Janeiro, Relator Juiz Federal Sílvio Wanderley do Nascimento Lima, julgado em 07/05/2008.

às relações em curso, desde que comecem a fluir da lei que os instituiu, não se computando o período pretérito:

“A prescrição em curso não cria direito adquirido, podendo o seu prazo ser reduzido ou dilatado por lei superveniente, ou ser transformada em prazo de decadência, que é ininterruptível.”

(STF, 1ª Turma, RE 21.341, DJ de 02/07/53)

“(...) 6. Os prazos de prescrição ou de decadência são objeto de disposição infraconstitucional. Assim, não é inconstitucional o dispositivo da Lei nº 9.526/97 que facultava ao interessado, no prazo de seis meses após esaurida a esfera administrativa, o acesso ao Poder Judiciário.

7. Não ofende o princípio constitucional do ato jurídico perfeito a norma legal que estabelece novos prazos prescricionais, porquanto estes são aplicáveis às relações jurídicas em curso, salvo quanto aos processos então pendentes.(...)”

(STF, Tribunal Pleno, ADI-MC 1715/DF, DJ de 30/04/04).”⁷

Dissertando sobre o tema, FÁTIMA MARIA NOVELINO SEQUEIRA confere respeitável suporte doutrinário para a tese aqui defendida, *in verbis*⁸:

“Não me parece que o direito potestativo de obter revisão do ato de concessão se confunda ou integre o âmago do direito subjetivo às prestações previdenciárias. Os direitos são distintos, assim como seus efeitos. Além do que, sendo o prazo para exercício do direito potestativo fixado por lei, é perfeitamente possível que a lei nova o institua ou altere, majorando ou reduzindo, desde que não lhe atribua eficácia retroativa.

⁷ Proc.: 2007.51.60.003382-3, 2º Juizado Especial Federal de São João do Meriti.

⁸ “A Decadência e a Prescrição no Âmbito da Seguridade Social” in *Direito Previdenciário - Coordenação Marcelo Leonardo Tavares*, Editora Impetus, 2005, p. 168/169.

Ademais, a admitir-se o prazo decadencial afeto a cada benefício, de forma estanque, conforme os ditames da lei vigente à data da concessão, estar-se-ia instaurando tratamento injusto e desigual para idênticas situações jurídicas. Extrai-se, por outro lado, da exposição de motivos que acompanhou a proposta de edição da MP n.º 138/2003, o evidente intuito de ampliar o prazo decadencial, antes que os 5 anos anteriormente previstos se consumassem, de forma que a ampliação beneficiasse também os titulares de benefícios concedidos na vigência da Lei n.º 9.711/1998. Portanto, entendendo que a melhor interpretação é a que conclui que, em 28/06/1997, teve início de contagem o prazo decadencial de 10 anos quanto a todos os benefícios concedidos anteriormente, incidindo, desde então, o mesmo prazo sobre os benefícios posteriormente concedidos, já que a MP n.º 138/2003 tornou absolutamente ineficaz a redução introduzida pela Lei n.º 9.711/98, ao revogar norma específica antes da consumação do prazo de 5 anos. Assim, segundo as normas vigentes, somente a partir de 28/06/2007 ter-se-á a consumação da caducidade do direito à revisão de atos de concessão, quanto a qualquer benefício até então concedido. (...)". (grifou-se)

Outra questão que ainda será muito debatida diz respeito à data de início do prazo decadencial, mesmo para aqueles que entendem que se inicia a contagem a partir da edição da MP 1.523-9/1997. Para alguns, como os benefícios já haviam sido concedidos o prazo decadencial inicia-se a partir da data da entrada em vigor da Lei, devendo todas as ações pleiteando revisão de benefício previdenciário ajuizadas a partir de 28 de junho de 2007, deveriam ter sentenças de improcedência em que se declararia a decadência. Para outros, deve-se observar a regra de início a partir do 1º dia do mês subsequente ao pagamento, de modo que somente para as ações ajuizadas a partir de 01 de agosto de 2007 seria possível o reconhecimento da decadência (redação do *caput*, do art. 103, da L. 8.213/91, 2ª parte).

4 - CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, verifica-se que as ações nas quais o segurado ou dependente pleiteiem a revisão de seu benefício previdenciário, mesmo aqueles concedidos antes de 27 de junho de 1997, deverão ser julgadas improcedentes, reconhecendo a decadência ao direito de revisão, se o tempo entre a concessão ou a prática de ato ilícito e o ajuizamento da ação ultrapassar mais de 10 anos, a contar da edição da MP 1.523-9/1997.

Isso porque “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada” (art. 6º, *caput*, da LICC). No mesmo sentido, dispõe a Constituição Federal que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art.5º, XXXVI). A regra, então, é da incidência imediata da lei, desde que não haja prejuízo ao trinômio ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Não há, por outro lado, qualquer distinção relativamente ao conteúdo da lei - se ela institui norma de direito material ou de direito processual, se se trata de lei cogente ou supletiva etc.

Não havendo qualquer distinção relativamente ao conteúdo da lei - se ela institui norma de direito material ou de direito processual, se institui lei cogente ou supletiva etc. A regra é da incidência imediata da lei, com a ressalva do art. 5º, XXXVI, da Constituição.

Não há qualquer óbice ao ato jurídico perfeito, uma vez que, de acordo com expressa definição legal, “reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”. A questão referente à revisão de benefício previdenciário não diz respeito a ato jurídico perfeito. Afinal, qual seria este ato juridicamente perfeito, atacado pela Lei nova? Não é o de concessão do benefício, justamente porque este ato o segurado pretende modificar. Ora, somente haveria violação ao ato jurídico perfeito se o segurado pretendesse manter um ato administrativo que lhe fosse favorável, afetado pela Lei nova, o que não é o caso dos autos. Isto posto, a conclusão é imediata: a norma em comento não afeta o ato juridicamente perfeito. Ao contrário: preserva-o. O estabelecimento de uma norma prevendo o prazo para a

prática de um ato novo, qual seja, a revisão do ato original, não viola ato jurídico perfeito algum, já que o ato de revisão sequer foi praticado.

Importante ressaltar que para uma análise mais aprofundada da jurisprudência a respeito da matéria, é imprescindível que nas ações judiciais atuais, para fins de prequestionamento, se incite o magistrado a manifestar seu entendimento sobre a interpretação e alcance da norma constitucional do art. 5º, XXXVI da CRFB/88 e os efeitos da aplicação da Lei nova. E, também, expondo o seu posicionamento sobre a existência de direito adquirido a regime previdenciário e a possibilidade CONSTITUCIONAL da Lei nova criar um prazo decadencial ou prescricional para a revisão de atos administrativos praticados antes da entrada em vigor da legislação inovadora. ☐